

**МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ МЕЖДУНАРОДНЫХ
ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ) МИД РОССИИ**

КАФЕДРА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

В 2-Х ТОМАХ

ТОМ 2

ОСОБЕННАЯ ЧАСТЬ

УЧЕБНИК

**Ответственные редакторы
профессор С.Н. ЛЕБЕДЕВ,
профессор Е.В. КАБАТОВА**

Рецензенты:

Вилкова Н.Г., доктор юридических наук.
Михеева Л.Ю., доктор юридических наук.

Авторский коллектив

Абросимова Е.А. - преподаватель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. п. 6.1 - 6.3 и 6.6 гл. 6, в соавторстве с А.А. Костиным);

Асосков А.В. - доктор юридических наук, доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ (гл. 2);

Банковский А.В. - кандидат юридических наук, юрист фирмы "Бейкер и Макензи - Си-Ай-Эс, Лимитед" (гл. 11, кроме п. п. 11.4.5, 11.4.6);

Бардина М.П. - кандидат юридических наук, профессор кафедры международного частного права ВАВТ (п. п. 5.2 - 5.4 гл. 5);

Белькова Е.Г. - кандидат юридических наук, доцент, заведующая кафедрой гражданского права и процесса Байкальского государственного университета экономики и права (гл. 1, кроме п. 1.8);

Бобылев Г.В. - кандидат юридических наук, профессор кафедры международного права МГИМО (п. 1.8 гл. 1);

Вершинина Е.В. - доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 14.4 гл. 14);

Зименкова О.Н. - кандидат юридических наук, профессор кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 11.4.5 гл. 11);

Иванчак А.И. - доктор юридических наук, профессор кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (гл. 13);

Кабатов В.А. - доктор юридических наук, профессор кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 5.5 гл. 5);

Каминская Е.И. - кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 15.1 гл. 15);

Коломиец А.И. - преподаватель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. п. 6.4, 6.5 гл. 6);

Косова О.Ю. - доктор юридических наук, профессор кафедры гражданского права юридического института Иркутского государственного университета (гл. 14, кроме п. 14.4);

Костин А.А. - кандидат юридических наук, профессор кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. п. 6.1 - 6.3 и 6.6 гл. 6, в соавторстве с Е.А. Абросимовой);

Лобода А.И. - кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 8.7 гл. 8);

Малкин О.Ю. - кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права Российской академии правосудия (Северо-Западный филиал) (п. 5.1 гл. 5);

Медведев И.Г. - кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского процесса Уральской государственной юридической академии (гл. 12);

Остроумов Н.Н. - доктор юридических наук, профессор кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. п. 8.1 - 8.6 гл. 8, п. 11.4.6 гл. 11);

Пирогова В.В. - кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 15.2 гл. 15);

Поротикова О.А. - кандидат юридических наук, доцент кафедры гражданского права и процесса юридического факультета Воронежского государственного университета (гл. 3);

Савранский М.Ю. - кандидат юридических наук, профессор кафедры международного частного права Российской школы частного права (гл. 7);

Силкин В.В. - кандидат юридических наук, старший юрист коллегии адвокатов "Муранов, Черняков и партнеры" (п. 4.6 гл. 4);

Шамраев А.В. - кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (гл. 9, 10);

Шебанова Н.А. - доктор юридических наук, главный научный сотрудник сектора правовых проблем международных экономических отношений Института государства и права (гл. 4, кроме п. 4.6).

ПРЕДИСЛОВИЕ

Сегодня нет нужды доказывать важность и необходимость изучения международного частного права - это со всей очевидностью явствует из объективной современной ситуации, в частности многочисленных международных контактов, обновления законодательства, развития судебной практики.

Второй том учебника по международному частному праву выходит в очень важный для развития этой отрасли права период - в ноябре 2013 г. были введены в действие изменения в раздел VI части третьей ГК РФ <1>, которые знаменуют собой новый этап развития российского международного частного права. Во второй том включены вопросы, относимые к особенной части международного частного права, в частности о субъектах международного частного права, коллизионном и международно-правовом регулировании вещных прав, договорных и внедоговорных обязательствах, вопросы интеллектуальной собственности, семейного и наследственного права и др.

<1> Федеральный закон от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ "О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации" (вступил в силу 1 ноября 2013 г.).

Изменения, внесенные в раздел VI ГК РФ и учтенные в настоящем издании, отражают мировые тенденции в этой сфере. Перечисляя основные изменения, можно назвать такие, как расширение автономии воли участников отношений с иностранным элементом, уменьшение роли формальных требований к составлению различных документов, расширение самостоятельности юридических лиц и их участников в вопросах выбора применимого права и др. Несомненно, будущая практика применения норм раздела VI ГК РФ сыграет важную роль в понимании и толковании изменений, внесенных в статьи, но уже и сегодня очевидна их общая направленность.

Авторы и ответственные редакторы настоящего издания сочли возможным изложить специальные вопросы, относящиеся к особенной части международного частного права, с максимальной детализацией, которая может быть полезна не только в учебном процессе, но и по его завершении.

При изложении материала авторы широко использовали судебную и арбитражную практику, иллюстрируя использование тех или иных концепций, подходов и конкретных норм правоприменителями. Без сомнения, такой метод подачи материала позволит обучающимся максимально глубоко его изучить и понять.

Активное развитие международного частного права в зарубежных странах служит дополнительным стимулом изучения иностранных законодательства, практики и доктрины в указанной сфере. Традиционно сравнительно-правовой метод занимает важное место при анализе различных проблем международного частного права.

Как и в первом томе, в настоящем издании участвует широкий круг специалистов по международному частному праву различных российских юридических центров. Особо следует подчеркнуть привлечение к подготовке настоящего тома молодых специалистов кафедры международного частного и гражданского права МГИМО(У) МИД России. Участие известных крупных специалистов в этой области обеспечивает необходимый и важный уровень профессионализма.

В отличие от совсем недавнего времени чрезвычайного дефицита литературы и информации о международном частном праве сегодня наблюдается прямо противоположная картина - издается достаточно большое количество книг, пособий, статей о российском и иностранном международном

частном праве. Тем не менее представляется, что настоящее издание явится важным источником доктринальных и практических материалов по международному частному праву для изучающих данную дисциплину в МГИМО и других учебных центрах.

В заключение хочу выразить признательность всем авторам за участие в настоящем учебнике, подготовленном при кафедре, в названии которой впервые среди отечественных вузов появилось указание на международное частное право как профилирующую для наших выпускников дисциплину.

Особые слова благодарности - профессору Е.В. Кабатовой, нашей выпускнице, а ныне одной из ведущих специалистов в данной области, за ее самоотверженную работу по редактированию обоих томов учебника.

Разумеется, от всех нас университетское спасибо ведущему юридическому издательству "Статус", его директору А.Г. Долгову и всем сотрудникам, благодаря усилиям которых этот труд выпущен в свет.

С.Н.Лебедев,
профессор кафедры
международного частного и гражданского права МГИМО

Глава 1. ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

1.1. Общие положения

В условиях развития международного сотрудничества, стремительного роста миграционных потоков одной из основных задач является регулирование общественных отношений с участием физических лиц, имеющих различное гражданство или проживающих на территории разных государств.

Термин "физические лица" используется для обозначения людей как субъектов права и позволяет отграничить их от лиц юридических. С позиции международного частного права к физическим лицам относятся все люди, участвующие в международных частных отношениях.

Для международного частного права характерна дифференциация физических лиц на категории: 1) отечественные (собственные) граждане данного государства, 2) иностранные граждане, 3) лица без гражданства, 4) беженцы. Каждая категория лиц имеет определенное правовое положение, установленное посредством комплекса разноотраслевых норм. По своему содержанию правовое регулирование, к примеру, административно-правового или уголовно-правового характера не охватывается международным частным правом. Однако некоторые положения имеют существенное значение для определения имущественных, семейных, трудовых и иных прав иностранных граждан или беженцев.

Правовое положение иностранных граждан, лиц без гражданства, беженцев определяется на основе принципов и норм международного права, международных договоров, права страны гражданства либо места жительства и права страны пребывания.

Следует отметить, что в качестве тождественного понятию "иностраный гражданин" часто используется понятие "иностранец". Однако термин "иностранец" имеет и более широкое понимание, согласно которому охватывает как граждан иностранных государств, так и лиц, не являющихся гражданами ни одного из государств, - лиц без гражданства.

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 Факультативном протоколе к нему, Международной конвенции о ликвидации всех форм расовой дискриминации от 21 декабря 1965 г., Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г. <1>.

<1> Действующее международное право (избранные документы): Учеб. пособие / Сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М., 2002. С. 776 - 833.

В соответствии с Федеральным законом от 25 июля 2002 г. N 115-ФЗ "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" <1> иностранный гражданин - это физическое лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее доказательства наличия гражданства (подданства) иностранного государства.

<1> СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3032.

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

- принцип предоставления иностранным гражданам на территории Российской Федерации национального режима;

- принцип равенства иностранных граждан перед законом независимо от происхождения, социального и имущественного положения, расовой и национальной принадлежности, пола, образования, языка, отношения к религии, рода и вида занятий;

- в отношении граждан тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав и свобод российских граждан, в Российской Федерации могут быть установлены ответные ограничения (реторсия);

- использование иностранными гражданами своих прав в Российской Федерации не должно наносить ущерб интересам общества и государства, правам и законным интересам граждан РФ и других лиц. Иностранцы обязаны соблюдать законы, действующие в Российской Федерации.

В вопросах общего правового статуса иностранцев в России исходным является принцип национального режима, в силу которого иностранные граждане пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами РФ, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом или международным договором.

Лица без гражданства (апатриды) - это лица, которые не являются гражданами какого-либо государства в силу его закона. Основы правового положения лиц без гражданства закреплены в Конвенции о статусе апатридов от 28 сентября 1954 г. и Конвенции о сокращении безгражданства от 30 августа 1961 г. <1>. Конвенции направлены на улучшение правового положения апатридов, сокращение случаев безгражданства. Так, в соответствии с Конвенцией 1961 г. каждое Договаривающееся государство предоставляет свое гражданство лицу, рожденному на его территории, которое иначе не имело бы гражданства. Рождение на судне или на воздушном корабле считается имевшим место на территории того государства, под флагом которого это судно плавает или в котором этот воздушный корабль зарегистрирован. Если закон Договаривающегося государства предусматривает утрату гражданства вследствие заключения брака, узаконения признания или усыновления, то утрата гражданства ставится под условие приобретения другого гражданства. Договаривающееся государство не лишает лицо его гражданства, если такое лишение делает его апатридом.

<1> Права человека: Сборник международных договоров. Нью-Йорк: ООН, 1978. С. 320 - 335, 310 - 320.

Устав Организации Объединенных Наций и Всеобщая декларация прав человека, принятая Генеральной Ассамблеей ООН 10 декабря 1948 г., установили принцип, согласно которому все люди должны пользоваться основными правами и свободами без какой бы то ни было дискриминации. Конвенция о статусе апатридов 1954 г. направлена на обеспечение апатридам возможно более полного пользования основными правами и обязанностями.

Российская Федерация поощряет приобретение гражданства Российской Федерации лицами без гражданства, проживающими на территории РФ (п. 6 ст. 4 Федерального закона от 31 мая 2002 г. N 62-ФЗ "О гражданстве Российской Федерации" <1>). В российском законодательстве в отношении апатридов, как и иностранных граждан, закреплён принцип национального режима с определенными изъятиями. Правовое положение лиц без гражданства определяется на основе Федерального закона "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации", в п. 2 ст. 2 которого установлено, что понятие "иностранец" включает в себя понятие "лицо без гражданства", за исключением случаев, когда федеральным законом для лиц без гражданства устанавливаются специальные правила, отличающиеся от правил, установленных для иностранных граждан.

<1> СЗ РФ. 2002. N 22. Ст. 2031.

Принцип приравнивания лиц без гражданства в правах и обязанностях к российским гражданам закреплён в Конституции РФ (ч. 3 ст. 62), Гражданском кодексе РФ (п. 1 ст. 2) и иных действующих в Российской Федерации законодательных актах.

Таким образом, "международное право в области прав человека требует одинакового обращения к гражданам и негражданам. Исключения из этого недискриминационного принципа невелики и должны быть строго определены. Дифференцированное обращение с негражданами допустимо, как правило, лишь в том случае, если в его основе лежат разумные и объективные критерии и если оно направлено на достижение законных целей. Что касается гражданских и политических прав в условиях внутренней

стабильности, то государства могут проводить различие между гражданами и негражданами только в отношении прав на участие в политической жизни страны и некоторых прав на въезд и местожительство... однако ни одно государство не может проводить таких различий в отношении социальных и культурных прав" <1>.

<1> Вайсброт Дэвид. Права неграждан // Юрист-международник. 2003. N 1. С. 61.

Своеобразие правового положения иностранных граждан и лиц без гражданства объясняется их подчиненностью двум правовым порядкам: государства пребывания и отечественному.

Случаи и пределы применения отечественного или иностранного права по вопросам правосубъектности физических лиц определяются на основе личного закона (**lex personalis**), который существует в двух разновидностях: закон гражданства (**lex patriae**) и закон местожительства (**lex domicilii**)

В большинстве государств в качестве привязки при определении применимого права в отношении правосубъектности применяется гражданство физического лица.

Значимая роль критерия гражданства (**lex patriae**) послужила причиной включения в ряде государств в международное частное право права гражданства, под которым понимается комплекс норм, регулирующих вопросы гражданства. Однако следует учитывать, что гражданство - это устойчивая правовая связь лица с государством, выражающаяся в совокупности их взаимных прав и обязанностей. Каждое государство на основе своего национального (внутреннего) законодательства определяет, обладает ли то или иное лицо гражданством данного государства. Так, согласно ст. 5 Федерального закона "О гражданстве Российской Федерации" гражданами Российской Федерации являются: а) лица, имеющие гражданство Российской Федерации на 1 июля 2002 г., и б) лица, которые приобрели гражданство РФ в соответствии с требованиями настоящего Закона.

Лицо не может приобрести или утратить гражданство без согласия государства. Определение гражданства относится к юрисдикции каждого государства. При этом отношения государства и гражданина никоим образом не являются частноправовыми и не могут быть отнесены к области частного права. В сфере частноправовых отношений гражданство субъекта имущественных и иных отношений, отличающихся иностранной характеристикой, может выступать коллизионным критерием. Однако это не является основанием для включения института гражданства в состав международного частного права. Институт гражданства носит комплексный характер и относится, в частности, и к государственному, и к международному праву.

Широкое применение гражданства в качестве коллизионной привязки объясняется тем фактом, что гражданство представляет собой стабильную правовую связь физического лица с определенным государством, на основании которой это лицо обладает определенным статусом не только на территории государства своего гражданства, но и за границей <1>.

<1> См.: Бендецкий Траян. Международное частное право: Учебник / Пер. с макед. С.Ю. Клейн; отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2005. С. 252.

Наряду с критерием гражданства (**lex patriae**) для установления личного закона физического лица применяется критерий места жительства лица (**lex domicilii**). Домицилий как институт международного частного права признается всеми государствами с той лишь разницей, что в одних государствах он имеет первостепенное значение, а в других занимает второстепенное место и не играет большой роли в качестве привязки <1>.

<1> См.: Там же. С. 262.

Общеизвестно, что концепция домицилия, сложившаяся в англо-американском праве, и концепция домицилия, принятая в правовых системах, основанных на римском праве, отличны друг от друга. Англосаксонская система общего права различает домицилий по происхождению (**domicil of origin**) и домицилий по выбору (**domicil of choice**).

Согласно этой концепции никто не может быть без домицилия: законнорожденный ребенок имеет домицилий отца, незаконнорожденный - домицилий матери.

Если человек покидает страну своего домицилия по происхождению, он его не утрачивает до тех пор, пока не приобретает домицилий по выбору в другой стране. Но если человек покидает страну своего домицилия по выбору с намерением больше никогда в нее не возвращаться, он сразу же утрачивает домицилий в этой стране и до приобретения нового домицилия по выбору он имеет свой домицилий по происхождению <1>.

<1> Dicey and Morris. The Conflict of Laws. London, 1993. С. 125 - 126.

"Для приобретения domiciliлия по выбору, - отмечают Дж. Чешир и П. Норт, - требуется не только проживание на территории, имеющей свою правовую систему, но также и намерение данного индивида оставаться там постоянно" <1>. В подтверждение этого вывода они приводят следующие судебные решения. В силу одного из них суд признал проживание лица в Индии в течение 25 лет недостаточным для приобретения им индийского domiciliлия из-за наличия намерения вернуться на родину в Шотландию. В другом случае канадец, имевший domiciliлий по происхождению в Новой Шотландии, не был признан domiciliлированным в Англии, несмотря на службу в английских военно-воздушных силах и проживание в Англии более 40 лет, из-за его намерения вернуться при определенных обстоятельствах в Новую Шотландию. Для большинства людей domiciliлий подтверждается физическим присутствием достаточно долгое время с намерением оставаться в этом месте неопределенное время.

<1> Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Пер. с англ. М., 1982. С. 191.

В таких государствах, как Бразилия, Канада (Квебек), Латвия и др., критерий места жительства является определяющим в установлении личного закона и, соответственно, правоспособности физического лица. В большинстве же государств принцип domiciliлия имеет субсидиарное значение и применяется в случаях, когда речь идет о лицах без гражданства либо лицах, имеющих несколько гражданств. Так, согласно п. 4 ст. 1195 ГК РФ при наличии у лица нескольких иностранных гражданств личным законом считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства, а в соответствии с п. 5 этой же статьи данная привязка используется для установления компетентного правопорядка в отношении лиц без гражданства. Аналогичные коллизионные нормы для определения правового положения лиц без гражданства содержатся в законодательстве Австрии, Венгрии, Германии, Италии, Португалии, Турции и многих других стран.

Применение критерия места жительства зачастую способствует выбору правопорядка того государства, с которым у лица реально сложилась наиболее устойчивая тесная связь. В условиях роста миграции населения принцип гражданства лица не всегда обеспечивает применение той правовой системы, которая имеет наиболее тесную связь с правоотношением. Указывая на сохранение критерия гражданства в качестве основного, следует отметить значительную роль критерия места жительства лица как в российском коллизионном законодательстве, так и в законодательстве ряда европейских стран.

Исследуя критерии установления личного закона лица, М. Вольф писал: "...часто бывает значительно труднее с уверенностью определить domiciliлий какого-либо лица, чем его гражданство, так как domiciliлий в значительной степени зависит от намерения, которое трудно доказать... Далее, концепции domiciliлия резко отличаются друг от друга не только в различных государствах, но даже в пределах одного и того же государства часто возникают серьезные расхождения в толковании этого понятия. Наконец, там, где принцип domiciliлия преобладает, всегда имеется опасность фиктивной перемены domiciliлия..." <1>.

<1> Вольф М. Международное частное право / Пер. с англ. С.М. Рапопорт; под ред. и с предисл. Л.А. Лунца. М., 1948. С. 121 - 122.

В соответствии с российским гражданским законодательством местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает (п. 1 ст. 20 ГК РФ).

В наши дни ученые все чаще обосновывают расширение пределов применения закона места жительства гражданина. Современное российское законодательство наряду с критерием гражданства активно использует закон места жительства для установления личного статуса. Так, согласно Федеральному закону "Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности" (с изменениями и дополнениями) <1> российскими участниками внешнеторговой деятельности именуется, в частности, физические лица, имеющие постоянное или преимущественное место жительства на территории России.

<1> СЗ РФ. 2003. N 50. Ст. 4850.

К отношениям по наследованию согласно ст. 1224 ГК РФ применяется право страны, где наследодатель имел последнее место жительства.

Смешанная система коллизионных привязок закреплена и в российском семейном законодательстве.

В современном международном частном праве принцип гражданства (**lex patriae**) и принцип места жительства (**lex domicilii**) далеко не исчерпывают критерии выбора компетентного правопорядка для отношений с участием физических лиц. Так, в соответствии со ст. 3519 Гражданского кодекса Луизианы (США) 1825 г. (в ред. Закона 1991 г. N 923) статус физического лица и связанные с ним особенности, а также последствия этого статуса регулируются правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к конкретному вопросу. Таким образом, выбор права основан на оценке заинтересованности государства либо штата в применении своего правопорядка.

В Модели Гражданского кодекса, разработанной странами - участницами СНГ, личный закон физического лица определяется правом страны, гражданство которой это лицо имеет. Однако при наличии у лица двух или более гражданств личным законом считается право страны, с которой лицо наиболее тесно связано.

В законодательстве ряда государств при установлении личного закона физических лиц (лиц без гражданства и лиц, имеющих несколько гражданств, когда критерий гражданства не устраняет конфликт законов) закреплены гибкие, альтернативные коллизионные привязки. К примеру, в Германии, Польше, Китае за основу принят коллизионный критерий наиболее тесной связи лица с тем или иным правопорядком.

"Яркой чертой, часто закрепляемой в современных кодификациях, - пишут А.Н. Жильцов и А.И. Муранов, - является использование принципа **lex benigntatis**: при решении вопроса о применимом праве судья должен руководствоваться тем, которое является более благоприятным для статуса лица, действительности правоотношения, тогда как ранее при решении этого вопроса оценка содержания применимого закона с этой точки зрения не производилась. В итоге в зависимости от обстоятельств может применяться либо иностранный закон, либо **lex fori**" <1>.

<1> Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия // Международное частное право. Иностранное законодательство / Под науч. ред. А.Н. Жильцова, А.И. Муранова. М., 2000. С. 37.

При всех противоречиях коллизионных привязок они развиваются в соответствии с принципами частного права и призваны обеспечить интересы личности путем выбора такого правопорядка, с которым физическое лицо связано наиболее тесным образом и на основе которого в более полной мере возможны осуществление и защита субъективных прав.

1.2. Иностранцы граждане и лица без гражданства в России

Право, подлежащее применению при определении правового положения физических лиц, устанавливается на основе личного закона.

Статья 1195 ГК РФ закрепляет следующие правила определения личного закона физического лица.

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.

Таким образом, для российского законодательства характерно комбинированное применение закона гражданства и закона места жительства. При этом принцип гражданства является основным для определения применимого права.

Следует отметить, что, если лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом является российское право.

Заинтересованность государств в применении своего национального права отчетливо проявляется в односторонних коллизионных нормах, устанавливающих отечественный правопорядок для лиц, имеющих несколько гражданств. К примеру, согласно Закону Австрии 1978 г. о международном частном праве, если наряду с иностранной государственной принадлежностью лицо имеет также австрийское гражданство, то последнее является определяющим. В соответствии с Указом Венгрии 1979 г. N 13 "О международном частном праве", если какое-либо лицо имеет гражданство нескольких государств и одно из них -

венгерское, его личным законом является венгерское право. Перечень примеров можно продолжить. Они свидетельствуют, что далеко не во всех случаях коллизийная норма способна обеспечить преодоление коллизий материального права. По общему правилу конфликт законов может быть устранен путем применения коллизийной нормы. Однако включение в законодательство императивных односторонних коллизийных норм отражает интересы государства в применении своего национального права, но затрудняет определение правопорядка, с которым физическое лицо наиболее тесно связано.

Двойное гражданство или множественное - это такой правовой статус лица, при котором оно одновременно обладает гражданством более чем одного государства. Причинами возникновения двойного гражданства являются территориальные изменения, экономическая и политическая миграция, а также различия в законодательстве государств по вопросам приобретения и утраты гражданства. К примеру, двойное гражданство может возникнуть в силу коллизий "права почвы" и "права крови". Ребенок, родившийся у родителей-иностранцев на территории государства, где приоритетным является "право почвы", получает два гражданства: гражданство родителей и гражданство того государства, на территории которого он родился, если иное не предусмотрено международными соглашениями. Двойное гражданство может возникнуть у женщины при вступлении в брак с иностранцем, если отечественное законодательство не лишает ее гражданства после вступления в брак, а законодательство страны супруга автоматически предоставляет ей гражданство мужа.

Возникновение двойного гражданства порождает целый ряд проблем и у бипатрида, и у государств. Каждое из государств, считающих бипатрида своим гражданином, может требовать от него выполнения предусмотренных национальным законодательством обязанностей, в частности воинской повинности. При этом лицо, имеющее двойное гражданство, не может на территории государства, в гражданстве которого оно состоит, отказаться от выполнения гражданских обязанностей, ссылаясь на свои обязательства по отношению к другому государству, гражданином которого оно также является.

Многие государства не признают право на двойное гражданство. Так, положение о недопущении двойного гражданства закреплено в законодательстве США. Вместе с тем существуют и страны, допускающие состояние двойного гражданства, например Испания, Израиль, Канада и др.

Советская правовая доктрина основывалась на непризнании двойного гражданства. Законы о гражданстве СССР 1978 г. (ст. 8) и 1990 г. (ст. 11) устанавливали, что "за лицом, являющимся гражданином СССР, не признается принадлежность к гражданству иностранного государства" <1>.

<1> Ведомости ВС СССР. 1979. N 49. Ст. 816; Ведомости СНД ССР и ВС СССР. 1990. N 23. Ст. 435.

Согласно ныне действующему Федеральному закону "О гражданстве Российской Федерации" (ст. 6) гражданин Российской Федерации, имеющий также иное гражданство, рассматривается Российской Федерацией только как гражданин РФ, за исключением случаев, предусмотренных международным договором РФ или федеральным законом. При этом приобретение гражданином РФ иного гражданства не влечет за собой прекращение гражданства РФ.

Таким образом, приобретение российского гражданства возможно при сохранении гражданства другого государства. Гражданину РФ может быть разрешено по его ходатайству иметь одновременно гражданство другого государства, с которым имеется соответствующий договор Российской Федерации. Граждане РФ, имеющие также иное гражданство, не могут на этом основании быть ограничены в правах, уклоняться от выполнения обязанностей или освобождаться от ответственности, вытекающих из гражданства РФ. В определенной степени закрепление в законе права на двойное гражданство связано с необходимостью обеспечить для россиян, живущих за пределами России, устойчивую правовую связь с родиной.

При решении спорных вопросов суды используют принцип эффективности гражданства, который предполагает учет таких критериев, как постоянное место жительства, место работы, несение государственной или военной службы и т.д.

В Модели Гражданского кодекса, разработанной странами - участницами СНГ, личный закон физического лица определяется правом страны, гражданство которой это лицо имеет. Однако при наличии у лица одного или более гражданств личным законом считается право страны, с которой лицо наиболее тесно связано.

Следует отметить, что нормы международного частного права не предназначены для всестороннего регулирования общественных отношений с участием иностранных физических лиц, лиц без гражданства, беженцев. Эти нормы определяют общие принципы правового регулирования гражданской правосубъектности данных категорий лиц. К международному частному праву относятся "только нормы, определяющие содержание гражданской (в широком смысле) право- и дееспособности иностранцев, имущественного, семейного, трудового, авторского, изобретательского права иностранцев, а также коллизийные нормы, определяющие применение права по вопросам начала и окончания

правоспособности и дееспособности" <1>.

<1> Международное частное право. Современные проблемы / Отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1994. С. 121.

В соответствии со ст. 1196 ГК РФ гражданская правоспособность физического лица определяется его личным законом.

Содержание правоспособности иностранных граждан, так же как и российских граждан, состоит в том, что они могут иметь имущество на праве собственности; наследовать и завещать имущество; заниматься предпринимательской и любой иной не запрещенной законом деятельностью; создавать юридические лица самостоятельно или совместно с другими гражданами и юридическими лицами; совершать любые не противоречащие закону сделки и участвовать в обязательствах; избирать место жительства; иметь права авторов произведений науки, литературы и искусства, изобретений и иных охраняемых законом результатов интеллектуальной деятельности; иметь иные имущественные и личные неимущественные права (ст. 18 ГК РФ).

Закрепленный в законодательстве национальный режим в отношении гражданской правоспособности иностранцев носит безусловный характер, т.е. он предоставляется иностранному гражданину в каждом конкретном случае без требования взаимности. Из этого принципа исходят и другие законодательные акты, регулирующие права иностранцев в различных областях, например ГПК РФ, АПК РФ.

Ограничения правоспособности иностранных граждан могут быть установлены федеральными законами.

Так, в соответствии со ст. 14 Федерального закона "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" иностранный гражданин не имеет права:

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

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

Установлен также Перечень объектов и организаций, в которые иностранные граждане не имеют права быть принятыми на работу (Постановление Правительства РФ от 11 октября 2002 г. N 755). К таковым относятся:

- 1) объекты и организации Вооруженных Сил РФ, других войск и военных формирований;
- 2) структурные подразделения по защите государственной тайны и подразделения, осуществляющие работы, связанные с использованием сведений, составляющих государственную тайну, органов государственной власти;
- 3) организации, в состав которых входят радиационно опасные и ядерно опасные производства и объекты, на которых осуществляются разработка, производство, сооружение, испытания, эксплуатация, хранение, транспортировка и утилизация ядерного оружия, радиационно опасных материалов и изделий.

В организациях, учреждениях и на предприятиях иностранные граждане могут работать в качестве рабочих и служащих или заниматься иной трудовой деятельностью на основаниях и в порядке, которые установлены для граждан РФ. При этом Правительством РФ ежегодно утверждается квота на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Российскую Федерацию в целях осуществления трудовой деятельности.

В Земельном кодексе РФ и в Федеральном законе "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" <1> установлен ряд ограничений для иностранцев. Так, в п. 2 ст. 2 и ст. 3 Федерального закона "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" закреплено, 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.

<1> СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3018.

В соответствии с Федеральным законом "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации" <1> иностранные граждане могут принимать участие в архитектурной деятельности на территории Российской Федерации только с архитектором - российским гражданином или юридическим лицом (ст. 3.1)

<1> СЗ РФ. 1995. N 47. Ст. 4473 (в ред. 2011 г.).

По общему правилу предоставление национального режима носит безусловный характер. Однако существуют исключения из общего правила. Так, требование взаимности закреплено в отношении прав на результаты интеллектуальной деятельности (ст. ст. 1336, 1341, 1409 ГК РФ). К примеру, согласно Закону Республики Македонии 2001 г. о праве собственности и иных вещных правах иностранные физические лица на основании принципа взаимности вправе приобретать в собственность недвижимые вещи путем наследования, приобретать в собственность квартиры или жилые дома в Республике Македонии <1>.

<1> Бендевский Траян. Указ. соч. С. 146 - 147.

Национальный режим может быть закреплен во внутригосударственном акте или международном договоре. Так, в ст. 830 ГК СРВ 1995 г. установлено, что иностранные граждане имеют гражданскую правоспособность во Вьетнаме наравне с вьетнамскими гражданами, кроме случаев, когда иное установлено Кодексом и другими законодательными актами СРВ.

Согласно двустороннему Договору между нашим государством и Республикой Финляндией о правовой защите и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам от 11 августа 1978 г. "граждане одной Договаривающейся Стороны пользуются на территории другой Договаривающейся Стороны в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой в судах, органах прокуратуры и других учреждениях, к компетенции которых относятся гражданские, семейные и уголовные дела, как и собственные граждане" (п. 1 ст. 1). В Договоре между Российской Федерацией и Республикой Молдова о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 25 февраля 1993 г. установлено, что "граждане одной Договаривающейся Стороны пользуются на территории другой Договаривающейся Стороны в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и граждане этой Договаривающейся Стороны".

Таким образом, иностранные граждане на территории других стран обладают правоспособностью, содержание которой определяется местным законодательством.

Для современного законодательства характерно закрепление принципа равенства правоспособности как для граждан одного государства, так и в силу национального режима в отношении иностранных граждан.

В соответствии, например, с абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ, "правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом". Это означает, что к имущественным отношениям с участием иностранных граждан гражданское законодательство применяется так же, как и для отечественных граждан.

Поэтому иностранные граждане в государстве пребывания обладают правоспособностью, содержание которой определено местным правопорядком. Объем этой правоспособности может быть более либо менее значительным по сравнению с тем, который они имеют в своем отечестве.

Применение личного закона согласно ст. 1196 ГК РФ ограничено определением пределов гражданской правоспособности физического лица. Следует согласиться с М.М. Богуславским, который при характеристике норм международного частного права указывает, что к МЧП относятся коллизионные нормы, определяющие применение права по вопросам начала и окончания правоспособности и дееспособности <1>.

<1> Международное частное право. Современные проблемы / Отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1994. С. 121.

Особые правила установлены для определения правосубъектности индивидуального предпринимателя. В этом случае речь идет не об общей право- и дееспособности физического лица, а о специальной правоспособности физического лица - предпринимателя. В соответствии со ст. 1201 ГК РФ

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.

Критерий места регистрации индивидуального предпринимателя для определения его гражданской правосубъектности получил закрепление и в международных договорах. Согласно Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. гражданская правоспособность и дееспособность предпринимателей определяется по законодательству государства - участника Содружества, на территории которого зарегистрирован предприниматель. Следовательно, к специальной правоспособности иностранного гражданина - предпринимателя (если регистрация имела место за рубежом) будет применяться в Российской Федерации не национальный режим, а законодательство той страны, где был зарегистрирован индивидуальный предприниматель. Аналогичное правило установлено в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. (п. "а" ст. 11).

Согласно ст. 1197 ГК РФ гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом.

В Канаде (кн. 10 ГК 1991 г.) статус и дееспособность физического лица регулируются правом его domicilia. В Тунисе (ст. 40 Кодекса международного частного права 1998 г.) установлено, что дееспособность физических лиц регулируется законом гражданства. В Швейцарии (ст. 35 Федерального закона 1987 г. "О международном частном праве") гражданская дееспособность лица определяется по праву места жительства.

В п. 2 ст. 1197 ГК РФ закреплено, что 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.

Аналогичный подход закреплен и в законодательстве других государств. В частности, венгерское законодательство устанавливает, что лица, не имеющие венгерского гражданства и считающиеся согласно их личному закону недееспособными или ограниченно дееспособными, но по венгерскому праву являются дееспособными, считаются дееспособными в отношении имущественно-правовых сделок, если правовые последствия этих сделок наступают в Венгрии (Указ 1979 г. N 13 о международном частном праве).

Закон Японии 1898 г. N 10 "О применении законов" устанавливает общее правило, в соответствии с которым дееспособность лица определяется правом его страны гражданства. Однако когда иностранец совершает в Японии юридическое действие и если он является полностью дееспособным лицом согласно японскому праву, то даже если он не имеет дееспособности согласно праву его страны гражданства, он рассматривается как полностью дееспособное лицо.

Исключение из общего правила составляет определение дееспособности иностранных граждан в отношении не только сделок, но и в отношении обязательств, возникающих вследствие причинения вреда. Так, п. 1 ст. 1219 ГК РФ устанавливает, что к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. В ст. 1220 ГК РФ содержится уточнение: "На основании права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяется, в частности, способность лица нести ответственность за причиненный вред...".

Вопросы определения дееспособности физических лиц решаются не только на основе национального законодательства государств, большое значение имеют международные договоры о правовой помощи.

Дееспособность иностранных граждан подчиняется их личному закону и преимущественно закону гражданства. Так, в Договоре между Российской Федерацией и Эстонской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенном 26 января 1993 г. (ст. 22), "дееспособность физического лица определяется законодательством Договаривающейся Стороны, гражданином которой является это лицо".

Такое же правило закреплено в Договоре между Российской Федерацией и Республикой Молдова от 25 февраля 1993 г.

Большое значение имеет Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. стран - участниц СНГ (Минская конвенция) с изменениями, внесенными Протоколом от 28 марта 1997 г. В п. 1 ст. 23 данного документа установлено, что "дееспособность физического лица определяется законодательством Договаривающейся Стороны,

гражданином которой является это лицо", дееспособность лица без гражданства определяется по праву страны, в которой он имеет постоянное место жительства (п. 2 ст. 23). Аналогичное правило закреплено в Конвенции, подписанной странами - участницами СНГ в 2002 г. в Кишиневе (Кишиневская конвенция).

Признание в Российской Федерации физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется российскому праву (п. 3 ст. 1197 ГК РФ).

Компетентными решать вопрос о признании физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным являются учреждения страны гражданства или основного места жительства, и применимым правом, следовательно, будет право суда (**lex fori**). Юридические последствия признания лица ограниченно дееспособным или недееспособным определяются по праву того государства, в котором имело место такое признание.

Вопросы ограничения и лишения дееспособности физических лиц находят разрешение и в международно-правовых актах.

По общему правилу при лишении дееспособности применяется законодательство и компетентны учреждения юстиции государства, гражданином которого является лицо, которое должно быть признано недееспособным. Однако в случаях, не терпящих отлагательства, учреждение юстиции государства, где находится местожительство или местопребывание лица, подлежащего признанию ограниченно дееспособным или недееспособным и являющегося гражданином другого государства, может само принять меры, необходимые для защиты этого лица и (или) его имущества. Копии распоряжений должны быть направлены соответствующему учреждению юстиции договаривающейся стороны, гражданином которой является это лицо.

Рассмотрению вопросов и принятию мер в связи с лишением дееспособности предшествует уведомление учреждений юстиции государства, гражданство которого имеет физическое лицо, в отношении которого и предполагается принять соответствующие меры.

Если уведомленное учреждение юстиции сообщит, что дальнейшие действия могут быть осуществлены учреждением юстиции местожительства или местопребывания этого лица, или не высказается в трехмесячный срок, то учреждение юстиции местожительства или местопребывания лица может вести дело о лишении или ограничении дееспособности этого лица согласно законодательству своего государства, если основание лишения или ограничения дееспособности предусматривается и законодательством Договаривающейся Стороны, гражданином которой является данное лицо. Решение о лишении и ограничении дееспособности пересылается соответствующему учреждению другой Договаривающейся Стороны.

Такие правила закреплены, к примеру, в Договоре между СССР и Республикой Куба от 28 ноября 1984 г. о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам (ст. ст. 18 - 20), в Договоре между Российской Федерацией и Республикой Молдова от 25 февраля 1993 г. о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (ст. ст. 23, 24).

Правовое регулирование по данным вопросам, содержащееся в Минской конвенции 1993 г., совпадает с приведенными положениями двусторонних соглашений.

Порядок признания физического лица ограниченно дееспособным или недееспособным, согласно Кишиневской конвенции 2002 г., не подвергся существенному изменению. Однако договаривающиеся стороны уточнили срок, в течение которого компетентный суд страны гражданства лица должен принять дело к рассмотрению или сообщить свое мнение. Этот срок равен 90 дням, по истечении которых рассматривать дело будет суд той договаривающейся стороны, на территории которой этот гражданин имеет место жительства.

1.3. Граждане России за рубежом

В ст. 27 Конституции РФ закреплено право каждого свободно выезжать за пределы Российской Федерации. Гражданин Российской Федерации имеет право беспрепятственно возвращаться в Российскую Федерацию.

Пребывая за границей, российские граждане находятся под защитой и покровительством своего государства. В ст. 61 Конституции РФ предусмотрено, что Российская Федерация гарантирует своим гражданам защиту и покровительство за ее пределами.

В соответствии с Положением о Посольстве Российской Федерации 1996 г. (в ред. 2012 г.) к основным задачам и функциям посольства отнесены: защита в государстве пребывания прав и интересов российских граждан с учетом законодательства государства пребывания, содействие установлению и развитию связей и контактов с проживающими в нем соотечественниками, организация в установленном порядке действий загранучреждений Российской Федерации и российских граждан в государстве пребывания в условиях чрезвычайных ситуаций и руководство их действиями.

Деятельность консульских учреждений по защите за границей прав и интересов Российской

Федерации, российских граждан и юридических лиц осуществляется на основе консульских конвенций, других международных договоров РФ и иных правовых актов РФ.

Так, согласно Положению о Консульском учреждении Российской Федерации 1998 г. (в ред. 2012 г.) основными задачами и функциями консульского учреждения являются:

- оказание помощи и содействия гражданам Российской Федерации и российским юридическим лицам;

- осуществление паспортно-визового обслуживания в соответствии с законодательством РФ;

- осуществление в пределах своей компетенции нотариальных действий, государственной регистрации актов гражданского состояния, функций по вопросам гражданства, установления опеки и попечительства, легализации документов, функций в отношении наследства с соблюдением законодательства государства пребывания;

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

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

- ведение в установленном порядке учета находящихся в пределах консульского округа граждан РФ;

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

Дипломатические представительства и консульские учреждения обязаны принимать меры к тому, чтобы российские граждане пользовались в полном объеме всеми правами, предоставленными им законодательством государства пребывания и международными договорами РФ, а также содействовать восстановлению нарушенных прав.

Правовое положение российских граждан, проживающих за рубежом, с одной стороны, определяется законодательством страны проживания, а с другой - они пользуются правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами, проживающими на территории Российской Федерации, за исключением случаев, установленных международными договорами РФ и законодательством России. Большое значение в этих отношениях имеют положения международных договоров РФ с иностранными государствами о предоставлении на основе взаимности определенного режима.

В области торговых отношений преимущественное значение получил режим наибольшего благоприятствования. Это значит, что одно государство в порядке международного соглашения обязуется предоставлять гражданам другого государства такой объем прав, который предоставляется или будет предоставляться гражданам третьего, "наиболее благоприятствуемого" государства. Принцип наибольшего благоприятствования в международных торговых договорах не уравнивает иностранных граждан в правах с местными гражданами, но уравнивает в правах иностранных граждан между собой.

От режима наибольшего благоприятствования следует отличать национальный режим, в силу которого иностранцам предоставляется такой же объем прав, какой предоставляется отечественным гражданам и юридическим лицам. Как правило, национальный режим предусматривается в отношении свободного доступа граждан в суды, социального обеспечения. Большое практическое значение имеет закрепление национального режима в многосторонних соглашениях в области авторского и патентного права.

Российские граждане в соответствии с национальным законодательством государства пребывания могут иметь такие имущественные права, которые неизвестны российскому законодательству.

М.М. Богуславский обосновывает следующие выводы: 1) поскольку объем прав собственника по общему правилу определяется законом места нахождения вещи, российский гражданин может осуществлять в отношении своего имущества все правомочия, которые установлены иностранным законом, и пользоваться защитой со стороны местных органов; 2) всякая попытка ограничить имущественные права российских граждан и лишить их законной защиты не может рассматриваться иначе, как дискриминация <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник М.М. Богуславского "Международное частное право" включен в информационный банк согласно публикации - Юристъ, 2005 (5-е издание, переработанное и дополненное).

<1> См.: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М., 1994. С. 97.

Таким образом, в силу национального режима на иностранных физических лиц распространяются

права и преимущества, которыми в данной стране пользуются местные физические лица, все они ставятся в равное положение. Вместе с тем в законодательстве государств установлены изъятия из национального режима. Наиболее часто устанавливаются ограничения правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства в сфере трудовых отношений; деятельности иностранных инвесторов в области разработки недр, добычи полезных ископаемых, рыболовства, туризма и т.д.; осуществления права собственности, особенно на недвижимое имущество.

Как отмечает Л.П. Ануфриева, многие европейские государства (Германия, Испания, Франция) в целях запрещения либо ограничения "экономической иммиграции" вводят ограничения въезда иностранцев на свои территории и их дифференциацию на соответствующие группы. Так, в Испании иностранные граждане подразделяются на: туристов (с оформлением визы, допускающей пребывание до 90 дней); студентов (с оформлением учебной визы); работника по найму (с оформлением визы для получения вида на жительство); лиц, осуществляющих деятельность в Испании без контракта (предприниматели, инвесторы) и имеющих вид на жительство; лиц, проживающих в Испании без права получения доходов (с оформлением визы для получения вида на жительство); лиц, живущих на пенсию или ренту (с оформлением соответствующей визы и вида на жительство) <1>.

<1> Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2001. С. 196.

В других странах также практикуется дифференциация иностранных граждан на категории, однако по иным критериям. В ряде случаев национальное законодательство устанавливает запрет на замещение определенных должностей или профессий иностранными гражданами либо предусматривает определенные условия.

Т. Бендевский отмечает, что каждое государство самостоятельно в законодательном порядке устанавливает, какие права и на каких условиях являются доступными иностранцам, и подразделяет эти права на три группы - абсолютно недоступные, относительно доступные, общие права <1>.

<1> См.: Бендевский Траян. Указ. соч. С. 105 - 106.

Абсолютно недоступные права - это права, которые доступны только собственным гражданам государства и которыми не могут пользоваться иностранцы ни при каких условиях.

Относительно доступные права - это права, которыми иностранцы могут пользоваться при определенных условиях, причем от собственных граждан государство не требует исполнения этих условий.

Общие права - это права, которые доступны всем людям независимо от того, являются ли они гражданами страны или иностранцами.

1.4. Соотечественники. Беженцы. Переселенцы

Российские граждане выезжают за границу как временно по приглашению родственников, в служебные командировки, на работу, учебу, лечение, отдых, в туристические поездки, так и на постоянное место жительства.

Соотечественниками являются лица, родившиеся в одном государстве, проживающие в нем и обладающие признаками общности языка, религии, культурного наследия, традиций и обычаев, а также потомки указанных лиц по прямой нисходящей линии. Многие соотечественники проживают за рубежом.

В целях обеспечения и защиты прав российских граждан за границей Постановлением Правительства РФ от 17 мая 1996 г. N 590 принята Программа мер по поддержке соотечественников за рубежом, в которой закреплены основные направления государственной поддержки соотечественников за рубежом:

- формирование условий для реального соблюдения прав и свобод соотечественников, включая разработку предложений для рассмотрения на заседаниях Совета глав государств, Совета глав правительств, Межпарламентской Ассамблеи и Совета министров иностранных дел государств - участников СНГ;

- финансовая и экономическая поддержка соотечественников;

- содействие сохранению сферы распространения и функционирования русского языка, среднего и высшего образования на русском языке;

- поддержка в решении культурных и социальных проблем соотечественников;

- информационная поддержка и информационное обеспечение соотечественников;

- взаимодействие с соотечественниками в странах за пределами территории бывшего СССР.

Федеральный закон от 24 мая 1999 г. N 99-ФЗ "О государственной политике Российской Федерации

в отношении соотечественников за рубежом" <1> предусматривает меры по поддержке соотечественников в области основных прав и свобод человека и гражданина, в экономической и социальной областях, финансирование деятельности Российской Федерации в этой сфере, представительство интересов соотечественников в органах государственной власти Российской Федерации и ее субъектов. Под термином "соотечественники за рубежом" в Законе понимаются российские граждане, постоянно проживающие за пределами Российской Федерации; лица, состоявшие в гражданстве СССР, проживающие в государствах, входивших в состав СССР, получившие гражданство этих государств или ставшие лицами без гражданства; выходцы (эмигранты) из Российского государства, Российской республики, РСФСР, СССР и Российской Федерации, имевшие соответствующую гражданскую принадлежность и ставшие гражданами иностранного государства либо имеющие вид на жительство или ставшие лицами без гражданства; потомки лиц, принадлежащих к указанным группам, за исключением потомков лиц титульных наций иностранных государств.

<1> СЗ РФ. 1999. N 22. Ст. 2670.

Поддержка соотечественников в области основных прав и свобод человека и гражданина осуществляется Российской Федерацией в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами РФ и законодательством РФ с учетом законодательства иностранных государств и принадлежности соотечественников к определенным группам, установленным законом.

Понятие "беженец" вошло в международное право с Первой мировой войны. Оно было выработано и закреплено в 1926 г. в Женеве на конференции по проблемам русских и армянских беженцев.

Беженцами признавались лица соответствующего национального или этнического происхождения, не пользующиеся защитой своего государства и не получившие другого гражданства. Как отмечает А.М. Ибрагимов, характерной чертой этого определения является то, что оно охватывает в основном лиц русской, армянской, ассирийской, турецкой, халдейской национальностей, в нем нет указаний на причины ухода беженцев из стран своего гражданства или с постоянного места жительства <1>.

<1> См.: Ибрагимов А.М. Понятие и критерии установления беженцев в международном частном праве // Российский юридический журнал. 1997. N 2. С. 98.

В 1936 г. на очередной сессии Института международного права понятие беженцев было уточнено и зафиксировано в Резолюции "Правовой статус апатридов и беженцев". Согласно этому документу беженец - это индивид, который по причине внезапно возникших политических событий на территории государства его гражданской принадлежности покинул его добровольно или принудительно, не приобрел нового гражданства и не пользуется дипломатической защитой какого-либо государства.

Обострение проблемы беженцев после Второй мировой войны усилило сотрудничество государств по созданию международно-правовой системы защиты прав и интересов беженцев. Центром такого сотрудничества стала Организация Объединенных Наций (ООН), в рамках которой в 1947 г. была создана Международная организация по делам беженцев (МОБ).

В 1950 г. для содействия решению проблемы беженцев ООН учредила Управление Верховного комиссара ООН по делам беженцев (УВКБ).

В октябре 1992 г. было создано региональное представительство УВКБ в Москве и заключен ряд соглашений по сотрудничеству с Управлением Верховного комиссара ООН по делам беженцев.

Вопросами беженцев на территории России занимается Федеральная миграционная служба, созданная в соответствии с Указом Президента РФ от 14 июня 1992 г. N 626 "О Федеральной миграционной службе России" <1> и действующая на основании Положения о Федеральной миграционной службе, утвержденного Постановлением Правительства РФ от 13 июля 2012 г. N 711 <2> (в ред. 2013 г.).

<1> Ведомости СНД и ВС РФ. 1992. N 25. Ст. 1422.

<2> СЗ РФ. 2012. N 30. Ст. 4276.

Правовое положение беженцев определяется в соответствии с рядом международно-правовых актов: Конвенцией ООН о статусе беженцев 1951 г., Протоколом, касающимся статуса беженцев, 1967 г. Значение также имеет Устав Управления Верховного комиссара ООН по делам беженцев 1950 г., которым определяются полномочия Верховного комиссара по вопросам оказания помощи беженцам.

Согласно Конвенции ООН о статусе беженцев 1951 г. беженцем признается лицо, которое в результате событий, происшедших до 1 января 1951 г., и в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, принадлежности к

определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой этой страны или не желает пользоваться такой защитой вследствие таких опасений. В ст. 33 Конвенции предусмотрено, что Договаривающиеся государства не будут никаким образом высылать или возвращать беженцев на границу страны, где их жизни или свободе угрожает опасность по мотивам их расы, религии, гражданства, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений. Государства - участники Конвенции в обеспечение своих международных обязательств включают в свои внутренние законодательные акты положения, касающиеся преследования по различным мотивам.

Договаривающиеся государства принимают на себя обязательства применять положения Конвенции к беженцам без какой бы то ни было дискриминации по признаку их расы, религии и страны их происхождения.

У каждого беженца существуют обязательства в отношении страны, в которой он находится, в силу которых, в частности, он должен подчиняться законам и распоряжениям, а также мерам, принимаемым для поддержания общественного порядка.

Личный статус беженца определяется законами страны его domicilio или, если у него такового не имеется, законами страны его проживания. Ранее приобретенные беженцами права, связанные с их личным статусом, и в частности вытекающие из брака, соблюдаются при условии, что соответствующее право является одним из тех прав, которые были бы признаны законами данного государства, если бы это лицо не стало беженцем.

В Конвенции закреплён принцип национального режима для осуществления и защиты авторских и промышленных прав беженцев, права обращения в суд, права на начальное образование, а также трудовых прав и права на социальное обеспечение. К примеру, в ст. 24 установлен принцип национального режима в отношении вознаграждения за труд, продолжительности рабочего дня, сверхурочной работы, оплачиваемых отпусков, труда женщин и т.д.

В отношении приобретения движимого и недвижимого имущества и прочих связанных с ним прав, а также в отношении арендных и иных договоров, касающихся движимого и недвижимого имущества, права ассоциаций, права на занятие свободными профессиями, жилищных прав участвующие в Конвенции государства предоставляют беженцам, законно проживающим на их территории, возможно более благоприятное правовое положение и, во всяком случае, положение не менее благоприятное, чем то, которым обычно пользуются иностранные граждане при тех же обстоятельствах.

Конвенция о статусе беженцев, подписанная в Женеве 28 июля 1951 г., распространяется только на тех лиц, которые стали беженцами в результате событий, происшедших до 1 января 1951 г.

В 1966 г. был подписан Протокол, касающийся статуса беженцев, с целью охватить всех лиц, подпадающих под определение беженца независимо от даты 1 января 1951 г. Российская Федерация присоединилась к Конвенции и Протоколу в ноябре 1992 г.

Обострение социально-политической обстановки после распада СССР, межнациональные и религиозные конфликты, экономический кризис привели к значительному увеличению числа беженцев.

19 февраля 1993 г. был принят Федеральный закон N 4528-1 "О беженцах" <1> (в ред. 2013 г.), в соответствии с которым разработаны другие федеральные законы и иные нормативные правовые акты РФ, законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ, касающиеся беженцев.

<1> Ведомости СНГ и ВС РФ. 1993. N 12. Ст. 425.

В соответствии с Законом "О беженцах" в Российской Федерации беженцем признается лицо, которое не является гражданином Российской Федерации и которое в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой этой страны или не желает пользоваться такой защитой вследствие таких опасений; или, не имея определенного гражданства и находясь вне страны своего прежнего обычного местожительства в результате подобных событий, не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений.

Данное в Законе определение в основном соответствует понятию "беженец", используемому в Конвенции о статусе беженцев. Вместе с тем Закон РФ предусматривает более широкий перечень причин, вынуждающих покинуть свою страну.

Решение о признании лица беженцем принимает соответствующий территориальный орган миграционной службы в течение трех месяцев со дня регистрации ходатайства гражданина о признании его в этом качестве (ст. 4 Закона "О беженцах"). Лицу, признанному беженцем, выдается соответствующее удостоверение. Сведения о признанных беженцами членах семьи, не достигших 18 лет, заносятся в удостоверение одного из родителей. Удостоверение действительно на территории всей России.

Следует отметить, что беженцем не может быть признано лицо:

- 1) в отношении которого имеются серьезные основания предполагать, что оно совершило преступление против мира, военное преступление или преступление против человечности;
- 2) которое совершило тяжкое преступление не политического характера вне пределов территории Российской Федерации и до того, как оно было допущено на территорию Российской Федерации в качестве лица, ходатайствующего о признании его беженцем;
- 3) которое виновно в совершении деяний, противоречащих целям и принципам ООН;
- 4) за которым компетентные власти государства, где проживало это лицо, признают права и обязательства, связанные с гражданством этого государства;
- 5) которое в настоящее время пользуется защитой и (или) помощью других органов или учреждений ООН, кроме Верховного комиссара ООН по делам беженцев.

Федеральный закон "О беженцах" не распространяется и на иностранных граждан и лиц без гражданства, покинувших государство своей гражданской принадлежности (своего прежнего обычного места жительства) по экономическим причинам либо вследствие голода, эпидемии или чрезвычайной ситуации природного и техногенного характера.

Особенностью правового положения лиц, ходатайствующих о признании их беженцами, является то, что при отказе в таковом они обязаны покинуть территорию России.

Лица, получившие статус беженцев, получают определенные права. В Федеральном законе "О беженцах" предусмотрены экономические, социальные и правовые гарантии защиты прав и законных интересов беженцев.

От лиц, имеющих статус беженца, следует отличать такие категории физических лиц, как переселенцы и вынужденные переселенцы.

Переселенец - это лицо, добровольно покидающее страну своего проживания и переезжающее на постоянное место жительства в другую страну.

Россия заключила с рядом государств соглашения, регулирующие как процесс переселения, так и вопросы защиты прав переселенцев. Так, в Соглашении с Азербайджанской Республикой предусмотрено осуществление переселенцами права собственности в полном объеме, право переселенца на вывоз движимого имущества, за исключением предметов, запрещенных к вывозу законом государства выезда.

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 в соответствии с его законодательством и названным Соглашением.

Соглашения, регулирующие процессы переселения и вопросы защиты прав переселенцев, заключены Россией с Арменией, Белоруссией, Казахстаном, Киргизией, Латвией и др.

Вынужденным переселенцем признается гражданин Российской Федерации, покинувший место жительства вследствие совершенного в отношении его или членов его семьи насилия или преследования в иных формах либо вследствие реальной опасности подвергнуться преследованию по признаку расовой или национальной принадлежности, вероисповедания, языка, а также по признаку принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений, ставших поводами для проведения враждебных кампаний в отношении конкретного лица или группы лиц, массовых нарушений общественного порядка. Кроме того, вынужденным переселенцем признается гражданин бывшего СССР, постоянно проживающий на территории республики, входившей в состав СССР, получивший статус беженца в Российской Федерации и утративший этот статус в связи с приобретением российского гражданства, при наличии обстоятельств, препятствовавших данному лицу в период действия статуса беженца обустройству на территории Российской Федерации. В соответствии с указанным Законом статус вынужденных переселенцев могут получить также иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно проживающие на законных основаниях на территории Российской Федерации и изменившие место жительства в пределах этой территории по обязательствам, названным в Законе. Однако принципиальное отличие вынужденного переселенца от беженца состоит главным образом в том, что вынужденный переселенец является гражданином РФ. Поэтому исходя из наличия или отсутствия иностранной характеристики субъекта беженцы являются субъектами международного частного права, а вынужденные переселенцы таковыми не являются. В учебниках и учебных пособиях по международному частному праву говорится о вынужденных переселенцах с целью показать отличия их правового положения от правового положения беженцев.

1.5. Опекa и попечительство

Коллизийные нормы об опеке и попечительстве впервые получили закрепление в ГК РФ в 2002 г., до этого они были включены в КоБС РФ, так как материально-правовое регулирование опеки и

попечительства до вступления в силу части первой ГК РФ в 1994 г. осуществлялось на основе семейного законодательства.

Следует отметить, что в большинстве стран мира семейное право не является самостоятельной отраслью права и, соответственно, гражданские отношения с иностранным элементом, охватывая семейные отношения, регулируются гражданским законодательством либо специальными законодательными актами по международному частному праву.

Опека устанавливается над полностью недееспособными лицами, а попечительство - над ограниченно или частично дееспособными лицами в целях защиты их прав и интересов.

При выборе применимого права к установлению и отмене опеки и попечительства основной коллизионной привязкой является личный закон лица, в отношении которого устанавливается опека или попечительство.

Согласно п. 1 ст. 1199 ГК РФ 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. Аналогично осуществляется выбор применимого права к установлению и отмене опеки либо попечительства во многих государствах - в Армении, Белоруссии, Польше, Австрии, Венгрии, Италии, Тунисе, Объединенных Арабских Эмиратах и др.

В законодательстве ряда стран привязка к личному закону уточнена, и выбор применимого права осуществляется следующим образом: на основе права страны гражданства недееспособного или ограниченно дееспособного лица - в Германии, Греции, Испании, Южной Кореи, Японии, Чехии, Турции; на основе права страны места жительства лица, нуждающегося в опеке или попечительстве, - в Венесуэле, Перу и др. Используется и коллизионная привязка к праву страны суда - в Киргизии, Узбекистане, Лихтенштейне.

Согласно п. 2 ст. 1199 ГК РФ обязанность опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство) определяется по личному закону лица, назначаемого опекуном (попечителем). Аналогичные специальные нормы относительно обязанности опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство) закреплены в законодательстве многих стран СНГ - в Армении, Белоруссии, Киргизии, Узбекистане, - а также в Чехии, Венгрии и др. Отсылка к личному закону отражает необходимость применять право страны, с которой иностранное лицо, назначаемое опекуном или попечителем, имеет наиболее тесную связь.

В законодательстве большинства государств нет специальной коллизионной нормы, устанавливающей, праву какой страны подчиняются отношения между опекуном (попечителем) и подопечным. В Российской Федерации такая специальная норма впервые получила закрепление в п. 3 ст. 1199 ГК РФ. Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако, когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица.

Следует отметить, что закон не связывает непосредственно выбор права, регулирующего отношения между опекуном (попечителем) и подопечным, с личным законом одного из участников отношений, как это предусмотрено в п. п. 1 и 2 ст. 1199 ГК РФ. Вместе с тем, учитывая, что опека (попечительство) устанавливается в России по личному закону несовершеннолетнего, недееспособного или ограниченно дееспособного совершеннолетнего лица, который в опеке (попечительстве) нуждается, можно сделать вывод, что лицо, в отношении которого устанавливается опека (попечительство), должно быть или российским гражданином, или иметь в России место жительства.

Подобные нормы, устанавливающие, праву какой страны подчиняются отношения между опекуном (попечителем) и подопечным, закреплены в законодательстве Армении, Белоруссии, Австрии, Венгрии, Чехии, Киргизии, Узбекистана.

Так, в соответствии с п. 3 § 48 Указа Венгрии 1979 г. N 13 "О международном частном праве" "правоотношения между опекуном и опекаемым, включая также обязанности опекуна по управлению имуществом и представлению отчетов, регулируются правом государства, орган власти которого назначил опекуна; если, однако, опекаемый проживает в Венгрии, применяется венгерское право при условии, что оно более благоприятно для опекаемого".

Согласно § 30 Закона Чехословакии 1963 г. "О международном частном праве и процессе" "правоотношения между опекуном и несовершеннолетним регулируются правом государства, в котором находится суд или орган, назначивший опекуна".

Вопросы опеки и попечительства регулируются нормами Минской конвенции 1993 г. (ст. ст. 33, 34), Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 36) и многих двусторонних международных договоров России о правовой помощи. Практически все международные договоры по вопросам опеки и попечительства исходят из привязки к праву страны гражданства физических лиц - участников правоотношения.

Установление или отмена опеки и попечительства производится по законодательству

договаривающейся стороны, гражданином которой является лицо, в отношении которого устанавливается или отменяется опека или попечительство.

Обязанность принять опеку или попечительство устанавливается законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является лицо, назначаемое опекуном или попечителем.

Таким образом, если решение об установлении опеки (попечительства) принимается в России и опекуном (попечителем) назначается иностранный гражданин, то в соответствии с договором о правовой помощи (к примеру, с Болгарией, Венгрией, Кубой, Монголией, Польшей, Чехией, Словакией) вопрос об обязанности принять опеку или попечительство будет решаться на основе права страны гражданства этого лица. Указанные международные договоры содержат ограничение относительно опекуна или попечителя, в силу которого опекуном или попечителем лица, являющегося гражданином одной договаривающейся стороны, может быть назначен гражданин другой договаривающейся стороны, если он проживает на территории страны, где будет осуществляться опека или попечительство.

Привязка к стране гражданства лица, в отношении которого устанавливается опека или попечительство, определяет и компетенцию органов, правомочных устанавливать опеку и попечительство. Вместе с тем большинство международных договоров о правовой помощи допускают возможность передачи полномочий компетентному органу другого договаривающегося государства, если недееспособное или ограниченно дееспособное лицо имеет постоянное местожительство, местопребывание или имущество на территории последнего. В таких случаях орган, который принял на себя осуществление мер по опеке и попечительству, действует в соответствии со своим национальным законодательством.

1.6. Признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление физического лица умершим

Институт признания физического лица безвестно отсутствующим и объявления умершим существует не во всех государствах. В тех государствах, праву которых известен этот институт, материальные нормы значительно отличаются при установлении условий и сроков объявления без вести пропавшими, а также юридических последствий безвестного отсутствия.

Неодинаков подход национального законодательства разных стран и к выбору применимого права в делах о признании физического лица безвестно отсутствующим или об объявлении умершим.

Во-первых, широкое применение получила коллизионная привязка к праву страны суда (**lex fori**). Она закреплена в законодательстве стран СНГ, Монголии, Швейцарии, Лихтенштейна.

Во-вторых, вопросы безвестного отсутствия и объявления умершим решаются на основе привязки отношения к личному закону, в качестве которого может быть или закон гражданства (**lex patriae**), или закон страны постоянного места жительства (**lex domicilii**). Применяется последний известный личный закон лица, признаваемого безвестно отсутствующим или объявляемого умершим, в Австрии, Венгрии, Германии, Греции, Италии, Турции, Польше и др.

В Российской Федерации признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление физического лица умершим подчиняются российскому праву (ст. 1200 ГК РФ). Эта норма односторонняя, однозначная и императивная.

Аналогично разрешается данный коллизионный вопрос в Гражданском кодексе Монголии 1994 г. В п. 6 ст. 428 этого законодательного акта установлено, что "объявление любого лица безвестно отсутствующим или умершим на территории Монголии определяется по монгольскому праву".

В законодательстве большинства государств коллизионные нормы, определяющие компетентный порядок для признания лица безвестно отсутствующим и объявления лица умершим, носят двусторонний характер. Так, согласно Федеральному закону Австрии 1978 г. о международном частном праве "условия, последствия или прекращение объявления умершим или представления доказательств смерти определяются согласно последнему известному личному закону безвестно отсутствующего" (§ 14).

В соответствии с Указом Венгрии 1979 г. N 13 "О международном частном праве" "признание умершим или безвестно отсутствующим, а также установление факта смерти определяется по праву, которое являлось личным законом безвестно отсутствующего лица". Анализируемый нормативный акт предусматривает возможность разрешения коллизий о признании умершим или безвестно отсутствующим венгерского гражданина венгерским судом на основе внутреннего права, исходя из отечественных правовых интересов.

Вводный закон к ГГУ 1896 г. при разрешении рассматриваемых коллизий исходит прежде всего из критерия гражданства лица, в отношении которого принимается решение. Согласно ст. 9 этого Закона объявление умершим, установление факта смерти и момента смерти, как и презумпция нахождения лица в живых и презумпция его смерти, подчиняются праву того государства, гражданином которого является

безвестно отсутствующий в тот последний момент, в который он по имеющимся сведениям был еще жив. Как и в Венгрии, в Германии предусмотрена возможность применения гражданского права для объявления иностранного гражданина умершим. Предпосылкой такого определения компетентного правопорядка является обоснованный интерес.

Выбор применимого права для решения вопросов безвестного отсутствия детально регламентирован в Федеральном законе Швейцарии 1987 г. "О международном частном праве". Закон определяет критерии выбора как компетентного права, так и компетентного суда. Объявление безвестного отсутствия входит в компетенцию швейцарского суда по последнему известному месту жительства отсутствующего. Кроме того, швейцарский суд вправе объявить лицо безвестно отсутствующим во всех случаях, когда этого требует охрана какого-либо законного интереса. Условия и юридические последствия объявления лица безвестно отсутствующим определяются по швейцарскому праву.

В Кодексе Бустаманте вместо понятий "объявление лица умершим" и "безвестно отсутствующий" введено понятие "презумпция переживания одним лицом другого или одновременной смерти лиц" (ст. 29). Следует согласиться с Л.П. Ануфриевой в том, что рассматриваемый институт в определенном смысле известен праву стран - участниц Конвенции о международном частном праве 1928 г. <1>. Статья 29 Кодекса Бустаманте предусматривает, что презумпция переживания одним лицом другого или презумпция одновременной смерти лиц при отсутствии доказательств устанавливаются в отношении соответственных наследств личным законом каждого из умерших.

<1> См.: Международное частное право: Учебник. М., 2003. С. 211 (автор раздела - Л.П. Ануфриева).

Двусторонние договоры о правовой помощи традиционно содержат правила определения компетентного правопорядка для признания лиц безвестно отсутствующими и объявления умершими.

Так, в советско-кубинском Договоре от 28 ноября 1984 г. предусмотрено, что по делам о признании лица безвестно отсутствующим, об объявлении его умершим и установлении факта смерти компетентны учреждения того государства, гражданином которого было это лицо в то время, когда оно по последним данным было в живых. При этом в Договоре установлен и иной вариант, согласно которому компетентными будут признаны учреждения другой страны по просьбе лиц, проживающих на ее территории, в случае, если их права и интересы основываются на законодательстве этой страны. В каждом случае компетентные учреждения применяют свое национальное законодательство.

Аналогичные правила закреплены в двусторонних договорах о правовой помощи и с другими государствами, к примеру с Болгарией, Вьетнамом, Киргизией, Республикой Молдова и т.д.

Минская конвенция 1993 г. закрепляет правила решения такого рода вопросов как в отношении лиц, имеющих гражданство, так и в отношении лиц без гражданства. Согласно ст. 25 данной Конвенции по делам о признании гражданина безвестно отсутствующим или об объявлении умершим и по делам об установлении факта смерти компетентны учреждения юстиции той Договаривающейся Стороны, гражданином которой лицо было в то время, когда оно по последним данным было в живых, а в отношении других лиц - учреждения юстиции по последнему месту жительства. Наряду с этим по ходатайству проживающих на территории государства заинтересованных лиц, права и интересы которых основаны на законодательстве этого государства, компетентными могут быть признаны учреждения юстиции этого государства. В каждом случае учреждения юстиции применяют законодательство своего государства. Такой же подход к решению вопросов о признании безвестно отсутствующим и об объявлении умершим закреплен в Кишиневской конвенции 2002 г.

1.7. Право физического лица на имя

Право на имя - одно из личных неимущественных прав гражданина. В соответствии с ГК РФ имя гражданина включает фамилию, собственно имя, а также отчество, если иное не вытекает из закона или национального обычая.

В соответствии с законом или национальным обычаем состав имени может быть другой. К примеру, в него может не входить отчество.

Юридическое значение имени гражданина состоит в том, что под ним субъект приобретает и осуществляет права и обязанности, хотя допускается также использование псевдонима, т.е. вымышленного имени. В случае допускаемой законом перемены имени прекращение или изменение приобретенных прав и обязанностей указанного лица не следует, но вместе с тем у данного субъекта возникает обязанность уведомить об этом третьих лиц (кредиторов, должников). Приобретение прав и обязанностей под именем другого лица запрещается, поскольку имя является нематериальным благом, а право на имя относится к личным неимущественным, неотчуждаемым правам. За неправомерное использование или искажение имени возможно применение мер гражданско-правовой ответственности.

Включение в ГК РФ коллизионной нормы, касающейся права на имя, является нововведением для российского законодательства. Согласно ст. 1198 ГК РФ права физического лица на имя, его использование и защиту определяются его личным законом, если иное не предусмотрено законом.

Объем данной коллизионной нормы охватывает право на имя, право на использование имени, право на защиту имени. Названные права подчиняются личному закону физического лица.

Нормы о применимом праве в отношении имени физического лица имеются в законодательстве ряда государств. Коллизионной привязкой в этих нормах является также личный закон физического лица. Так, права физического лица на имя, его использование и защиту определяются его личным законом в Белоруссии, Казахстане, Узбекистане.

Согласно ст. 37 Федерального закона Швейцарии 1987 г. "О международном частном праве" правовой режим имени лица, имеющего место жительства в Швейцарии, определяется по швейцарскому праву, а лица, имеющего место жительства в другом государстве, - по праву, на которое указывают нормы международного частного права этого государства. При этом по желанию лица правовой режим его имени может определяться по праву его гражданства.

В Германии имя лица подчиняется праву того государства, гражданином которого это лицо является (п. 1 ст. 10 Вводного закона к ГГУ).

В некоторых иностранных государствах к отношениям, связанным с правом лица на имя или его использованием, и отношениям, связанным с защитой нарушенных прав лица на имя, применяются разные коллизионные нормы. Например, в § 13 Федерального закона Австрии "О международном частном праве" установлено, что использование имени лица определяется в соответствии с его личным законом, а защита имени определяется правом того государства, в котором осуществляется нарушающее его действие. Аналогично определяется применимое право к таким отношениям в Лихтенштейне (ст. 14 Закона 1996 г. "О международном частном праве"), где использование имени физического лица определяется согласно его личному закону, на какой бы причине приобретение имени ни основывалось. При этом защита имени физического лица определяется согласно праву того государства, в котором осуществляется нарушающее его действие.

1.8. Защита консулом прав и интересов граждан

Защита прав и интересов граждан представляемого государства на территории государства пребывания посредством установления консульских отношений и выполнения консульских функций является с древнейших времен до настоящего времени одной из важнейших задач.

Консульские отношения реализуются по мере отправления консульских функций консульскими учреждениями в государстве пребывания.

Конец XX в. можно охарактеризовать как период преобразований в мировой политике: распад СССР и появление новых независимых государств из числа бывших союзных республик. Помимо этого, такие факторы, как международный терроризм, различные конфликты и волнения, приводят к усилению миграционных процессов, увеличению числа вынужденных переселенцев и беженцев. Все это побуждает государства к более эффективному взаимодействию и сотрудничеству между ними, в том числе в области консульских сношений. Одним из результатов такого взаимодействия можно назвать Заключительный акт Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе от 1 августа 1975 г. <1>, который закрепляет обязательства государств-участников постепенно упрощать и гибко применять порядок выезда и въезда; облегчать порядок передвижения граждан из других государств-участников по их территории с учетом требований безопасности.

<1> Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XXXI. М., 1977.

Еще одним важным международным документом о гарантии личной безопасности граждан, находящихся на территории других государств-участников по личным или профессиональным причинам, является Итоговый документ Венской встречи представителей государств - участников Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе (СБСЕ) от 15 января 1989 г. <1>. Настоящий Документ уделит внимание, например, одной из существенных проблем по воссоединению несовершеннолетних детей с их родственниками.

<1> Известия. 1989. 26 января.

Вышеупомянутые международные документы, как составляющие комплекса мер, регламентирующих передвижения граждан из других государств-участников по территории государства пребывания,

отражают значительную роль консульских функций в консульских отношениях.

В настоящее время консульско-визовая проблематика становится важной сферой общеевропейского сотрудничества. Практика воплощения в жизнь положений документов СБСЕ (ОБСЕ), относящихся к консульско-визовой проблематике, - главный критерий их действенности <1>.

<1> См.: Бобылев Г.В. Границы без замков (международно-правовые аспекты сотрудничества государств - участников СБСЕ (ОБСЕ) в области консульско-визовых отношений) // Закон и право. 2002. N 3. С. 27.

Успех сотрудничества государств в консульской области зависит прежде всего от деполитизации данной сферы. Необходимо, чтобы государства в этом вопросе не руководствовались исключительно политическими интересами <1>. Большое значение имеют многосторонние и двусторонние документы (консульские конвенции и соглашения по визовым и иным вопросам) и внутреннее законодательство государств - участников СБСЕ (ОБСЕ) (законы о въезде и выезде и нормативные акты, регулирующие порядок регистрации, пребывания и перемещения по территории страны иностранцев), призванные претворить в жизнь положения документов, одобренных в рамках СБСЕ (ОБСЕ).

<1> Там же.

Очевидно, что все указанные перемены порождают дополнительные сложности в деятельности консульских отделов дипломатических представительств и консульских учреждений государств, призванных осуществлять функции по защите прав и интересов своих граждан за рубежом.

Урегулирование многочисленных вопросов, связанных с оказанием помощи гражданам, зависит не только от характера межгосударственных сношений, но и от личности консула, выполняющего функции по защите прав и интересов своих граждан в государстве пребывания. Проявление со стороны консула таких качеств, как тактичность, понимание, желание помочь своим гражданам, является одним из существенных факторов в преодолении сложностей, с которыми сталкиваются граждане представляемого государства в повседневной жизни. Выполнение консулом функций по защите прав и интересов своих граждан за рубежом ограничивается территорией консульского округа (исключение составляет ст. 6 "Выполнение консульских функций за пределами консульского округа" Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г. <1>), но его роль в судьбе сограждан, бесспорно, неопределима и безгранична.

<1> Действующее международное право (избранные документы): Учеб. пособие / Сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. С. 433.

Выполнение консулом консульских функций в условиях глобализации XXI в. играет огромную роль, прежде всего, в защите законных прав и интересов граждан, а также в укреплении дружественных отношений между государствами и содействует развитию международных экономических, гуманитарных и культурных связей государств.

1.8.1. Становление и развитие консульских функций

Становление и развитие консульских функций исторически тесно связано с консульским институтом, который является одним из древнейших институтов международного права, формирование и совершенствование которого было обусловлено реальными потребностями международной жизни. Так как развивавшиеся международно-экономические связи и мореплавание нуждались в правовой защите, появление института консулов и выполнение консульских функций стало естественным продуктом исторической эволюции.

Большинство авторов, как отечественных, так и зарубежных, по данной тематике считают родиной зарождения консульского института Древнюю Грецию и Древний Рим <1>.

<1> См., например: Вейнер Л.П. Консулы в христианских государствах Европы и Североамериканских Соединенных Штатах. СПб., 1894. С. 4 - 6; Бобылев Г.В., Зубков Н.Г. Основы консульской службы. М., 1986. С. 6 - 10; и др.

В Древней Греции институт покровительства иностранцам - **проксения (гостеприимство)** - стал основным и единственным способом протекции бесправных иностранцев на территории греческих городов-полисов. На начальном этапе появления и развития проксении лишь обеспеченные и знатные горожане могли быть проксенами, т.е. брали на себя ответственность по защите иностранцев, пользуясь в

представляемом ими государстве определенными правами и привилегиями: личной неприкосновенностью и неприкосновенностью имущества во время войны; правом выступать перед народным собранием и в совете; проксены могли стать почетными гражданами; освобождались от пошлин <1>. Проксен стал своеобразным гарантом безопасности для иностранцев, находящихся на территории греческих городов-полисов. Постепенно ввиду стремительно развивающегося миграционного процесса вследствие развития торговли и мореплавания институт покровительства иностранцев приобрел государственный масштаб.

<1> См.: Баскин Ю.А., Крылов Н.Б., Левин Д.Б. и др. Курс международного права: В 7 т. М., 1989. Т. 1: Понятие, предмет и система международного права. С. 40.

Надо отметить, что функции проксенов были обширны: "Они выступали свидетелями при составлении иностранцами завещаний, устанавливали порядок ликвидации наследства иностранца, не оставившего наследников; наблюдали за продажей товаров и обеспечивали иностранцам доступ в храмы для отправления религиозных обрядов в чужом городе-государстве, оказывали всяческое содействие иностранным купцам" <1>. Проксены иногда исполняли и публично-правовые функции, выступая посредниками между государствами. В отношении опекаемых иностранцев они обладали непререкаемым авторитетом, решения их были беспелляционны.

<1> Бобылев Г.В., Зубков Н.Г. Указ. соч. С. 8.

В **Древнем Риме** по аналогии с проксенией развивался институт покровительства иностранцам - **патронат**. Первоначально знатные патроны выступали в личном качестве, охраняя права и интересы иностранцев, однако уже в III в. до н.э. сенат стал назначать их из числа патрицианских семей Древнего Рима. "Патронату были присущи все те функции, что и институту проксенов, кроме права судить опекаемых иностранцев" <1>.

<1> Санчов В.Л. Учебник консульского права. М., 1923. С. 16; Вейнер Л.П. Указ. соч. С. 7.

Проксения в Античной Греции и институт патроната в Древнем Риме традиционно признаются прообразом консульского института. Греческие проксены и римские патроны выполняли ряд функций, присущих современным консулам (например, функции по защите подданных представляемого государства и оказания им помощи). На это обстоятельство обращает внимание Д. Наумов, который усмотрел в греческой проксении и римском патронате "аналогию с консульствами" <1>. Так же считает и известный российский ученый-международник Г.И. Тункин, который, в частности, отмечал, что "институты покровительства иностранцам рабовладельческой эпохи стали прообразом современного консульского права" <2>. Этой же точки зрения придерживается В.Л. Санчов, утверждая, что "эти древнейшие консульские учреждения, бесспорно, являются прототипами и родоначальниками современных".

<1> Наумов Д. Консульское право Европы и Америки. М., 1856. С. 9.

<2> Международное право: Учебник / Под ред. Г.И. Тункина. М., 1994. С. 26.

В то же время важно отметить принципиальную разницу между древними институтами покровительства и современной консульской службой. В данном контексте представляется важным сослаться на точку зрения итальянского юриста-международника Д. Анцилотти. В своей работе он пишет: "Там само государство через посредство своих собственных органов оказывало покровительство иностранцам, находящимся на его территории, тогда как в современных условиях отечественное государство покровительствует своим гражданам, назначая для этого своих служащих в государства, где эти граждане находятся" <1>.

<1> Анцилотти Д. Курс международного права. М., 1961. С. 248.

В **Средние века** развитие института консулов проходило в зависимости от основных этапов феодализма: период образования феодальных государств (V - IX вв.); феодальной раздробленности (X - XII вв.); возникновение сословных монархий (XIII - XV вв.) и абсолютизма (XVI - XVII вв.). Средние века характеризуются постоянными междоусобицами, состоянием войны, шаткостью государственных образований. Международная обстановка в Европе и на Ближнем Востоке существенно изменилась вследствие падения Римской империи. Все это привело к формированию отдельных, ранее неизвестных, институтов международного права. Так, институт консулов "образовался первоначально в

Средиземноморье, очевидно, в X в." <1>.

<1> См., например: Курс международного права: В 7 т. Т. 1. С. 45; Вейнер Л.П. Указ. соч. С. 7; Borel F. De l'origine et des fonctions des consuls. СПб., 1807. P. 11.

Широкое распространение институт консулов получил в XI - XII вв. После первых крестовых походов (1095 г.) масса итальянских купцов, которая следовала за войсками вдоль берега моря на своих кораблях, стала предлагать крестоносцам-победителям, взамен их добычи, предметы первой необходимости, в которых они остро нуждались. Получив частично добычу крестоносцев, купцы направлялись в итальянские порты Средиземного моря и вновь привозили для них необходимые товары к берегам Сирии и Палестины. Таким образом завязалась торговля итальянских городов и Востока. Эта связь послужила примером купцам из Франции и Испании. "Заботясь о своих торговых выгодах, купцы не теряли из виду то громадное значение, какое они имели для крестоносцев как источники припасов и, пользуясь этим своим значением, выхлопотали себе различные привилегии и образовывали своеобразные колонии, пользовавшиеся независимостью" <1>. Иностранцы купцы были изъяты от юрисдикции местных судов и судились у магистратов колоний, они были освобождены от ввозных и вывозных пошлин и т.д. В каждой колонии (фактории) был свой глава, который носил разные названия. "Деятельность его была очень разнообразна; она-то и послужила источником, из которого образовалась деятельность тех лиц, которые теперь называются консулами" <2>. Первые консульства в Сирии и Палестине были плодами побед крестоносцев.

<1> Санчов В.Л. Указ. соч. С. 8.

<2> Там же. С. 9.

В начале XII в. сицилийский король Роже I приказал выработать регламент на основании существовавших морских обычаев, долженствовавший руководить торговыми консулами, среди которых были главным образом отставные капитаны, хорошо знакомые с морскими обычаями. Торговые консулы в Мессине и других городах Сицилии почти всегда руководствовались этим регламентом <1>. Регламент короля Роже I можно считать первым писанным государственно-правовым источником консульского права, и хотя он является первым опытом в этой области, все же для современной ему эпохи (XII в.) он достаточно полон <2>. Спустя три столетия сицилийским королем Рене был издан регламент о консулах (1427 г.), которым стали пользоваться все города Италии и Франции. Почин в этой области принадлежал городу Руану. Так же как и о первом регламенте короля Роже, о регламенте короля Рене до нас не дошло почти никаких сведений <3>.

<1> Borel F. Op. cit. P. 4.

<2> Санчов В.Л. Указ. соч. С. 18.

<3> Там же.

В конце XIII столетия каталонские консулы были в Кастилии, Сицилии и Генуе. Первое назначение консула в Кастилию относится к 1282 г. В Сицилии первое консульство появилось в 1285 г. в городе Палермо с разрешения короля Иакова I. В Генуе каталонские консулы появились после 1282 г. <1>. В XIV столетии каталонские консулы появились в Сардинии (1321 г.), Пизе (1393 г.) и на острове Мальта (1335 г.). Большинство назначений консулов Каталонского королевства во Францию произошло в XV столетии <2>.

<1> Там же. С. 20.

<2> Там же. С. 21.

На протяжении периода XI - XVI вв. появляются сборники национальных законов по вопросам консульской службы, такие как Табула амальфита (сборник законов г. Амальфи, XV в.), Олеронские списки (XI - XII вв.), Консолато дель маре (XII - XIV вв.), Морские законы Висби (XIII - XIV вв.) и др. <1>.

<1> См.: Международное право: Учебник / Отв. ред. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М., 2003. С. 342.

Деятельность консула согласовывалась с законами, международными договорами и обычаями. Консулы в мирное время выполняли следующие основные функции: осуществление административной и судебной власти над подданными своего государства; защита прав и интересов своих соотечественников в пределах государства пребывания, в том числе выполнение нотариальных действий,

свидетельствование торговых сделок, ведение наследственных дел, наблюдение за выполнением международных договоров и т.д. <1>.

<1> Вейнер Л.П. Указ. соч. С. 32.

С конца XVI в. развитие консульского института претерпевает значительные изменения. Вместе с падением муниципальных городов (Марсель, Барселона и др.) право назначения консулов перешло в руки верховной власти государств, от которой теперь зависели как выбор консулов, так и определение их деятельности, прав и преимуществ <1>.

<1> См.: Вейнер Л.П. Указ. соч. С. 32.

Европейские консулы XII - XVI вв. обладали спектром привилегий дипломатического характера. В период падения абсолютизма и возникновения постоянных дипломатических представительств существование консульств становится невозможным в силу того, что они являлись "в прямом смысле слова государствами в государствах" <1>. Происходит временный отказ от использования института консулов, что нашло свое отражение, в частности, в ст. 40 Версальского договора между Францией и Нидерландами 1739 г.: "В будущем никакие консулы не будут допускаться ни с той, ни с другой стороны" <2>.

<1> Сабанин Л.В. Посольское и консульское право. М.; Л., 1930. С. 225.
<2> Там же.

С развитием торговли и промышленности, зарождением и развитием мирового рынка европейские государства уже к середине XVIII в. возвратились к испытанному временем институту консулов, но уже совершенно в иных правовых формах <1>. Первым международным актом, в котором это было закреплено, считается франко-испанский фамильный пакт 1769 г. <2>.

<1> См., например: Сабанин Л.В. Указ. соч. С. 225; Сафронова Е.В. Становление и развитие консульской службы Российской империи в XVIII - начале XX в. СПб., 2002. С. 17.
<2> См.: Сабанин Л.В. Указ. соч. С. 225.

В конце XVII в. в связи с увеличением числа консульских учреждений, связанным с дальнейшим развитием международной торговли и экономических связей, появляются консульские уставы, регламенты и инструкции, определяющие положение, права, обязанности и привилегии консулов. К их числу, например, относятся морские ордонансы Кольбера (1681 г.) <1>.

<1> См.: Бобылев Г.В., Зубков Н.Г. Указ. соч. С. 19.

В эпоху рыночной экономики консулы стали выполнять более широкую гамму функциональных обязанностей. Это было связано с разработкой и закреплением организационной основы консульской службы в специальных внутригосударственных правовых актах. Круг консульских функций расширился, в частности, задачами информационного характера, что нашло свое закрепление в двусторонних консульских конвенциях. Например, в 1796 г. была заключена франко-испанская консульская конвенция, в 1788 г. - франко-американская, которые положили начало кодификации консульского права. Таким образом, исторические особенности развития консульских отношений и в настоящее время продолжают определять их специфику" <1>.

<1> Плотникова О.В. Консульские отношения и консульское право. М., 1999. С. 4.

1.8.2. Основные консульские функции по защите прав и интересов граждан

Консул выполняет ряд функций, перечень которых предусмотрен в международных договорах (Венская конвенция о консульских сношениях 1963 г.), двусторонних консульских конвенциях, заключенных между государствами, число которых исчисляется сотнями, а также в национальном законодательстве, в том числе и Российской Федерации, в частности в Положении о Консульском учреждении Российской Федерации 1998 г. Говорить о приоритетности той или иной выполняемой консулом функции было бы неправильно, ибо каждая консульская функция затрагивает важные

жизненные аспекты граждан и отражает многогранность двусторонних консульских отношений между государствами. Тем не менее практика показывает, что консул значительную часть своей деятельности посвящает защите прав и интересов своих граждан.

Среди многосторонних консульских конвенций следует отметить Каракасскую конвенцию о консульских функциях от 18 июня 1911 г., Гаванскую конвенцию о консульских чиновниках от 20 февраля 1928 г. и Европейскую конвенцию о консульских функциях от 11 декабря 1967 г., которые, бесспорно, способствовали созданию международно-правовой основы для консульских функций. Российская Федерация не присоединилась к Европейской конвенции о консульских функциях 1967 г.

Общие функции или основные задачи консульских учреждений нашли отражение в положениях Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г., в ст. 5 которой дается в целом более или менее исчерпывающий перечень консульских функций. Они также отражены во всех двусторонних консульских конвенциях (например, в Консульской конвенции между Российской Федерацией и Украиной от 15 января 1993 г. <1>) и состоят в следующем:

<1> www.businesspravo.ru

- защита в государстве пребывания интересов представляемого государства и его граждан;
- содействие развитию торговых, экономических, культурных и научных связей между представляемым государством и государством пребывания;
- содействие развитию дружественных отношений между ними;
- выяснение всеми законными путями условий и событий в торговой, экономической и научной жизни государства пребывания, сообщение о них правительству представляемого государства и предоставление сведений заинтересованным лицам.

Кроме того, консульское должностное лицо <1> уполномочено на совершение дипломатических актов в государстве, где представляемое государство не имеет дипломатического представительства и где оно не представлено дипломатическим представительством третьего государства, а также в тех случаях, когда консульское должностное лицо представляемого государства является одновременно и представителем в международной организации (ст. 17 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г.).

<1> "Консульское должностное лицо" означает любое лицо, включая главу консульского учреждения, которому поручено в этом качестве выполнять консульские функции (в дальнейшем будет использован обобщенный термин "консул", который встречается в ряде двусторонних консульских конвенций).

Административные функции <1>. Консул осуществляет административные функции в отношении граждан в пределах своего консульского округа. Российский консул, кроме того, ведет учет граждан России, постоянно проживающих в его консульском округе. Распоряжения консула носят обязательную силу <2>.

<1> Консульские функции выполняются также дипломатическими сотрудниками консульских отделов посольств.

<2> См.: Бобылев Г.В. Консульское право: Учеб. пособие. 2-е изд., доп. и испр. М., 2007. С. 33.

В пределах своей компетенции консул должен предоставлять гражданам своего государства информацию и разъяснения относительно их пребывания в иностранном государстве и оказывать им помощь и всяческое содействие. Важна и значима информация о законах, правилах и обычаях государства пребывания, особенностях правового положения иностранных граждан. В этом контексте следует заметить, что на иностранных граждан с момента пересечения ими границы того или иного государства распространяется юрисдикция этого государства. Значима также информация об особенностях порядка регистрации, пребывания и передвижения по стране. Большинство государств, определяя порядок временного пребывания иностранных граждан, не предусматривает права на трудоустройство. Нарушение режима регистрации, пребывания, передвижения по стране, а также правил устройства на работу может повлечь за собой соответствующие санкции - административную ответственность, депортацию с запрещением въезда в государство на определенный срок.

В соответствии с международными договорами и внутренним законодательством консул представляет граждан своего государства перед местными властями. Так, согласно ст. 36 Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г. и нормам двусторонних консульских конвенций (например, Консульские конвенции между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 24 января 1995 г. (п. 1 ст. 38) <1>; между Российской Федерацией и Украиной от 15 января 1993 г. (п. 1 ст. 14) <2>; между

Российской Федерацией и Республикой Узбекистан от 2 марта 1994 г. (п. 1 ст. 38) <3> и т.д.), предусмотрена возможность свободного сношения консула с гражданами представляемого государства. В свою очередь, государство пребывания никоим образом не должно ограничивать сношение граждан представляемого государства с консулом и их доступ в консульское учреждение.

<1> www.businesspravo.ru

<2> Там же.

<3> Там же.

К административным функциям относится и "передача судебных и несудебных документов или исполнение судебных поручений по снятию показаний для судов представляемого государства в соответствии с действующими международными соглашениями или, при отсутствии таких соглашений, в любом ином порядке, не противоречащем законам и правилам государства пребывания" (ст. 5 Венской конвенции 1963 г.).

Функции по защите прав и интересов граждан. Государства - участники СНГ подчеркнули значимость и закрепили эту функцию в соответствующих двусторонних консульских конвенциях: Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 24 января 1995 г. (п. "е" ст. 37) <1>; Консульская конвенция между Российской Федерацией и Украиной от 15 января 1993 г. (п. 1 ст. 9) <2>; Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Узбекистан от 2 марта 1994 г. (п. "е" ст. 37) <3>; Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Грузия от 8 октября 1993 г. (п. "е" ст. 37) <4> и др. Законодательство многих государств содержит положения, касающиеся защиты их граждан за границей.

<1> Там же.

<2> Там же.

<3> Там же.

<4> Там же.

Так, например, Федеральный закон "О гражданстве Российской Федерации", вступивший в силу 1 июля 2002 г., предусматривает, что "органы государственной власти Российской Федерации, дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации, находящиеся за пределами Российской Федерации, должностные лица указанных представительств и учреждений обязаны содействовать тому, чтобы гражданам Российской Федерации была обеспечена возможность пользоваться в полном объеме всеми правами, установленными Конституцией Российской Федерации, федеральными конституционными законами, федеральными законами, общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами Российской Федерации, законами и правилами государств проживания или пребывания граждан Российской Федерации, а также возможность защищать их права и охраняемые законом интересы" (п. 2 ст. 7).

В случае ареста, задержания гражданина представляемого государства или ограничения его свободы в любой иной форме консул имеет право посетить этого гражданина и оказать ему правовую помощь. Сроки и порядок посещения четко оговорены в двусторонних консульских конвенциях Российской Федерации, например, с Республикой Молдова от 14 июня 1994 г. (ст. 12) <1>, Республикой Беларусь от 24 января 1995 г. (ст. 39) <2>, Республикой Грузия от 8 октября 1993 г. (ст. 39) <3>, Республикой Армения от 22 декабря 1992 г. (ст. 38) <4>, Сербией и Черногорией от 7 ноября 2005 г. (ст. 23) <5> и др. "Консул должен следить, чтобы в отношении граждан представляемого государства строго соблюдались процессуальные нормы, обеспечивающие их право на защиту и объективный ход расследования обстоятельств дела, а также соблюдались международные стандарты по правам человека" <6>.

<1> Там же.

<2> Там же.

<3> Там же.

<4> Там же.

<5> Там же.

<6> Бобылев Г.В. Консульское право: Учеб. пособие. С. 35.

В целях защиты нарушенных прав и интересов граждан представляемого государства консул имеет право и обязан обращаться с запросами к компетентным органам государства пребывания не только по жалобам граждан, но и по своей собственной инициативе и истребовать сведения относительно любого дела и инцидента, затрагивающего интересы физических лиц своего государства. При необходимости

консул оказывает содействие в предоставлении в распоряжение гражданина представляемого государства доверенного лица для защиты его интересов в суде, а также переводчика.

Если граждане представляемого государства не могут осуществлять в государстве пребывания защиту своих прав и интересов в связи с их отсутствием в государстве пребывания или по другим причинам, то консул имеет право без особой доверенности представлять в учреждениях государства пребывания этих граждан. Это представительство продолжается до тех пор, пока представляемые лица не назначат своих уполномоченных или не возьмут на себя защиту своих прав и интересов (ст. 29 Консульского устава 1976 г.).

Консул может обращаться к компетентным властям государства пребывания за содействием в розыске пропавших без вести граждан представляемого государства, постоянно проживающих или временно находящихся на территории государства пребывания.

Консул может заниматься вопросами, связанными с назначением опекуна или попечителя, когда это отвечает интересам несовершеннолетнего или другого лица, не обладающего полной дееспособностью и являющегося гражданином представляемого государства.

Наследственные дела <1>. Данная функция отражена практически во всех консульских конвенциях, заключенных Российской Федерацией с иностранными государствами. Наследственные дела возникают в случае смерти лица представляемого государства. В этом случае компетентные органы государства пребывания в кратчайший возможный срок уведомляют об этом консула, а также информируют его о наличии наследственного имущества, завещания. Если же консул первым узнает о смерти на территории государства пребывания гражданина представляемого государства или о наличии на территории государства пребывания наследственного имущества, оставленного умершим гражданином представляемого государства, он информирует об этом компетентные органы государства пребывания (например, такой порядок предусмотрен в ст. 40 Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Грузия от 8 октября 1993 г.).

<1> Более подробно см. подп. 12.5.3 настоящего тома учебника.

Если какой-либо гражданин представляемого государства умирает в период своего временного нахождения на территории государства пребывания, при этом не имея в этом государстве постоянного местонахождения, то консул имеет право в соответствии с законом представляемого государства распорядиться документами, деньгами и иным имуществом умершего. Консул имеет право лично предпринять шаги по обеспечению защиты и сохранности наследственного имущества (например, в соответствии со ст. 16 Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Молдова от 14 июня 1994 г.) <1>. "Однако все мероприятия, включая вывоз имущества, необходимо осуществлять с соблюдением законодательства государства пребывания. В случае смерти (гибели) гражданина представляемого государства консул обязан оформить необходимые документы и отправить его тело на Родину или организовать похороны на месте" <2>.

<1> www.businesspravo.ru

<2> Бобылев Г.В. Консульское право: Учеб. пособие. С. 36.

В обязанности российского консула входит **оказание содействия по страховым случаям** гражданам Российской Федерации, пребывающим в консульском округе, и их **эвакуация в чрезвычайной ситуации** (в случае военных действий, землетрясения и иных стихийных бедствий, эпидемий, техногенных катастроф и т.д.) <1>.

<1> Там же.

В рамках своей компетенции консул должен предоставлять физическим лицам представляемого государства информацию и сведения из имеющегося в консульском учреждении банка данных по законодательству государства пребывания и фирмам государства пребывания, заинтересованным в сотрудничестве с партнерами представляемого государства, оказывать в этой связи на платной основе **информационно-консультационные услуги**, не запрещенные законодательством государства пребывания. Эта функция отвечает современным тенденциям расширения консульских функций.

Указанные услуги, в частности, включают в себя предоставление следующей информации:

- об иностранном юридическом лице (почтовые, банковские реквизиты, имена руководителей, основные виды деятельности, деловая репутация и т.п.);
- о требованиях законодательства того или иного государства к иностранным предпринимателям;
- о возможности получения товаров, услуг, инвестиций, технологий и т.п. из конкретного региона

мира.

Консул может оказать содействие в поисках квалифицированного юриста, адвоката, нотариуса.

Консульские функции по вопросам паспортов, виз и иных проездных документов. Функции консульских учреждений и консульских отделов посольств в области выдачи паспортов и виз приобрели всеобъемлющий характер в условиях, когда государства ужесточили контроль при въезде иностранных граждан на свою территорию, а также выезде своих граждан в иностранные государства (такая тенденция была выявлена, в частности, после окончания Первой мировой войны), а также вследствие расширения отношений в области международного туризма.

В соответствии со своими функциональными обязанностями консул наделен правом оформлять и выдавать национальные паспорта гражданам своего государства, постоянно проживающим или временно находящимся на территории государства пребывания. Консул, выполняя функции в области оформления паспортов и выдачи виз, руководствуется положениями национального законодательства представляемого государства, а также межправительственными соглашениями по консульским вопросам. Основания для принятия консулом решения об оформлении и выдаче паспортов могут быть разными: случаи их утраты, кражи, непригодности или уничтожения, невозможность их продления, перемена фамилии в результате заключения брака и т.д.

При обращении своих граждан консул вправе продлевать указанные идентификационные документы в случае истечения срока их действия, если это предусмотрено национальным законодательством. Принимая решение о выдаче паспортов и других проездных документов (в данном случае речь идет главным образом о свидетельстве на возвращение), консул должен всесторонне исследовать каждый конкретный случай в целях уточнения и идентификации обращающихся лиц. При этом в случае необходимости запрашивается соответствующая информация от компетентных органов своего государства и, лишь убедившись в достоверности сведений и фактов, касающихся личности граждан представляемого государства, временно пребывающих или проживающих на территории консульского округа, консул вправе принимать обоснованное решение для их документирования.

Обо всех известных случаях изъятия паспортов или других документов для пересечения границы, выданных властями своего государства, консул призван ходатайствовать перед компетентными органами государства пребывания об их немедленном возврате. В случае отказа в возврате консул обязан информировать власти своего государства с указанием причин случившегося.

Консул наделен, как уже отмечалось выше, функцией в области визовой работы. При выдаче виз консул руководствуется положениями Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г., другими многосторонними договорами (например, Шенгенскими соглашениями), двусторонними договорами по визовым вопросам, внутренним законодательством государств (консульские уставы, инструкции по визовым вопросам и т.д.).

Условия въезда иностранных граждан и лиц без гражданства на территорию Российской Федерации также регулируются международными соглашениями, заключенными Российской Федерацией с иностранными государствами. К ним, в частности, относятся: Соглашение о безвизовом передвижении граждан государств СНГ по территории его участников 1992 г.; двусторонние соглашения о безвизовых поездках граждан, соглашения о взаимных поездках граждан, например Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Албании о взаимных поездках граждан (подписано в Москве 7 апреля 1993 г., вступило в силу 6 августа 1993 г.) <1>. Еще одним примером о взаимных поездках граждан служит Соглашение между Правительством РФ и Правительством Французской Республики по облегчению на взаимной основе условий въезда, поездок и выезда граждан Российской Федерации и граждан Французской Республики от 15 июня 2004 г. <2>. Стремление Российской Федерации и государств Европейского союза в будущем перейти к безвизовому режиму зафиксировано в тексте Соглашения между Российской Федерацией и Европейским союзом об упрощении визового режима, которое вступило в силу 1 июня 2007 г. Данное Соглашение закрепляет упрощенный порядок оформления виз членам официальных делегаций, предпринимателям, журналистам, деятелям науки, культуры и образования, студентам и школьникам, близким родственникам проживающих в этих государствах, а также водителям, осуществляющим международные пассажирские и грузовые перевозки. С рядом государств действуют соглашения о безвизовых поездках лиц с дипломатическими и служебными паспортами. Например, Соглашение между Правительством РФ и Правительством Венгерской Республики о безвизовых поездках по дипломатическим и служебным паспортам от 14 июня 2001 г. <3>, Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Пакистан о безвизовых поездках по дипломатическим и служебным паспортам от 4 июля 1994 г. <4>, с некоторыми латиноамериканскими государствами и т.д.

<1> www.mid.ru

<2> Там же.

<3> Там же.

<4> Там же.

Консульские функции по вопросам гражданства. Международные договоры и национальное законодательство государств предоставляют консульским учреждениям определенные права по вопросам гражданства, в частности принимать от лиц, проживающих за границей, заявления и ходатайства по этим вопросам <1>.

<1> Бобылев Г.В. Консульское право: Учеб. пособие. С. 37.

Широкими обязанностями в вопросах гражданства наделены консульские учреждения Российской Федерации. В соответствии с Федеральным законом "О гражданстве Российской Федерации" они отнесены к числу государственных органов, ведающих делами о гражданстве. Согласно положениям ст. 31 Закона российские консульские учреждения:

"а) определяют наличие гражданства Российской Федерации у лиц, проживающих за пределами Российской Федерации;

б) принимают от лиц, проживающих за пределами Российской Федерации, заявления по вопросам гражданства Российской Федерации;

в) проверяют факты и представленные для обоснования заявлений по вопросам гражданства Российской Федерации документы и в случае необходимости запрашивают дополнительные сведения в соответствующих государственных органах;

г) направляют Президенту Российской Федерации в случаях, предусмотренных частью первой статьи 29 настоящего Федерального закона, заявления по вопросам гражданства Российской Федерации, представленные для их обоснования документы и иные материалы, а также заключения на данные заявления, документы и материалы;

д) исполняют принятые Президентом Российской Федерации решения по вопросам гражданства Российской Федерации в отношении лиц, проживающих за пределами Российской Федерации;

е) рассматривают заявления по вопросам гражданства Российской Федерации, поданные лицами, проживающими за пределами Российской Федерации, и принимают решения по вопросам гражданства Российской Федерации в упрощенном порядке в соответствии со статьей 14, с частями второй и третьей статьи 19 и частью третьей статьи 26 настоящего Федерального закона;

ж) ведут учет лиц, в отношении которых... приняты решения об изменении гражданства;

з) оформляют гражданство Российской Федерации в соответствии с частью второй статьи 26 настоящего Федерального закона;

и) осуществляют отмену решений по вопросам гражданства Российской Федерации в соответствии со статьей 23 настоящего Федерального закона".

В соответствии с Федеральным законом "О гражданстве Российской Федерации" при решении вопросов гражданства консульские учреждения России руководствуются также положениями двусторонних соглашений об урегулировании вопросов двойного гражданства и соглашений об упрощенном порядке приобретения гражданства.

Важной консульской функцией является **регистрация актов гражданского состояния**. Законодательство многих государств, в том числе и Российской Федерации, предусматривает, что за рубежом государственная регистрация актов гражданского состояния граждан представляемого государства производится консульскими учреждениями и консульскими отделами посольств. Консул в своей деятельности руководствуется нормами, содержащимися в международных договорах, в том числе между государством пребывания и представляемым государством, законодательством представляемого государства и государства пребывания.

Так, например, согласно ст. 5 Федерального закона от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния" <1> консульские учреждения Российской Федерации производят регистрацию рождения, заключения брака, расторжения брака, усыновления (удочерения), установления отцовства, перемены имени, фамилии, смерти; принимают решения о внесении исправлений и изменений в записи актов гражданского состояния, составленные органами записи актов гражданского состояния на территории Российской Федерации, вносят исправления и изменения в записи актов гражданского состояния, составленные и хранящиеся у них в пределах календарного года; выдают повторные свидетельства о регистрации актов гражданского состояния и справки, подтверждающие факт регистрации актов гражданского состояния, на основании составленных и хранящихся у них в пределах календарного года записей актов гражданского состояния.

<1> СЗ РФ. 1997. N 47. Ст. 5340; www.garant.ru.

Ответственность за правильность регистрации и качество составления записей, а также свидетельств о регистрации актов гражданского состояния возлагается на руководителя консульского учреждения. Консул отказывает в регистрации акта гражданского состояния в следующих случаях: 1) регистрация противоречит законодательству об актах гражданского состояния представляемого государства; 2) документы, которые представлены для регистрации акта гражданского состояния в соответствии с законодательством об актах гражданского состояния представляемого государства, не соответствуют требованиям этого Закона или иных нормативных правовых актов.

В случае отказа в регистрации акта гражданского состояния консул обязан сообщить гражданину причины отказа в письменной форме. Отказ может быть обжалован в органе исполнительной власти субъекта Российской Федерации, в компетенцию которого входит организация деятельности по государственной регистрации актов гражданского состояния, или в суде Российской Федерации.

Функции консула по вопросам нотариата, легализации и истребования документов. Должностные лица консульских учреждений наделены правом совершать нотариальные действия от имени своего государства на территории других государств в соответствии с положениями Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г.; двусторонними консульскими конвенциями; договорами об оказании правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, а также внутренним законодательством государств. Консул совершает нотариальные действия по просьбе граждан.

Существующая правоприменительная практика многих государств, в том числе и Российской Федерации, устанавливает, что консул вправе совершать следующие основные нотариальные действия: удостоверить сделки (в том числе доверенности на заключение договоров на отчуждение, кроме договоров об отчуждении недвижимого имущества, находящегося на территории представляемого государства); принимать меры к охране наследственного имущества; выдавать свидетельства о праве на наследство и о праве собственности на долю в общем имуществе супругов; свидетельствовать верность копий документов и выписок из них, подлинность подписи на документах, верность перевода документов с одного языка на другой, сделанного переводчиком; удостоверить факт нахождения гражданина в живых, факт нахождения гражданина в определенном месте, тождественность гражданина с лицом, изображенным на фотографии, время предъявления документов; принимать в депозит денежные суммы и ценные бумаги; совершать морские протесты; совершать исполнительные надписи. Законодательными актами представляемого государства могут быть предусмотрены и иные нотариальные действия, совершаемые консулом.

Порядок совершения нотариальных действий российским консулом определяется Основами законодательства РФ о нотариате 1993 г. (в ред. 2013 г.), Консульским уставом РФ 2010 г. и Инструкцией о порядке оформления и выдачи паспорта гражданина РФ, утвержденной МИД России, МВД России и ФСБ России 6 октября 2006 г. <1>.

<1> <http://www.consultant.ru/>

Кроме российских граждан, к консулу Российской Федерации могут обращаться иностранные граждане и лица без гражданства для совершения нотариальных действий с документами, предназначенными для использования на ее территории.

Нотариальные действия совершаются, как правило, в российских консульских учреждениях. В тех случаях, когда заинтересованное лицо по уважительным причинам не может явиться в консульское учреждение, нотариальные действия могут быть исполнены вне указанного учреждения.

Консулу, совершающему нотариальные действия, запрещается разглашать сведения, оглашать документы, которые стали ему известны в связи с выполнением указанных действий. Нотариальные действия совершаются в день предъявления всех необходимых документов, уплаты консульских сборов и возмещения фактических расходов. При необходимости истребования дополнительных сведений или документов осуществление нотариальных действий может быть отложено.

При совершении нотариальных действий консул устанавливает личность обратившегося за совершением нотариальных действий лица. При удостоверении сделок консул обязан выяснить дееспособность граждан, участвующих в них. Нотариально удостоверяемые сделки, а также заявления и иные документы подписываются в присутствии консула, в противном случае подписавшийся должен лично подтвердить, что документ подписан лично им.

Консул не принимает для совершения нотариальных действий документы, имеющие подчистки, приписки, зачеркнутые слова и иные исправления, не оговоренные и не заверенные подписью должностного лица и печатью учреждения, выдавшего документы, а также документы, исполненные карандашом. Также не принимаются документы, изложенные на двух и более отдельных листах, если они не прошнурованы, не пронумерованы и их число не заверено подписью должностного лица и печатью

учреждения, выдавшего документы.

Консул вправе отказать в совершении нотариального действия, если оно противоречит законодательству представляемого государства, или ущемляет права других граждан, или наносит им моральный ущерб.

Консульская легализация - это подтверждение того, что документ, исходящий от властей государства или составленный при участии этих властей, соответствует законодательству этого государства. Она заключается в удостоверении подлинности подписи должностного лица, подписавшего документ, и печати уполномоченного государственного органа. Порядок консульской легализации устанавливается законодательством государств. Не подлежат легализации документы, противоречащие национальному законодательству или способные своим содержанием нанести ущерб интересам государства.

Документы, исходящие от российских юридических лиц, подлежат легализации при условии их государственной регистрации в соответствии с законодательством Российской Федерации. Например, устав акционерного общества легализуется в нотариально удостоверенной копии при условии, что данный документ зарегистрирован в российском государственном органе и на нем имеются соответствующие отметки и печати о регистрации <1>.

<1> www.mid.ru

Согласно Гаагской конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов, от 5 октября 1961 г., к которой Россия присоединилась 31 мая 1992 г., документы, предназначенные для представления в официальные органы государств - участников Конвенции, удостоверяются в особом упрощенном порядке. Так, уполномоченный орган государства, в котором документ был совершен, проставляет специальный штамп - апостиль.

Апостиль удостоверяет подлинность подписи, качество, в котором выступает должностное лицо, подписавшее документ, и подлинность печати и штампа, которыми он скреплен. Подпись, печать и штамп, проставляемые на апостиле, не требуют никакого дополнительного заверения. Каждое государство - участник Конвенции само определяет и назначает органы, которым предоставляются полномочия на проставление апостиля <1>.

<1> Там же.

Ряд двусторонних договоров о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенных Российской Федерацией, а также Минская конвенция 1993 г., Кишиневская конвенция 2002 г. государств - членов СНГ определяют порядок, в соответствии с которым документы, выданные официальными властями одной договаривающейся стороны, рассматриваются как официальные и пользуются на территории другой договаривающейся стороны доказательной силой официальных документов без какого-либо дополнительного удостоверения, т.е. без легализации <1>.

<1> Там же.

Консульская функция по истребованию документов. Российские и иностранные граждане вправе обращаться в дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации за границей для истребования необходимых документов. В тех случаях, когда нужный гражданину документ находится на территории Российской Федерации, применяется следующий порядок его истребования <1>.

<1> Там же.

Заинтересованное лицо обращается в консульский отдел дипломатического представительства или в консульское учреждение в государстве своего пребывания. Оформленный запрос направляется дипломатическим представительством или консульским учреждением через Департамент консульской службы МИД России в соответствующие российские архивные учреждения, которые, в свою очередь, направляют запрашиваемые документы через Департамент консульской службы МИД России в соответствующее дипломатическое представительство или консульское учреждение Российской Федерации <1>. Эта функция вытекает из обязанности российских консулов защищать права и интересы своих граждан.

<1> Там же.

Консульские функции в отношении судов, воздушных судов (самолетов) и их экипажа. Консул имеет право в пределах своего консульского округа оказывать помощь судну представляемого государства, а также капитану и членам экипажа судна. Кроме этого, консул имеет право подниматься на борт судна и заслушивать доклад капитана о судне, грузе, обстоятельствах плавания, а капитан и члены экипажа судна могут сноситься с ним, как только судну будет разрешено свободное сношение с берегом (п. 1 ст. 17 Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Молдова от 14 июня 1994 г.) <1>.

<1> www.businesspravo.ru

Консул без ущерба для прав компетентных властей государства пребывания также вправе расследовать происшествия, имевшие место во время плавания судна, и опрашивать капитана и членов экипажа. В случае необходимости консул способствует входу, выходу и пребыванию судна в порту, а также проверяет судовые документы, принимает заявление относительно плавания судна и места назначения (п. 1 ст. 45 Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Грузия от 8 октября 1993 г.) <1>.

<1> Там же.

Консул имеет право разрешать в соответствии с законодательством представляемого государства споры между членами экипажа, включая споры между капитаном и членами экипажа, в том числе споры, касающиеся заработной платы и договора о найме (п. 4 "b" ст. 44 Консульская конвенция между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 24 января 1995 г.) <1>.

<1> Там же.

В случае приобретения судна за границей консул может выдавать временное свидетельство на право плавания этого судна под флагом представляемого государства. Консул может выполнять и другие дела в отношении судна, порученные компетентными властями представляемого государства, а также обращаться за помощью к компетентным властям государства пребывания при выполнении своих функций (п. "e" ст. 40 и п. 3 ст. 39 Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Казахстан от 28 марта 1994 г.) <1>.

<1> Там же.

Одной из обязанностей консула является оказание помощи в случае повреждения судов представляемого государства. Так, если судно представляемого государства потерпело крушение, село на мель или иным образом пострадало во внутренних водах и территориальном море государства пребывания, компетентные органы государства пребывания в возможно короткий срок информируют об этом консульское учреждение и сообщают ему о мерах, принятых для спасения пассажиров и членов экипажа, судна, его груза и другого имущества. Консул имеет право принимать меры для оказания помощи потерпевшему бедствие судну представляемого государства, членам экипажа, пассажирам, а также может в этих целях обращаться за помощью к властям государства пребывания (п. п. 1, 2 ст. 47 Консульской конвенции между Российской Федерацией и Туркменистаном от 18 мая 1995 г.) <1>.

<1> Там же.

Консул принимает от капитана заявление о гибели или повреждении судна или груза либо о предполагаемом повреждении судна или груза, а также составляет по просьбе капитана акт о морском протесте. Последний составляется на основании заявления капитана, данных судового журнала, а также опроса самого капитана и, по возможности, не менее двух свидетелей судовой команды. Акт о морском протесте консул заверяет своей подписью и гербовой печатью. Акт о морском протесте в случае возникновения спора является одним из доказательств по делу, и до опровержения заинтересованной стороной изложенные в нем данные являются действительными <1>.

<1> Бобылев Г.В. Консульское право: Учеб. пособие. С. 47.

Положение о Консульском учреждении РФ 1998 г. (п. 8) предусматривает в том числе следующие

консульские функции в области защиты прав и интересов граждан представляемого государства на территории государства пребывания:

- содействие установлению и развитию связей с соотечественниками, проживающими в пределах консульского округа;
- оказание содействия гражданам Российской Федерации, находящимся в пределах консульского округа, в реализации избирательных прав и права на участие в референдуме;
- принятие необходимых мер по обеспечению безопасности российских граждан в условиях кризисных и чрезвычайных ситуаций в пределах консульского округа;
- участие в подготовке и обеспечении межгосударственных обменов и визитов официальных делегаций.

Таким образом, консульские учреждения при выполнении консульских функций в области защиты прав и интересов своих граждан руководствуются положениями Венской конвенции о консульских сношениях 1963 г., положениями двусторонних консульских конвенций, заключенных между представляемым государством и государством пребывания, и законодательством представляемого государства с учетом законодательства государства пребывания. При этом двусторонние консульские конвенции включают более полный перечень консульских функций, которые относятся в первую очередь к защите прав и интересов граждан.

Глава 2. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

2.1. Личный закон и национальность юридического лица, критерии их определения

Личным законом или личным статутом (lex societatis) 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.

Следует отметить, что ранее действовавшее отечественное законодательство (п. 1 ст. 161 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.) прямо говорило только о гражданской правоспособности юридических лиц, что затрудняло установление границ действия личного закона юридического лица. Современное определение личного закона юридического лица в ГК РФ является более развернутым и удобным для практического применения. При этом оно традиционно для европейских стран: аналогичные формулировки можно найти, к примеру, в ст. 155 Федерального закона Швейцарии 1987 г. "О международном частном праве", ст. 25 Закона Италии 1995 г. "О реформе итальянской системы международного частного права".

Схожий подход используется и в США, где для целей коллизионного регулирования также выделяется особая группа внутренних отношений корпорации (**internal affairs doctrine**). Так, в комментарии к § 302 Второго свода о конфликте законов (Restatement Second, Conflict of Laws) перечисляются следующие вопросы, подлежащие особому коллизионному регулированию: действия, предпринимаемые в ходе первоначального создания корпорации; избрание и назначение директоров и иных членов органов управления; утверждение учредительных документов; выпуск акций; преимущественные права акционеров; проведение заседаний директоров и собраний акционеров; формы голосования, включая требование о кумулятивном голосовании; права акционеров на изучение документов корпорации, внесение изменений в учредительные документы; слияние, консолидация и дробление акций; изменение типов акций; выпуск облигаций; объявление и выплата дивидендов; займы, предоставляемые корпорацией ее директорам, иным членам органов управления и акционерам; приобретение и выкуп корпорацией собственных акций.

Практически все страны мира устанавливают особые коллизионные нормы для решения вопросов частноправового характера, относящихся к правовому статусу юридических лиц как особых субъектов международного частного права.

Необходимо иметь в виду, что данные коллизионные нормы среди прочего ограничивают сферу применения обязательственного статута (сферу действия правовой системы, регулиющей права и обязанности сторон договорного обязательства), изымая из-под его действия вопросы правового статуса участников договора. В связи с этим большое практическое значение приобретает проблема определения применимого права в отношении соглашений, заключаемых участниками юридического лица между собой, а также с самим юридическим лицом. Современное российское коллизионное законодательство прямо регулирует данную ситуацию применительно к договору о создании юридического лица с иностранным участием (учредительному договору): ст. 1214 ГК РФ содержит императивное правило, подчиняющее данный договор той же правовой системе, которая регулирует и личный закон юридического лица (праву

страны, в которой учреждается юридическое лицо). В действующей редакции ГК РФ данная норма смягчена, она распространена на другие договоры, связанные с осуществлением прав участника юридического лица (прежде всего на так называемые акционерные соглашения и соглашения участников обществ с ограниченной ответственностью), и зафиксировано более гибкое соотношение между договорным статутом и личным законом юридического лица. В новой редакции ст. 1214, которая теперь носит название "Право, подлежащее применению к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица", предусмотрено, что участники указанных договоров могут осуществить выбор применимого права, однако такой выбор не может затрагивать действие императивных норм личного закона юридического лица по вопросам, которые традиционно охватываются сферой его действия (п. 2 ст. 1202 ГК РФ). Важно обратить внимание на то, что под императивными нормами имеются в виду любые нормы, применение которых не может быть исключено соглашением сторон, а не только узкая группа сверхимперативных норм в значении ст. 1192 ГК РФ (эти нормы в последней редакции ГК РФ именуется нормами непосредственного применения).

В данном контексте интересен пример из американской судебной практики. При рассмотрении в 1991 г. дела **Rosenmiller v. Bordes** суд штата Делавэр столкнулся с соглашением акционеров, которое на неопределенный период времени ограничивало права отдельных акционеров на голосование принадлежащими им акциями. При этом, несмотря на то, что соответствующая корпорация была инкорпорирована в штате Делавэр, участники соглашения указали в его тексте право штата Нью-Джерси в качестве применимого права. Вопрос о применимом праве был основным в данном деле, поскольку право штата Делавэр императивно устанавливало предельный срок действия подобного рода соглашений акционеров об ограничении права голоса, в то время как избранное участниками соглашения право штата Нью-Джерси не фиксировало каких-либо временных ограничений. Суд штата Делавэр констатировал, что урегулированные в соглашении акционеров вопросы относятся к разряду внутренних отношений корпорации, для которых определяющим является право места учреждения корпорации, и акционеры не могут исключить действие императивных предписаний такого права своим соглашением.

Для определения личного закона юридического лица в разных странах исторически были выработаны различные критерии, что неизбежно осложняет решение коллизийной проблемы. В странах англо-американской правовой семьи традиционно используется **критерий места учреждения (инкорпорации) юридического лица**: личный закон компании (корпорации) определяется по праву той страны, в которой были выполнены регистрационные формальности, необходимые для создания нового юридического лица. В основе данного критерия лежит идея о том, что юридическое лицо в течение всего периода своего существования должно иметь личный закон того государства, которое наделило его правосубъектностью. Критерий места учреждения юридического лица стал применяться в Великобритании уже в XVIII в. Потребности британской колониальной империи обуславливали необходимость учреждения компаний по английскому праву с одновременной гарантией применения этого права в месте фактической деятельности компаний за пределами территории Великобритании. Сегодня критерий места учреждения, помимо Великобритании и США, продолжает применяться в большинстве государств, входящих в Британское Содружество Наций, а также используется в некоторых странах Латинской Америки (Бразилия, Венесуэла, Мексика, Перу).

Данный критерий применяется и в отечественном коллизийном праве. В советском законодательстве вплоть до 1977 г. вопрос об определении личного закона юридического лица законодательно решен не был, однако в практике Внешнеторговой арбитражной комиссии (ВТАК) использовался именно критерий места учреждения юридического лица. В качестве примера можно привести решение 1960 г. по делу В/О "Союзнефтеэкспорт" против итальянского акционерного общества "А. Морони и А. Келлер", в котором советский арбитраж использовал нормы итальянского права для определения правового статуса акционерного общества, объема правоспособности и порядка совершения действий от имени общества. В 1977 г. были внесены изменения в действовавшие в тот период Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г., которые легально закрепили применение "закона страны, где учреждено предприятие или организация". В настоящий момент критерий места учреждения юридического лица зафиксирован как безальтернативная коллизийная привязка в п. 1 ст. 1202 ГК РФ. Критерий места учреждения юридического лица также нашел свое закрепление в ст. 1211 модельного Гражданского кодекса для государств - участников СНГ, откуда он был заимствован большинством стран - участниц СНГ, включая Армению, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, 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, вне зависимости 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"). 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 (среди таких правовых средств следует отметить нормы о минимальном уставном капитале юридического лица; об участии представителей наемных работников в органах управления; о личной ответственности директоров за определенные действия, причиняющие вред компании или ее акционерам, и др.).

Более того, стремление отдельно взятых территорий к получению в свою казну как можно большего количества регистрационных сборов ведет к возникновению конкурентной борьбы законодателей, выражающейся в формулировании либеральных норм корпоративного права и создании других преимуществ для юридических лиц, учрежденных по законодательству данной территории. Именно такая картина наблюдалась в США. Первоначально лидером в привлечении под свою юрисдикцию юридических лиц был штат Нью-Джерси, однако к началу XX в. безоговорочное преимущество получил штат Делавэр, по законодательству которого на сегодняшний день учреждена почти половина всех американских корпораций, чьи акции котируются на фондовой бирже. Конкуренцию Делавэру в США пытаются составить штаты Невада и Техас.

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 (siege reel, Sitztheorie)**. Согласно данному критерию применимым к вопросам правового статуса юридического лица является право того государства, на территории которого находится орган, оказывающий решающее влияние на управление делами компании. Важно отметить, что речь идет не о месте нахождения, формально зафиксированном в учредительных документах компании (применение этого критерия "статутарной" оседлости приводило бы к тем же результатам, что и критерий места учреждения юридического лица), а о фактическом месте, откуда ведется управление делами компании в данный момент времени ("эффективная" оседлость).

Исторически критерий реальной оседлости впервые стал применяться в середине XIX в. во французской судебной практике именно как реакция на злоупотребления учредителей, стремившихся перенести место учреждения компаний в Бельгию и Швейцарию, законодательство которых предоставляло более удобные правовые нормы.

В XX в. критерий реальной оседлости стал доминирующим в большинстве стран континентальной Европы, в том числе в Германии, Австрии, Франции, Бельгии, Греции, Испании, Португалии, Люксембурге. В отличие от критерия места учреждения юридического лица, который подразумевает свободу учредителей в выборе места инкорпорации компании, критерий реальной оседлости прежде всего направлен на обеспечение применения норм той правовой системы, с которой связано функционирование юридического лица и которая предоставляет защиту интересам миноритарных акционеров, наемных работников и кредиторов такого юридического лица. Не случайно в зарубежной литературе противостояние критериев места учреждения и реальной оседлости юридических лиц часто рассматривается как проявление более общей проблемы международного частного права - проблемы сочетания и взаимодействия принципа автономии воли и принципа наиболее тесной связи отношения с соответствующим правопорядком <1>.

<1> См.: Ebke W. The European Conflict-of-Corporate-Laws Revolution: Uberseering, Inspire Art and Beyond // International Law. 2004. Vol. 38. P. 818; Idem. The "Real Seat" Doctrine in the Conflict of Corporate Laws // International Law. 2002. Vol. 36. P. 1028 - 1029.

Таким образом, применение критерия реальной оседлости позволяет преодолеть основной недостаток, на который указывают критики критерия места учреждения, поскольку учредители юридического лица не могут избежать применения императивных корпоративных норм соответствующего государства, с территорией которого наиболее тесно связано существование данного юридического лица.

Однако, в свою очередь, критерий реальной оседлости имеет ряд серьезных недостатков. В первую очередь возникают сложности с определением того органа юридического лица, чье место нахождения должно считаться решающим для целей коллизионного права, - общего собрания участников, наблюдательного совета или правления. В конце XX в. в большинстве стран континентальной Европы, использующих критерий реальной оседлости, предпочтение стало отдаваться месту проведения заседаний правления юридического лица. Отмечается, что такое смещение акцента с места принятия основополагающих решений на место повседневного управления текущими делами юридического лица

произошло не случайно: это позволило судам применять собственное право для регулирования отношений между иностранными материнскими компаниями и местными дочерними обществами.

Но еще более серьезной 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. Представим 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, 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 ответственность по их долгам). В отличие от правосубъектности физических лиц, признание которой государствами рассматривается сегодня в качестве общепризнанной нормы международного права (ст. 6 Всеобщей декларации прав человека 1948 г.), применительно к юридическим лицам отсутствует аналогичная обычно-правовая норма об обязательном признании их правосубъектности.

В доктрине и судебной практике многих континентальных стран, использующих критерий реальной оседлости, сложился подход, который квалифицировал ситуацию, когда реальное место нахождения органов юридического лица не соответствует указанному в учредительных документах, как проявление обхода закона (**fraud a la loi**) <1>. В качестве санкции государства устанавливали, что соответствующие юридические лица не имеют правосубъектности на территории данной страны, включая отрицание их права на совершение сделок и выступление в суде от собственного имени. Для признания соответствующего образования юридическим лицом необходимо было 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.

<1> Rabel E. The Conflict of Laws: a Comparative Study. 2nd ed. 1960. P. 33 - 68.

Аналогичные последствия в виде отказа в признании правосубъектности наступали, если юридическое лицо, учрежденное в данном государстве, впоследствии фактически переносило место своего нахождения в другую страну. Как метко отметил один из немецких авторов, в соответствии с критерием реальной оседлости компания находится в заточении в стране своего учреждения, и "попытка побега из тюрьмы наказывается смертной казнью" <1>.

<1> Knobbe-Keuk B. Umzug von Gesellschaften in Europa // 154 ZHR. 1990. P. 356 (цит. по: Ebke W. The "Real Seat" Doctrine in the Conflict of Corporate Laws. P. 1036).

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, иначе также называемый **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 (Египет, Тунис), 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 (иначе также именуемый **критерием контроля**). Активное использование этого критерия связано с событиями Первой и Второй мировых войн, когда на повестке дня встал вопрос о запрещении юридических лиц, принадлежащих к враждебным государствам, а также об экспроприации их имущества. В настоящее время критерий контроля продолжает активно использоваться в международных договорах, в том числе регулирующих вопросы иностранных инвестиций (Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г., Договор к Энергетической хартии 1994 г., двусторонние международные договоры о защите и поощрении иностранных капиталовложений).

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 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**. Особенно большое количество таких теорий было сформулировано немецкими авторами. Немецкий ученый Г. Грассман предложил теорию о дифференцированности (**die Differenzierungslehre, theory of differentiation**), которая предлагает различать внутренние и внешние отношения юридического лица с применением для каждой группы отношений особой коллизионной привязки. К внутренним отношениям, регулируемым правом места учреждения юридического лица, Грассман относил вопросы создания юридического лица, права и обязанности его участников, оформление учредительных документов и внесение в них изменений. К внешним отношениям, для которых может применяться критерий реальной оседлости, предлагалось относить дееспособность юридического лица, полномочия его органов и их ответственность, порядок формирования и поддержания уставного капитала <1>.

<1> Grasmann G. System des Internationalen Gesellschaftsrechts. 1970.

Очевидным недостатком теории Грассмана является эффект расщепления применимого права (**dépeçage**), который повлечет необходимость применения норм сразу двух правовых систем, причем их адаптация может оказаться затруднительной вследствие принципиальных различий построения норм материального корпоративного права в разных странах мира.

Большую известность получила также теория немецкого ученого О. Сандрока, называемая в русскоязычной литературе теорией суперпозиции или теорией наложения (**die Überlagerungstheorie, theory of super-addition**). Данная теория не пытается проводить искусственного деления между различными видами корпоративных отношений. Вместо этого за основу берется критерий места учреждения юридического лица. Однако в случае, когда компания имеет реальную оседлость в другом государстве и применение императивных норм этого государства обуславливается необходимостью защиты законных интересов миноритарных акционеров, кредиторов или работников компании, такие правовые нормы по месту реальной оседлости будут находиться "в суперпозиции" (т.е. будут пользоваться преимуществом перед нормами государства, где учреждено юридическое лицо). Иными словами, императивные нормы государства, где находится реальная оседлость юридического лица, при определенных обстоятельствах способны "вытеснить" доминирующие по общему правилу нормы права места учреждения юридического лица <1>.

<1> Sandrock O. Die multinationalen Korporationen im internationalen Privatrecht // Internationalrechtliche Probleme multinationaler Korporationen. 1978.

На том или ином сочетании критериев места учреждения и места реальной оседлости юридического лица основаны также предложенная П. Беренсом теория ограниченного критерия инкорпорации (**ingeschränkte Grundungstheorie**) и комбинационная теория Д. Циммера (**Kombinationslehre**) <1>.

<1> Zimmer D. Internationales Gesellschaftsrecht. 1996.

На попытке нахождения компромисса между различными критериями определения личного закона юридического лица построены также **проекты международных договоров, направленных на**

унификацию регулирования правового статуса юридических лиц.

В рамках Гаагской конференции по международному частному праву в 1956 г. была подписана Конвенция о признании правосубъектности иностранных обществ, ассоциаций и учреждений. За основу в ней был взят критерий места учреждения, однако его применение было ограничено для стран, придерживающихся в своем законодательстве критерия реальной оседлости. Согласно положениям Конвенции 1956 г. такие государства могли отказать в признании правосубъектности юридическим лицам, зарегистрированным в одном государстве, но имеющим свое фактическое место нахождения в другом государстве, исповедующем критерий реальной оседлости. Однако в том случае, если и в стране инкорпорации, и в стране фактического места нахождения применялся критерий места учреждения юридического лица, соответствующее юридическое лицо должно было получить признание как в обеих из указанных стран, так и в третьем государстве.

Разработанная в 1966 г. в рамках Совета Европы Европейская конвенция об учреждении компаний делала акцент на применении критерия места учреждения юридического лица (и связанного с ним критерия места нахождения статутарной оседлости). Однако страны - участницы Конвенции могли поставить применение положений Конвенции в зависимость от наличия реальной и продолжительной связи между компанией и экономикой стран - участниц Конвенции.

Брюссельская конвенция стран Европейского экономического сообщества (ЕЭС) о взаимном признании компаний 1968 г. во многом повторяла подходы, предложенные в Гаагской конвенции 1956 г. Шагом вперед было закрепление правила, в соответствии с которым компании, зарегистрированные в одной стране - участнице ЕЭС, должны были получить признание в других странах - участницах ЕЭС, даже если фактическое место нахождения располагалось бы на территории других стран, использующих критерий реальной оседлости. Вместе с тем данное правило было применимо только к таким юридическим лицам, которые имели реальную связь с территорией стран ЕЭС, и не распространялось на юридические лица из стран, не входивших в состав ЕЭС. Более того, государство, на территории которого располагалась реальная оседлость юридического лица, получало право применять к иностранным компаниям императивные нормы собственного права, которым подчиняются аналогичные виды местных компаний. Очевидно, что на положения Брюссельской конвенции 1968 г. большое влияние оказала описанная выше теория суперпозиции (теория наложения) проф. Сандрока.

Однако все описанные выше международные договоры так и не вступили в силу из-за недостаточного количества присоединившихся государств. Неудача этих попыток унификации правового регулирования связана прежде всего с искусственным характером предложенных компромиссов между критерием места учреждения и критерием реальной оседлости, которые не решали проблему, а переводили ее в плоскость национального законодательства отдельных государств.

В таких условиях вопрос о совместимости сложившихся в национальном законодательстве различных стран Европейского союза (ЕС) подходов к определению личного закона с зафиксированной в Договоре об образовании ЕС свободой учреждения (свободой выбора места ведения деятельности, **freedom of establishment**) был вынужден разрешать Европейский суд справедливости (далее - Европейский суд). По свидетельству западных исследователей, разрешенная этим судебным органом серия дел привела к необходимости радикального пересмотра подходов к решению проблемы определения личного закона юридического лица.

В 1999 г. в решении по делу Centros N 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.

Окончательным поворотным моментом стало вынесение Европейским судом в 2002 г. решения по делу *Überseering* N C-208/00. Спор по данному делу ярко высветил те отрицательные последствия, к которым приводило на практике последовательное применение критерия реальной оседлости.

Учрежденное в Нидерландах общество с ограниченной ответственностью (*Überseering 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 *Überseering b.v.* были приобретены двумя немецкими гражданами, которые продолжали управлять делами компании с территории Германии. В связи с нарушением подрядчиком своих договорных обязательств компания *Überseering b.v.* предъявила в немецком суде иск о взыскании убытков. Однако, следуя описанной выше логике, немецкий суд пришел к выводу, что личным законом компании

Überseering b.v. должно считаться немецкое право, поскольку именно на территории Германии находилась реальная оседлость компании; требование немецкого права о внесении компании в реестр выполнено не было; следовательно, компания Überseering 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. Европейский суд пришел к выводу, 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.

Вместе с тем поспешным был бы вывод о том, что решение Европейского суда по делу Überseering полностью упразднило применение критерия реальной оседлости для определения личного закона юридического лица.

Во-первых, указанное решение трактует положения Договора об образовании ЕС, а следовательно, сформулированные Европейским судом правовые позиции применимы только к компаниям, имеющим связь с территорией стран - участниц ЕС, но не к компаниям из третьих стран.

Во-вторых, в описанных делах Centros и Überseering речь шла о ситуации, когда действия компании были допустимыми по праву исходного места учреждения юридического лица (по праву Англии и Нидерландов соответственно), однако препятствия для свободы перемещения компаний создавались государствами по новому фактическому месту нахождения компании (по праву Дании и Германии соответственно). Такие препятствия для "иммиграции" компаний на территорию других стран ЕС (препятствия на "входе") были признаны Европейским судом неправомерными. Иную позицию Европейский суд занял в делах, в которых перемещение места нахождения компании являлось недопустимым по праву исходного места учреждения юридического лица. Так, в деле Cartesio N C-210/06 инкорпорированная в Венгрии компания оспаривала отказ венгерских государственных органов во внесении в реестр венгерских юридических лиц записи о новом месте нахождения компании на территории Италии. Европейский суд посчитал, что правила о свободе учреждения не распространяются на данную ситуацию, а потому государство, на территории которого было учреждено юридическое лицо, вправе не допускать перемещение такого юридического лица на территорию другой страны. Данное решение находится в русле ранее принятого в 1988 г. решения по делу Daily Mail N C-81/87, в котором также шла речь о допустимости установления государством, инкорпорировавшим компанию, ограничений по свободному перемещению компании на территорию другой страны ЕС и в котором Европейский суд также занял консервативную позицию. Иными словами, Европейский суд признал право стран ЕС устанавливать препятствия для "эмиграции" компаний с территории соответствующей страны ЕС (устанавливать препятствия на "выходе").

Наконец, указанное решение обязывает признавать правосубъектность (в том числе право выступать в суде) иностранных компаний, учрежденных в других странах, но не решает вопроса о возможности применения отдельных императивных норм законодательства по месту реальной оседлости.

Формулирование таких норм, подлежащих обязательному применению к любым юридическим лицам, осуществляющим свою деятельность на территории данного государства, стало одной из заметных тенденций последнего времени. Причем весьма характерной особенностью является то, что данный механизм используется не только государствами, традиционно применявшими критерий реальной оседлости, но и странами, в которых традиционно доминирует критерий места учреждения юридического лица. Данная тенденция наглядно видна на примере правового регулирования в США. Как уже отмечалось выше, в законодательстве и судебной практике американских штатов сложилась **internal affairs doctrine**, которая подчиняет внутренние отношения корпорации со своими участниками праву места инкорпорации. Однако во второй половине XX в. штаты с наиболее развитой экономикой (Нью-Йорк и Калифорния), на территории которых присутствует значительное количество корпораций, формально зарегистрированных в других штатах (например, в Делавэре), приняли законодательные акты о так называемых псевдоиностранных корпорациях (**pseudo-foreign corporations**).

В соответствии с § 1320 Закона штата Нью-Йорк о предпринимательских корпорациях (New York Business Corporation Law) некоторые положения корпоративного права штата Нью-Йорк применяются не только к корпорациям, учрежденным в данном штате, но и к другим корпорациям при условии, что они извлекали от операций в штате Нью-Йорк в последние три финансовых года более половины своей прибыли. Еще более широкую сферу применения имеет законодательство штата Калифорния. Согласно § 2115 Корпоративного кодекса Калифорнии (California Corporation Code) значительная часть корпоративных норм штата Калифорния применяется к учрежденным за пределами данного штата корпорациям при условии, что бизнес корпорации более чем наполовину осуществляется в Калифорнии (при этом данный

процент определяется по стоимости активов, дохода от продаж и размеру прибыли). Кроме того, определяющим является также то обстоятельство, что более половины голосующих ценных бумаг корпорации принадлежит лицам, имеющим место нахождения в Калифорнии. Если указанные условия имеют место, то право Калифорнии применяется к таким вопросам, традиционно входящим в сферу действия личного закона юридического лица, как выплата дивидендов, формы голосования и ответственность директоров корпорации. Таким образом, некоторые американские штаты активно используют дополнительные критерии (критерий центра эксплуатации и критерий контроля) для целей решения ряда вопросов правового статуса юридических лиц.

Некоторые проявления описанного выше подхода исследователи отмечают и в английском законодательстве, которое выделяет категорию так называемых "заморских компаний" (**overseas companies**) и возлагает на их директоров определенные обязанности под страхом дисквалификации.

Основываясь на англо-американском опыте, Нидерланды, придерживающиеся в своем коллизионном праве критерия места учреждения юридического лица, 17 декабря 1997 г. приняли Закон о псевдоиностранных компаниях (*Wet op de Formeel Buitenlandse Vennootschappen*). Согласно ст. 1 указанного Закона под псевдоиностранным 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 возлагает 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 возлагается обязанность обеспечить наличие оплаченного уставного капитала в размере, не меньшем установленного для голландских компаний. В качестве санкции за невыполнение указанных требований вводится полная солидарная ответственность директоров псевдоиностранный компании по долгам самой компании.

Положения описанного голландского закона стали предметом рассмотрения Европейского суда по делу *Inspire Art N C-167/01*. В своем решении от 30 сентября 2003 г. Европейский суд постановил, что свобода учреждения, гарантированная Договором о ЕС, не допускает наложения 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 *Überseering*), 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*). Тем не менее положения указанного голландского Закона продолжают применяться к компаниям, формально инкорпорированным за пределами территории стран ЕС.

Статья 159 швейцарского Федерального закона 1987 г. "О международном частном праве" предусматривает, что если деятельность компании, учрежденной на основании иностранного права, осуществляется в Швейцарии или из Швейцарии, то ответственность действующих от ее имени лиц определяется по швейцарскому праву. Как видно из текста нормы, защита интересов швейцарских кредиторов обеспечивается за счет подчинения швейцарскому праву вопросов ответственности лиц, выступающих от имени псевдоиностранный компании, по долгам компании.

В русле описанных выше мировых тенденций, для которых характерно использование критерия места учреждения юридического лица с одновременным установлением изъятий из этого коллизионного правила в целях обеспечения защиты гражданского оборота страны по месту осуществления реальной коммерческой деятельности компании, в проекте изменений и дополнений ГК РФ предлагается включить новое правило. Если учрежденное за границей юридическое лицо преимущественно осуществляет свою предпринимательскую деятельность на территории Российской Федерации, к требованиям об ответственности по обязательствам юридического лица его учредителей, участников, других лиц, которые имеют право давать обязательные для этого юридического лица указания или иным образом имеют возможность определять его действия, применяется российское право либо по выбору кредитора личный закон такого юридического лица. Данная норма, обеспечивающая возможность применения в интересах кредитора права по месту преимущественного осуществления предпринимательской деятельности (российского права), среди прочего призвана обеспечить применение другой нормы, предлагаемой в проекте, в соответствии с которой псевдоиностранные компании (компании, формально

инкорпорированные на территории так называемых офшорных юрисдикций) обязаны раскрыть сведения о своем статусе (включая сведения о бенефициарах компании) уполномоченному российскому органу под страхом введения в отношении лиц, имеющих право давать обязательные указания или иным образом определять действия такой компании, солидарной ответственности по всем обязательствам такой компании.

Коренное изменение подходов к определению личного закона юридического лица сделало для европейских стран чрезвычайно актуальным вопрос о возможном начале конкуренции различных европейских стран (соревновании в привлечении под свою юрисдикцию как можно большего количества компаний), наподобие той, которая наблюдается между штатами США. Иностранные авторы активно дискутируют, станет ли Великобритания "европейским Делавэром" (Delaware of Europe), либо в этом соревновании вперед выйдет другое государство - участник ЕС, возможно, одна из тех восточноевропейских стран, которые недавно вошли в состав ЕС. Различные авторы высказывают разные точки зрения о перспективах такого потенциального соревнования. Преобладающей является точка зрения, согласно которой особенности принятой в Европе системы налогообложения компаний, а также достигнутые ЕС результаты в области унификации корпоративного права выступают гарантией того, что описанный процесс не будет иметь серьезных негативных последствий.

Вместе с тем вывод о том, что на сегодняшний день критерий места учреждения юридического лица становится преобладающей коллизионной привязкой во всех странах мира, не означает, что государство, на территории которого соответствующее юридическое лицо имеет реальную оседлость или осуществляет основную коммерческую деятельность, не может принимать меры по правовому воздействию на такое юридическое лицо.

От рассмотренных выше 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 используется понятие "национальность" юридического лица. Данное понятие также используется 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 для целей коллизионного права, с одной стороны, и национальности для целей публичного права - с другой. Юридическое лицо, которое с позиций коллизионного права будет считаться иностранным (имеющим личный закон государства - места своего учреждения), с точки зрения публично-правового законодательства может одновременно признаваться местным, имеющим национальность данного государства, где такое юридическое лицо имеет реальную оседлость, основное место деятельности либо преобладающий состав участников. Например, в Великобритании личный закон компании для целей коллизионного права определяется по критерию места учреждения компании, в то время как для целей налогообложения используется понятие "резидентство", которое определяется преимущественно по месту реальной оседлости (месту нахождения центральных органов управления компании) <1>. Аналогичные различия мы наблюдаем в России и других странах СНГ, где в публично-правовой сфере понятие резидентства зачастую не совпадает с личным законом того же юридического лица. Описанное явление получило в литературе название тенденции отделения личного закона юридического лица от его государственной принадлежности (национальности) <2>. 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.

<1> Dicey and Morris. On the Conflict of Laws. 13th ed. Vol. 2. 2000. P. 1101 - 1102; Cheshire and North's Private International Law. 13th ed. 1999. P. 175.

<2> См.: Лунц Л.А. Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // Советское государство и право. 1976. N 5; Суворов Л.Л. Проблема отделения личного статуса юридического лица от его государственной принадлежности в современном международном частном праве // Журнал международного частного права. 1995. N 3.

2.2. Материально-правовая унификация правового регулирования статуса юридического лица

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 стран ЕС, показывает, 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 <1>, то страны ЕС на региональном уровне добились существенных успехов в материальной унификации собственно корпоративных частноправовых норм.

<1> См. подробнее п. 4.6.2 настоящего тома учебника.

Первое направление материальной унификации корпоративного права в ЕС связано с принятием **директив, которые преследуют своей целью гармонизацию (сближение) национальных законодательств различных стран ЕС**. На сегодняшний день принято 10 директив, специально посвященных вопросам корпоративного права. Западные исследователи выделяют среди них четыре поколения, которые демонстрируют различия в концептуальных подходах подготовки унифицированных норм.

Первое поколение директив содержало жесткие правила, обеспечивающие высокую степень гармонизации регулируемых ими вопросов. К первому поколению принято относить Первую директиву от 9 марта 1968 г. N 68/151/ЕЕС и Вторую директиву от 13 декабря 1976 г. N 77/91/ЕЕС (директивы ЕС в сфере корпоративного права традиционно обозначают порядковыми номерами, которые они получают еще в стадии разработки, при этом за так и не утвержденными проектами директив сохраняется их порядковый номер).

Первая директива затрагивает три основные группы вопросов. Во-первых, устанавливается минимальный перечень документов и информации о деятельности компании, подлежащий раскрытию или опубликованию. Во-вторых, решаются вопросы правоспособности компаний и их исполнительных органов. В частности, формулируется важное правило о том, что сделки, совершенные органами компании с нарушением установленных предметов деятельности (**ultra vires**) или иных ограничений, наложенных учредительными документами компании, являются действительными, если другая сторона в сделке добросовестно предполагала, что данный орган компании обладает необходимыми для совершения сделки полномочиями. В-третьих, в Первой директиве регулируется вопрос о признании регистрации компании недействительной с установлением исчерпывающего перечня оснований для наступления такого последствия. В целях обеспечения стабильности имущественного оборота закрепляется правило о том, что недействительность регистрации компании влечет ее ликвидацию, но не влияет на действительность сделок, заключенных компанией до момента признания ее регистрации недействительной.

Вторая директива регулирует вопросы создания, поддержания и изменения уставного капитала акционерных обществ. Устанавливаются требования о минимальном размере уставного капитала общества, допустимых видах вкладов в уставный капитал, независимой экспертной оценке неденежных взносов. Формулируются ограничения, связанные с выплатой дивидендов и приобретением обществом собственных акций. Подробно регулируется процедура увеличения и уменьшения уставного капитала компании.

В связи с вступлением в ЕЭС Великобритании процесс подготовки директив существенно усложнился, поскольку подходы английского права во многом коренным образом отличаются от принятых на континенте. Не случайно второе поколение директив связано с предоставлением государствам-участникам возможности выбора определенных альтернативных правил в ходе имплементации директив в своем национальном законодательстве. Ко второму поколению принято относить Третью директиву от 9 октября 1978 г. N 78/855/ЕЭС, Четвертую директиву от 25 июля 1978 г. N 78/660/ЕЭС, Шестую директиву от 17 декабря 1982 г. N 82/891/ЕЭС, Седьмую директиву от 13 июня 1983 г. N 83/349/ЕЭС и Восьмую директиву от 10 апреля 1984 г. N 84/253/ЕЭС. Третья и Шестая директивы касаются вопросов реорганизации компаний в пределах территории одного государства. Третья директива говорит о таких разновидностях реорганизации, как слияние и присоединение, в то время как Шестая директива посвящена разделению компаний. Центральным вопросом при этом является система эффективных гарантий защиты интересов миноритарных участников и кредиторов компаний, участвующих

в процедурах реорганизации.

Четвертая, Седьмая и Восьмая директивы направлены на гармонизацию правил составления, проверки и раскрытия финансовой отчетности компаний. Четвертая директива об отчетности компаний устанавливает классификацию компаний на три группы в зависимости от валюты баланса, годового оборота и количества работников компании. Седьмая директива устанавливает правила составления консолидированной отчетности компаний. Восьмая директива определяет требования к лицам, осуществляющим аудит отчетности акционерных обществ.

В 80-х годах XX в. Европейская комиссия предприняла попытки осуществить унификацию норм, регулирующих внутреннюю структуру управления компаниями, вопросы компетенции различных органов компании, участия наемных работников в управлении делами компании. Здесь разработчики столкнулись с открытым противодействием ряда государств-членов, которые не считали для себя приемлемым резко изменять сложившиеся в национальном законодательстве корпоративные нормы. Подготовленный проект Пятой директивы о внутреннем управлении акционерными обществами провалился. Сторонники унификации были вынуждены изменить тактику и использовать формулировки, которые явным образом оставляли отдельные вопросы открытыми и подлежащими решению на национальном уровне. В результате родились новые директивы третьего поколения. К ним можно отнести две директивы, принятые 21 декабря 1989 г., - Одиннадцатую директиву N 89/666/ЕЭС и Двенадцатую директиву N 89/667/ЕЭС. Одиннадцатая директива посвящена регулированию обособленных подразделений компаний, открываемых на территории стран ЕЭС. Двенадцатая директива касается актуального вопроса возможности создания и деятельности так называемых компаний одного лица, имеющих единственного участника. Директива разрешает создание обществ с ограниченной ответственностью из одного участника, а также сохранение правосубъектности компании, число участников которой в процессе ее деятельности сократилось до одного.

Попытки Европейской комиссии обеспечить гармонизацию других областей корпоративного права показали, что даже тактика, использованная при разработке директив третьего поколения, не всегда приносит плоды. В течение 80 - 90-х годов XX в. на рассмотрении органов ЕС находились проекты Пятой директивы о внутреннем управлении акционерными обществами, Девятой директивы о группах компаний, Десятой директивы о транснациональных слияниях компаний. Однако эти проекты так и не были приняты из-за глубоких разногласий между странами-участницами, число которых постоянно увеличивалось и делало процесс поиска компромиссов все более затруднительным.

В конечном итоге была принята на вооружение новая тактика: формулирование нескольких возможных вариантов поведения с установлением для каждого из вариантов рамочных правил. Именно такая тактика считается исследователями доминирующей на современном (четвертом) этапе. Из директив, посвященных вопросам корпоративного права, практическим результатом этого этапа стало принятие 21 апреля 2004 г. Тринадцатой директивы N 2004/25/ЕС о предложениях о поглощении компаний. Данная директива регулирует комплекс вопросов, возникающих при скупке акций компании, создающих возможность изменения управленческого контроля над делами компании.

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 стран ЕЭС и подчинялась бы единым корпоративным нормам, возникла еще в конце 50-х годов прошлого столетия. Однако описанные выше трудности унификационных процессов на общеевропейском пространстве в полной мере отразились и на многочисленных проектах создания европейской компании (**Societas Europaea**). В первых проектах предполагалось, 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 непрекращающихся дискуссий показали практическую неосуществимость данной прогрессивной по своему содержанию идеи.

После серии сложных компромиссов 8 октября 2001 г. были утверждены Регламент N 2157/2001 о статуте европейской компании и Директива N 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 - участниц 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, порядка 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 будет весьма существенно различаться, поскольку различным образом будут решаться вопросы корпоративного права, не урегулированные в Регламенте. В связи с этим особое значение приобретает вопрос о коллизионном критерии, который был использован в Регламенте для определения субсидиарно применимых правил национального законодательства. Регламент различает понятия "формальное место нахождения" (**registered office**) и "фактическое место нахождения" (**head office**) компании. При этом в ст. 7 вводится жесткое правило, согласно которому как формальное, так и фактическое место нахождения Европейской компании должно быть в пределах одного государства ЕС под страхом принудительной ликвидации компании. Поэтому указание в п. 1 ст. 3 Регламента на применение национального права по месту формального нахождения компании (**registered office**) 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 первоначальной регистрации.

Вместе с тем западные исследователи признают, что описанная выше практика Европейского суда делает неизбежным изменение коллизионных привязок, используемых в Регламенте. В противном случае европейские компании будут лишены тех возможностей, которые сегодня доступны обычным юридическим лицам, создаваемым по национальному праву государств ЕС (речь идет о свободе перенесения фактического места нахождения на территорию другого государства ЕС).

Регламент устанавливает пять возможных способов создания европейской компании:

- путем слияния или присоединения акционерных обществ, не менее двух из которых имеют личный закон различных стран ЕС;
- путем создания европейской компании в качестве холдинговой (материнской) компании. Данный способ предполагает, что участники не менее двух акционерных обществ или обществ с ограниченной ответственностью из разных стран ЕС создают европейскую компанию, в уставный капитал которой вносятся акции (доли) в указанных юридических лицах, дающие не менее 50% голосов. В результате европейская компания становится холдинговой (материнской) компанией по отношению к национальным юридическим лицам, чьи акции (доли) были внесены в уставный капитал;
- путем создания европейской компании в качестве дочерней компании. Учредители такой европейской компании должны иметь личный закон разных стран ЕС либо на протяжении последних двух лет должны иметь филиал или дочернюю компанию на территории другой страны ЕС;
- преобразование национального акционерного общества в европейскую компанию;
- создание одной европейской компанией другой европейской компании в качестве компании одного лица.

Отмечаются два основных преимущества формы европейской компании, которые должны способствовать распространению таких юридических лиц.

В качестве первого преимущества выделяется возможность переноса формального места нахождения (**registered seat**) европейской компании из одной страны ЕС в другую. В ст. 8 Регламента подробно регулируется процедура такой смены места нахождения компании, предполагающей 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. В настоящее время такая возможность недоступна для национальных юридических лиц в отсутствие необходимых положений национального корпоративного права. Вместе с тем в процессе обсуждения находится проект Четырнадцатой директивы, которая должна открыть описанную возможность и для национальных компаний. Кроме того, исследователи отмечают, что на практике большее значение имеет возможность изменения фактического места нахождения компании, не предполагающая необходимости прохождения сложных

административных процедур. А именно эта возможность остается на сегодняшний день недоступной для европейских компаний в отличие от многих национальных юридических лиц. Помимо этого, пробелы Регламента, для заполнения которых применяется национальное право отдельных стран ЕС, подразумевают, что изменение европейской компанией своего формального места нахождения повлечет за собой необходимость внесения серьезных изменений в устав соответствующей европейской компании, что неминуемо отразится на внутрикорпоративных отношениях.

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 международного договора, текст которого обсуждался в 60-х годах XX в. Упомянутый выше проект Десятой директивы о транснациональных слияниях компаний также пока не принят из-за существенных разногласий между странами ЕС. В результате 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 и поглощением двух юридических лиц, имеющих один и тот же личный закон.

Однако ситуация изменилась после вынесения Европейским судом справедливости решения от 13 декабря 2005 г. по делу "SEVIC Systems AG" N C-411/03. В данном решении Суд пришел к выводу о том, что отказ немецких органов зарегистрировать процедуру слияния компаний из Германии и Люксембурга нарушает положения Договора о ЕС. При этом Суд особо подчеркнул, что отсутствие общеевропейского акта, регулирующего процедуру транснациональных слияний, не может служить препятствием для реализации компаниями своих свобод, закрепленных в Договоре о ЕС.

Таким образом, Европейский суд открыл возможность для транснациональных слияний и обычным национальным компаниям из стран ЕС. С учетом этого многие западные исследователи подвергают сомнениям перспективы развития такой общеевропейской организационно-правовой формы юридического лица, как Европейская компания.

Необходимо отметить, что европейская компания является не единственной формой общеевропейского юридического лица. Еще 25 июля 1985 г. был утвержден Регламент N 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. Прямым прообразом на национальном уровне были экономические группы (**groupement d'interet economique**), появившиеся во Франции в 1967 г.

22 июля 2003 г. был утвержден Регламент N 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 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 эти правила 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 с успехом использоваться в практике интеграционных объединений на постсоветском пространстве.

2.3. Группы коммерческих организаций (многонациональные предприятия, 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" <1>. Поэтому устоявшийся в литературе термин ТНК следует признать не вполне удачным, поскольку он косвенно 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 <2>.

<1> Лунц Л.А. Указ. соч. С. 124.

<2> Следует отметить, что по сложившейся традиции термин "транснациональная корпорация" используется в документах ООН и ее специализированных учреждений, а термин "многонациональное предприятие" - в практике других международных организаций (ОЭСР, группы Всемирного банка, ВТО).

ТНК могут иметь самую разнообразную внутреннюю структуру, что затрудняет выработку их общепризнанного определения. Как правило, выделяют две основные разновидности ТНК - группы, основанные на системе участия в уставных (складочных) 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 для регулирования ТНК пытались привлечь инструментарий разных систем и отраслей права. Начиная с 70-х годов прошлого столетия 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 80-х годов XX в. 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 (ОЭСР) в 1976 г. утвердила Руководство по многонациональным предприятиям (**OECD Guidelines on Multinational Enterprises**), которое определяет рекомендуемые модели поведения ТНК в принимающих государствах. Международная организация труда (МОТ) 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 утвердила 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 формулирует обязанности ТНК в части соблюдения основных прав и свобод человека. В этом документе, по сути, впервые была предпринята попытка отойти от сугубо рекомендательных норм (норм мягкого права) и зафиксировать положения, обеспечивающие применение Норм, включая положение о том, что ТНК осуществляют незамедлительное, действительное и адекватное возмещение тем лицам, которые явились объектом негативного воздействия вследствие несоблюдения данных Норм. Следует отметить, что данный проект вызвал неоднозначную реакцию, в том числе в системе ООН. Так, Специальный представитель Генерального секретаря ООН в своем докладе от 22 февраля 2006 г. (документ E/CN.4/2006/97) отметил, что "разработка Норм превратилась в доктринерство. По сути разработка Норм свелась к провозглашению того, что многие положения уже существующих государственных инструментов защиты прав человека носят обязательный характер и для корпораций. Однако это утверждение не имеет достаточного веса в международном праве". Данный проект так и не

получил одобрения.

Непосредственное закрепление в документах международного характера прав и обязанностей ТНК неизбежно означало бы 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 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. В литературе обращается внимание на наличие двух основных подходов к правовому регулированию ТНК средствами национальных правовых систем.

Первый, получивший название "**субъектный подход**" (**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 строго 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 другие 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 этой связи второй подход к правовому регулированию ТНК, получивший название "**подход 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 <1>.

<1> О теориях определения национальности ТНК на русском языке подробнее см.: Ляликова Л.А. Правовые проблемы транснациональных корпораций // Актуальные проблемы современного буржуазного гражданского права: Сборник научно-аналитических обзоров. М., 1983; Она же. Транснациональные корпорации и проблема определения их национальности // Советский ежегодник международного права. 1981. М., 1982.

В отсутствие общепризнанных критериев определения национальности ТНК использование **enterprise approach** неизбежно предполагает принятие государствами норм права, обладающих экстерриториальным эффектом. Применение таких средств правового регулирования имеет серьезную опасность столкновения правовых норм разных стран. Данный подход особенно активно использовался в практике США, что неоднократно приводило к возникновению сложных правоприменительных коллизий.

В качестве примера можно привести известное дело Fruehauf. В 60-е годы XX в. 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 2/3 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 миноритарных французских акционеров <1>.

<1> О проблеме экстерриториального применения законодательства США см. на русском языке: Смирнов П.С. Некоторые вопросы экстерриториального применения национального права в практике буржуазных стран // Проблемы современного международного частного права. М., 1988; Баратянц Н.Р. Экстерриториальное применение экспортного законодательства США // Проблемы современного международного частного права. М., 1988; Богуславский М.М., Ляликова Л.А., Светланов А.Г. Экспортное законодательство США и международное частное право // Советское государство и право. 1983. N 3.

Таким образом, на сегодняшний момент в частноправовой сфере доминирующим остается **entity approach**, который предполагает использование традиционных положений коллизионного права и 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 <1>.

<1> См. подробнее п. 4.6 настоящего тома учебника.

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), 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 ОЭСР о запрещении коррупции иностранных должностных лиц в международных деловых операциях 1997 г., а также Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничных банкротствах.

2.4. Международные организации как субъекты международного частного права

Международные организации подразделяются на две основные группы - **межгосударственные (межправительственные) международные организации (ММО)**, создаваемые на основании международных договоров и обладающие международной правосубъектностью, и **международные неправительственные организации (МНО)**, которые создаются частными лицами и, как правило, не считаются обладающими международной правосубъектностью.

При вступлении международных организаций в частноправовые отношения возникает необходимость установления применимого национального права. Национальное право, как правило, не выделяет международные организации в качестве особого субъекта. Тем не менее в отношении ММО проблем с признанием их правосубъектности обычно не возникает. Гражданская правосубъектность ММО в данном случае является следствием наличия международной правосубъектности. Как правило, международные договоры, которыми учреждаются соответствующие ММО, либо соглашения между ММО и государствами об открытии штаб-квартиры устанавливают, что для целей частного права ММО обладают всеми необходимыми правами местных юридических лиц и признаются в таком качестве государствами.

В связи с таким законодательным регулированием в литературе предложено понятие "международное юридическое лицо". Особенности данной категории предлагается усматривать в двойственном статусе ММО, которая, с одной стороны, создана нормами международного публичного права и получила юридическую личность в силу установлений международного договора, а с другой стороны, приравнивается к национальным юридическим лицам для целей частноправового регулирования <1>.

<1> Подробнее о понятии "международное юридическое лицо" см.: Седова Ж.И. Международное юридическое лицо: особенности правового регулирования специального статуса // Арбитражная практика. 2002. N 1.

Сложнее обстоит ситуация с вопросом о правосубъектности МНО. Данные организации, преследующие некоммерческие цели международного характера, как правило, учреждаются частными лицами в форме юридического лица по законодательству соответствующего государства. В связи с описанным выше отсутствием принципа автоматического признания иностранных юридических лиц в обычном международном праве может возникнуть вопрос о правосубъектности таких МНО за пределами государства их регистрации.

На решение данной проблемы нацелена Страсбургская конвенция о признании юридическими лицами международных неправительственных организаций 1986 г. (вступила в силу 1 января 1991 г., Россия не участвует). Статья 2 данной Конвенции предусматривает, что статус юридического лица и правоспособность, как это имеет место для МНО на территории государства, где находится ее зарегистрированный офис, должны признаваться остальными государствами - участниками Конвенции.

В последнее время проблема правосубъектности иностранных МНО стала актуальной и для российского законодателя. Федеральным законом от 10 января 2006 г. N 18-ФЗ <1> было установлено, что "правоспособность филиала или представительства иностранной некоммерческой неправительственной организации на территории Российской Федерации возникает со дня внесения в реестр сведений о соответствующем структурном подразделении иностранной некоммерческой неправительственной организации". Очевидно, в данной норме речь идет о возможном отказе в признании правосубъектности иностранной МНО, поскольку было бы неверно говорить об особой гражданской правосубъектности обособленного подразделения МНО (ее филиала или представительства).

<1> СЗ РФ. 2006. N 3. Ст. 282.

Глава 3. ГОСУДАРСТВО В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

3.1. Постановка проблемы в историко-теоретическом аспекте

Государство как политико-правовое образование - самый сложный и многогранный субъект права. О нем трудно говорить категорично и определенно. Все аспекты его статуса, начиная с вопроса о том, что первично - право или государство, и заканчивая проблемами сущности, целей, функций государства, дискуссионны и неоднозначны.

В юриспруденции государство выполняет одновременно несколько ролей: оно как суверен формирует объективное право, принимая законы и заключая международные договоры; оно через свои органы является центральной фигурой правоприменительной деятельности; ему доступно участие в процессе приобретения субъективных прав и их осуществление.

Если первые две роли государство играет органично, так как они воплощают его самые важные публичные и социальные задачи, здесь государство в полной мере проявляет себя как суверен, то последняя из перечисленных его ролей плохо сочетается с его сущностью. Речь идет об участии государства в частноправовых отношениях.

Необходимой предпосылкой такого участия является равный статус субъектов и их неподчиненность друг другу. Для того чтобы достичь эффекта равенства, приходится прибегать к различным приемам юридической техники. К числу таких приемов можно отнести создание из органов государства самостоятельных юридических лиц (учреждений), реализацию интересов государства в частной сфере через его участие в коммерческих организациях в качестве единственного учредителя (в унитарных предприятиях) или наряду с другими (в хозяйственных обществах). Помимо этого, к участию государства в гражданском обороте применяются соответственно правила гражданского законодательства о юридических лицах. Предполагается, что государство не пользуется преимуществами перед другими участниками частных отношений, главным образом в суде в случае спора или привлечения его к гражданско-правовой ответственности.

Нельзя сказать, что все эти меры действительно уравнивают государство с физическими и юридическими лицами в торговой и иной подобной деятельности, но без такого правового допущения, без предполагаемого равенства государство в принципе не смогло бы покупать и продавать, оказывать и получать возмездные услуги, заказывать исполнение какой-либо работы и т.п., поскольку все эти отношения предполагают свободу договора.

Все сказанное уже демонстрирует, как трудно включить публичное образование в модели

гражданского оборота. В частных отношениях, осложненных иностранным элементом, сложности возрастают многократно. В трансграничных отношениях, где на регулирование претендуют сразу несколько правопорядков, есть опасность того, что в случае спора к государству как участнику этих отношений будет подан гражданский иск в суд другой страны. Ситуация может сложиться таким образом, что придется поставить под вопрос оплот любого государства - суверенитет. Постепенно в практике международного сообщества стали складываться правила об иммунитете государств.

Появление термина "иммунитет", как и состояние, которое он отражает, принято связывать с Древним Римом, где для некоторых категорий субъектов устанавливались особые льготы, а в дальнейшем они получили освобождение от каких-либо обязанностей. Свой современный смысл иммунитет получил в период империи в Риме, когда в отношении духовенства устанавливаются не только привилегии, но оно становится недоступно общим судебным процедурам, т.е. не подчиняется общей юрисдикции.

Позднее этот термин означал дарованное отдельным персонам или целым сословиям, общинам освобождение от повинностей, обязанностей платить подати в казну монарха, а уже в раннем Средневековье его можно назвать иммунитетом собственности королей, отдельных феодалов, духовенства.

Одно из первых упоминаний "иммунитетных" состояний в истории российского права появилось в конструкциях феодальной иерархии в Древней Руси. Не все историки согласны с тем, что русский вариант феодализма является классической моделью сюзеренитета-вассалитета, но в пользу этой версии высказываются некоторые авторитетные ученые, в частности С.В. Юшков: "В пределах своих владений вассал обладает иммунитетом. Это означало, что в его внутренние дела не мог вмешиваться никто, в том числе и сюзерен. Вассалами великих князей были местные князья. Главными иммунитетными правами были: право взимания дани и право вершить суд с получением соответствующих доходов" <1>. По сути, иммунитет вассала основывался на его юрисдикционной независимости и имущественной обособленности.

<1> См.: История отечественного государства и права: Учебник / Под ред. О.И. Чистякова. М., 2004. Ч. 1.

Если средневековые княжества и государства вели торговлю, занимались мореплаванием, то данная деятельность персонифицировалась и толковалась как деятельность монарха. Отсюда любой иск против государства должен был рассматриваться как требование к монарху и посягательство на его репутацию, из уважения к которой и нежелания терять политические, союзнические связи с ним другие суверены запрещали своим судам разбирать такие тяжбы. Все конфликты решались на межгосударственном уровне либо не решались совсем и частные лица несли убытки.

В Новое время о государственном иммунитете почти забыли по нескольким причинам. Во-первых, частные лица в ряде стран были лишены возможности вчинять иск даже к собственному государству, не то что к иностранному, а все споры разбирались в административных процедурах. Во-вторых, частные отношения между государством и иностранными лицами встречались довольно редко, в основном исполнялись сторонами добровольно. В-третьих, в этот период принцип территориальной юрисдикции преобладал над принципом персональной юрисдикции, иными словами, суды, как правило, считали себя компетентными применительно к любым отношениям на территории их страны.

В XX в. многократно возрастает внешнеэкономическое сотрудничество, с появлением новых видов транспорта оживляется международное общение частных лиц, а известные исторические причины, в числе которых и Первая мировая война, способствуют миграции населения. Появляются предпосылки для серьезного развития коллизионного права и, как следствие, международного гражданского процесса. Цивилизованные страны развивают концепцию абсолютного иммунитета государства, которая соответствовала господствующим в международном праве представлениям о статусе государства.

Советское законодательство также базировалось на идее абсолютного иммунитета вплоть до прекращения СССР. Последними нормами, содержащими данные правила, были ст. 61 Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1961 г. и ст. 435 Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г. Вместе с тем, подчиняясь общемировой тенденции ограничения иммунитета и имея целью привлечение иностранных инвестиций, Советский Союз, а затем и Российская Федерация заключили ряд международных соглашений о защите капиталовложений, которые предусматривают, что споры, вытекающие из таких отношений, рассматриваются в международном коммерческом арбитраже. Подобная арбитражная оговорка обычно свидетельствует об отказе государства от судебного иммунитета.

3.2. Существо и природа иммунитета государства

Как юридический термин "иммунитет" происходит от латинского слова **immunitas** (освобождение от налогов, от службы и т.п.). Смысловая нагрузка его в праве сводится к возможности не распространять на кого-либо установленные для остальных обязанности, ответственность, получать "защиту" от принуждения. Иммунитет выражается в предусмотренной внутригосударственным законодательством или нормами международного права особенности статуса субъекта права, заключающейся либо в ограничении применения к нему некоторых правил национального права, либо в возможности субъекта не подчиняться власти иностранного государства.

Иммунитет в праве - свойство, которое трудно назвать естественным и распространенным; из всех субъектов такую способность получили только государства, дипломатические и консульские представительства и международные организации.

Освобождение от преследования и принуждения у государств может существовать как на их территории, так и на территории других стран. В первом случае государство в нормах собственного национального законодательства запрещает своим судам рассматривать иски против себя, а граждане и организации не могут оспаривать действия, решения, акты государственных органов. Такая ситуация характерна для государств-империй с тоталитарной или авторитарной формами правления, в которых обжалование любых действий суверена происходит часто вне судебных процедур, в административном порядке (примером может служить Российская империя, СССР). Современные демократические государства не могут позволить себе иммунитет от национальной юрисдикции, поэтому, говоря об иммунитете, имеют в виду невозможность иностранного государственного воздействия.

Иммунитет государства можно рассматривать с двух сторон. Для иностранного государства это невосприимчивость власти другого, себе подобного субъекта, освобождение от любого принуждения со стороны судебных, административных и правоохранительных органов иного суверена. С другой же стороны - это отказ от части суверенных правомочий для государства, которое не может осуществить свою власть по отношению к иностранному суверену и обязывает свои органы не применять к этому субъекту свои полномочия, не привлекать его к ответственности.

Истоки иммунитета государства как правового феномена происходят из основ международного сотрудничества, чем и объясняется то обстоятельство, что основные теоретические разработки в этой области заимствуются из доктрины международного публичного права. Известны несколько научных позиций, определяющих предпосылки иммунитета государства.

Одни ученые (их мнение преобладает) склонны считать иммунитет "оборотной стороной", юридическим следствием или одной из черт принципа государственного суверенитета. Другие не могут обосновать иммунитет государства только одним, пусть и важнейшим, принципом международного общения; они считают, что невосприимчивость государства к иностранным властным решениям следует не только из признания его суверенитета, но и из принципов достоинства и независимости государств как участников международной жизни. Можно встретить в литературе, особенно зарубежной, точку зрения об отсутствии международно-правовой подоплеки в конструкции иммунитета и необходимости искать внутригосударственные и главным образом процессуальные объяснения иммунитету.

Каждая из приведенных позиций в определенной мере справедлива и каждая из них имеет слабые стороны. В пользу господствующей точки зрения о том, что иммунитет государства есть элемент его суверенитета, говорит то, что признание иностранного государства самостоятельным членом международного сообщества, уважение любых его решений в пределах его государственных границ означает признание иностранного государства равным субъектом, с которым можно договориться, но которому нельзя приказывать. Следовательно, судебное решение против иностранного государства не может быть для него обязательным, если оно само не пожелает его признать и исполнить.

Логика подобных рассуждений завоевала популярность данной точке зрения, тем более что в ней находят отражение не только международно-правовые постулаты, но и конституционные принципы большинства развитых государств. Тем не менее есть заслуживающие внимания контраргументы.

Основной из них сводится к следующему: "Почему, если государство осуществляет на своей территории территориальное верховенство, основанное на его суверенитете, оно должно предоставить иммунитет от своей юрисдикции иностранному государству, причинившему вред на его территории, по причине суверенитета последнего?" <1>. Далее можно продолжить: почему суверенная связь государства с его гражданами, в силу которой государство должно давать защиту гражданам против всякого посягательства, уступает основанному на том же суверенитете правилу об иммунитете иностранного государства от иска, поданного гражданином в суд собственного государства? Слабое звено приведенной точки зрения заключается в том, что принцип суверенитета складывается из различных элементов, каждый из которых ценен и ни одним элементом нельзя пожертвовать в пользу другого.

<1> Жуков В.А. Гражданский иск к иностранному государству - нарушителю основных прав человека (проблема юрисдикционного иммунитета) // Актуальные проблемы гражданского права: Сб. статей / Под

ред. М.И. Брагинского. Вып. 4. М., 2002. С. 350.

Позиция, согласно которой иммунитет есть следствие уважения одним государством достоинства и независимости другого государства, тоже имеет аргументы за и против. Эта точка зрения в определенной мере персонифицирует государство, предполагая у него наличие определенных неимущественных благ, например репутации, которая могла бы серьезно пострадать, если властные органы других стран были бы неограниченно компетентны вмешиваться в его дела, обсуждать его акты, оспаривать его права. Тем более что огульная обязательность действий и решений иностранных органов означала бы подчинение и экономическое и политическое, так что иммунитет действительно связан с независимостью. А с другой стороны, может ли поколебать независимость государства удовлетворение иска о возмещении причиненного им имущественного вреда, либо о восстановлении на работе служащего, либо о защите чести и достоинства гражданина?

Анализируя последнюю позицию - о процессуальной природе иммунитета, также можно с чем-то согласиться и что-то возразить. Во многом правила об иммунитете согласуются, например, с нормами об исключительной подсудности споров, предусмотренных в процессуальных законах каждой страны, например иммунитет имущества государства и исключения из него, касающиеся недвижимости, расположенной на территории страны суда. Традиционное положение о подсудности по месту нахождения ответчика, в случае подачи иска к иностранному государству, означало бы, что все требования адресовались бы в его собственное суды, а это не всегда устраивает других суверенов, поскольку влечет невозможность гарантировать своим гражданам в этом случае цивилизованную и эффективную защиту. И конечно, потребность в признании и принудительном исполнении судебного решения против иностранного государства на его же территории вынуждает действовать вежливо, последовательно, через нормы об иммунитете и о порядке отказа от него.

3.3. Понятие "государство" применительно к нормам об иммунитете

Природа государства сродни сущности юридического лица, т.е. основана на фикции. При помощи закрепления определенного набора признаков и структурных элементов создается "юридический портрет", "юридическая личность". В дальнейшем такая личность наделяется способностью выступать субъектом правовых отношений, приобретать права и нести обязанности. Очевидно, что участие в конкретных сделках, в судебных разбирательствах и пр. происходит через органы или уполномоченных лиц. Именно поэтому при обсуждении государственного иммунитета центральное место занимает проблема установления лиц, которые могли бы в качестве возражения против возбужденного в иностранном суде производства сослаться на иммунитет государства.

Самый простой ответ на вопрос, чьи действия следует рассматривать как действия самого государства, - государственные органы. Вместе с тем данный ответ требует уточнений, поскольку каждый из органов имеет свою компетенцию и может действовать от имени государства только в ее пределах. Сделка, совершенная государственным органом и не входящая в круг его полномочий, может вызвать правовые последствия для государства только в силу ее одобрения. К сказанному нужно добавить, что государственные органы в ряде стран, в частности в России, наделяются правами самостоятельных юридических лиц, что приводит к необходимости выяснять, действовал ли орган как часть государства или как автономный субъект гражданского оборота. В этой связи возможность выдвигать возражения о государственном иммунитете органами государства требует подтверждения в соответствующих нормах.

Спорен также вопрос о статусе территориальных подразделений государства, к примеру субъектов федерации или штатов, а также юридических лиц с государственным участием, в качестве представителей государства, имеющих право воспользоваться иммунитетом.

Чаще всего понятие "иностранное государство" расшифровывается в национальных нормативных актах или конвенциях, но нередко оно устанавливается в рамках судебного толкования. Почти все цивилизованные страны склонны рассматривать в качестве действий самого государства действия его главы (президента и т.п.), правительства (как его председателя, так и структурных подразделений - департаментов, агентств, министерств). При этом, как правило, право этих структур ссылаться на государственный иммунитет не зависит от надделения их внутри своей страны дополнительной правосубъектностью. По такому пути идет законодательство Великобритании, США, ФРГ, Франции. Однако могут быть установлены и дополнительные критерии оценки государственных органов и подразделений для целей решения вопроса об иммунитете.

Так, закон США не дает простого перечня лиц, чьи действия всегда рассматриваются как государственные, а рассматривает любую структуру иностранного государства через призму его конкретных задач и действий. Если у органа или учреждения есть недвусмысленные суверенные или

правительственные полномочия, если такая структура представляет собой неотъемлемую часть государства (например, внешнеэкономическое ведомство, военное ведомство), то у них есть право на иммунитет от имени государства. Осуществление же креатурами государства коммерческой деятельности может повлечь за собой их оценку как равностатусных субъектов.

Федеративные единицы (субъекты федерации, провинции, штаты и т.п.) в основном рассматриваются в качестве самостоятельных лиц, на которые не распространяется иммунитет. Это положение закреплено как общее правило в ст. 28 Европейской конвенции об иммунитете государств 1972 г., если не поступит уведомление от государства об обратном. Аналогично регулируется право на иммунитет федеративных частей государства в Бельгии, Италии, Франции, Великобритании, иногда с определенными исключениями.

Вместе с тем отдельные страны, например Австралия, признавали иммунитет части суверенного государства, полагая, что в силу вынесенного против такого субъекта решения власть будет распространяться на территорию этого государства в целом. К этой позиции приходит и Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. с оговоркой о том, что федеративные или политические подразделения должны быть "правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве". Так что единства мнений и нормативных решений по данному вопросу нет.

Острая дискуссия ведется в связи с тем, можно ли признавать действия юридических лиц, в которых участвует государство (государственных учреждений, корпораций, унитарных предприятий, агентств), действиями самого суверена, а значит, могут ли такие организации ссылаться на государственный иммунитет. Две имеющиеся конвенции об иммунитете государств основаны на разных подходах к данной проблеме: Европейская конвенция в ст. 27 отказывает в иммунитете любому лицу и подразделению с самостоятельной правоспособностью, даже при условии выполнения ими государственных задач, в то время как Конвенция ООН в ст. 2 признает иммунитет за учреждениями, институциями государства или иными образованиями в той мере, в какой их действия связаны с суверенными властными функциями.

Практически все цивилизованные страны обуславливают непредоставление иммунитета в данном случае одним из двух (или двумя одновременно) критериев: 1) возможностью рассматривать такое образование как самостоятельное, отличное от правительства данного государства; 2) действия, совершаемые такой организацией, носят не публичный, а финансовый, промышленный, предпринимательский, торговый характер.

Важно обратить внимание на то, что отказ юридическому лицу с государственным участием в иммунитете иногда имеет для этого лица положительные последствия, поскольку основывается на признании его независимости от государства и не ответственным по государственным обязательствам. В случаях, когда в иностранный суд обращаются с ходатайством об аресте или обращении взыскания на имущество таких учреждений, отказ им в иммунитете соседствует с отказом в требовании заявителям, в связи с самостоятельной юридической ответственностью государства и созданного им юридического лица.

3.4. Виды иммунитета

В доктрине международного частного права принято говорить об иммунитете государства "от чужого правосудия" и об иммунитете государственного имущества. Первый случай именуется юрисдикционным иммунитетом и, в свою очередь, имеет разновидности, а второй - иммунитетом собственности. Однако анализ норм действующего законодательства и международных документов позволяет выделять большее количество разновидностей иммунитета: законодательный - от применения в отношении государства норм иностранного права; налоговый, фискальный и т.п.

Иммунитет, который выше был назван **законодательным**, может пониматься в широком и узком смысле. При широкой трактовке речь идет об изъятии государства из-под действия чужого материального права. По общему правилу суверен подчиняется только собственным нормативным установлениям и принятым на себя международным обязательствам. При этом суверен может сам разрешить регулирование отношений с его участием при помощи иностранного законодательства, подчинив себя действию своих коллизионных норм или указав на это в договоре.

Так, Российская Федерация на основе ст. 1204 ГК РФ распространила на частноправовые отношения с ее участием, осложненные иностранным элементом, коллизионные правила, установленные в разд. VI ГК РФ. В этой связи можно предположить, что к подобным отношениям возможно при соответствующей коллизионной привязке применение материального права другого государства. Следует иметь в виду, что федеральные законы могут предусмотреть исключения из данного правила.

В узком смысле свобода государства от действия чужого права нередко называется **"иммунитет сделок государства"**. Вплоть до последней четверти XX в. в международном частном праве

общепринятым считалось освобождение государства от применимого права в отношении его сделок с иностранными партнерами, означающее, что подобные договоры подчиняются правопорядку государства-стороны. Обязательственный статут не применялся в этом случае, но у сторон сохранялась автономия воли, т.е. возможность по соглашению выбрать применимое к договору право.

Постепенно с тенденцией к ослаблению абсолютного характера иммунитета государства в трансграничных отношениях стали появляться изъятия из этого правила, аналогичные ст. 1204 ГК РФ. В то же время ряд действующих международных конвенций сохраняют традиционный подход к регулированию частноправовых сделок государства с иностранными лицами. Например, ст. 42 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (Вашингтон, 1965 г.) указывает, что к инвестиционному спору с участием государства применяется право, выбранное сторонами договора, а при отсутствии соглашения о применимом праве спор решается на основе права государства, участвующего в договоре.

Юрисдикционный иммунитет объединяет несколько "защитных" механизмов, используемых государством для противопоставления влиянию чужого правосудия, в связи с чем принято выделять три его разновидности:

1) **судебный иммунитет**, указывающий на невозможность по общему правилу предъявления исков (жалоб, заявлений) к государству в иностранных судах, причем как в качестве ответчика, так и третьего лица. Участие государства в процессе допускается только с его согласия;

2) **обеспечительный иммунитет**, определяющий для иностранного суда невозможность обеспечить рассмотрение исковых требований арестом имущества или иными мерами обеспечительного характера;

3) **исполнительный иммунитет**, препятствующий принудительному исполнению судебного акта одного государства, вынесенного против другого государства.

В силу юрисдикционного иммунитета судебные органы одного государства не вправе привлечь к участию в судебном разбирательстве другое государство без его на то согласия, выраженного в соответствующей форме компетентным органом иностранного государства.

Каждый вид юрисдикционного иммунитета имеет самостоятельное значение, т.е. отказ государства от судебного иммунитета не означает его отказа от двух других видов иммунитета от иностранного правосудия. Правила о юрисдикционном иммунитете содержатся обычно в национальном процессуальном законодательстве и ориентированы на судей. В то же время внутригосударственное регулирование данного вопроса во многих развитых странах мира базируется на международно-правовых нормах и принципах. Чаще всего национальные процессуальные кодексы развивают положения международных конвенций в этой области, причем как в государствах - участниках конвенций, так и в иных странах, которые принимают положения конвенций за образец для законотворчества. В этой связи нормы о юрисдикционном иммунитете довольно сильно унифицированы.

Процессуальная природа института юрисдикционного иммунитета обуславливает и механизм его применения. Говорить об иммунитете можно только тогда, когда иностранный судебный орган компетентен рассматривать определенный спор, т.е. после применения правил подведомственности и подсудности, поскольку в ином случае суд откажет в принятии иска к производству, не выясняя вопроса о статусе субъектов спора. Если же в соответствии с международными соглашениями или национальными нормами компетенция суда в отношении конкретного спора будет установлена, то встанет вопрос о допустимости привлечения в процесс в качестве стороны (ответчика, третьего лица) иностранного суверена.

Одним из наиболее сложных моментов в применении норм об участии иностранного государства в судебном разбирательстве является необходимость установить, действительно ли требование обращено к суверену, или же речь идет о споре с государственными организациями, например унитарными предприятиями или государственными учреждениями. Последние обладают собственной правоспособностью, выступают в гражданском обороте от собственного имени и самостоятельно участвуют в судебных процедурах. Указанные юридические лица, несмотря на наличие слова "государственные", являются самостоятельными и независимыми субъектами права, коммерческими организациями, связь которых с государством выражается лишь в наделении их государственным имуществом. Государство, как известно, может быть и акционером, в том числе единственным участником акционерного общества, но вряд ли можно предполагать наличие у такого общества юрисдикционного иммунитета.

Таким образом, суд должен руководствоваться правилами об иммунитете, только когда иск предъявлен непосредственно к государству, а не к юридическим лицам, им созданным или с его участием. Однако в отсутствие в современном российском законодательстве конструкции "юридическое лицо публичного права" в судебной практике внутри страны и за рубежом возникают сложности с установлением статуса государственных органов, которые в настоящий момент почти все получили права юридических лиц и зарегистрированы как учреждения. В подобных ситуациях суду необходимо выяснить,

являются ли оспариваемые в иске действия, совершенные государственными органами, действиями от имени и в интересах государства или же действиями самого органа как юридического лица.

Безусловно, возможность сослаться на иммунитет от иностранного правосудия поставлена в зависимость от того, что конкретный судебный орган конкретного государства будет понимать под иностранным государством. Существует основанный на международных актах и принципах негласный перечень лиц, действия которых рассматриваются как действия самого государства: глава государства; глава и члены правительства; лица, имеющие специальные полномочия от соответствующего государства. Нередко в этот список попадают агентства или учреждения государств.

Иммунитет собственности государства означает запрет на применение в отношении имущества, расположенного на территории одного государства, но принадлежащего иностранному суверену, любых мер принуждения: ареста, национализации, реквизиции, реализации с публичных торгов и т.д. Суды государства места нахождения вещи не вправе рассматривать вопрос о принадлежности данного имущества иностранному государству, достаточно его официального заявления. Связано это не только с принципом международной вежливости, которого стремятся придерживаться все субъекты международного общения, но и с еще двумя столь же важными постулатами международного права.

В первом случае имеется в виду правило о том, что признание какого-либо государства как субъекта международного сообщества влечет за собой безоговорочное признание всех принимаемых им решений. Вследствие этого акты иностранного государства (например, постановления правительства, указы президента, декреты или законы), определяющие право собственности государства на имущество, не могут подвергаться сомнению и пересматриваться другим сувереном.

Второй немаловажный аспект заключается в том, что оспаривание права собственности иностранного государства на его имущество должно происходить в рамках судебных процедур, что приводит к применению норм и о юрисдикционном иммунитете. Если в стране суда действует правило об абсолютном иммунитете, то такое разбирательство будет невозможным без прямого согласия на это иностранного государства.

Однако все большее количество развитых и демократических государств стремятся в своем законодательстве ограничить иммунитет иностранных суверенов от властных решений, в том числе и по спорам в отношении имущества. Все чаще из-под действия иммунитета государственной собственности изымается недвижимое имущество, находящееся на территории страны суда, а также имущество, "вовлеченное" в коммерческую деятельность.

Пристальное рассмотрение природы иммунитета собственности государства указывает на его теснейшую связь с юрисдикционными привилегиями, поскольку всякое принудительное воздействие на имущество происходит через действия или властные акты соответствующих государственных органов или должностных лиц страны места нахождения имущества. С большой долей уверенности можно утверждать, что иммунитет собственности есть четвертая разновидность юрисдикционного иммунитета. Вместе с тем его традиционно выделяют в отдельный вид иммунитета, что объясняется, скорее всего, узкой трактовкой юрисдикции как судебной власти и неотражением правил об иммунитете собственности в процессуальном законодательстве.

3.5. Современные концепции иммунитета государства

В юриспруденции существуют два принципиальных подхода к правовому регулированию освобождения государства от юрисдикции и законодательства другого государства, которые принято называть концепцией абсолютного и концепцией функционального иммунитета.

Доктрина абсолютного иммунитета - более ранняя, она сводится к полной недоступности одного суверена для воздействия со стороны органов государственной власти и судебной системы другого государства. Она не предполагает возможность иностранного правоприменителя принимать к своему рассмотрению и разрешать споры с участием другого государства без явно выраженного согласия последнего, опираясь на латинский постулат "равный над равным власти не имеет" как главный оплот международной вежливости и независимости.

В соответствии с этой доктриной иностранные партнеры государства по частноправовым договорам (физические или юридические лица) вправе предъявлять к нему иски только в судах данного государства, да и то в случаях, когда такое обращение допускается его процессуальным законодательством. С одной стороны, данное правило подсудности было отчасти разумным, поскольку исполнять решение, принятое в отношении государства его собственным судом, легче и быстрее, чем решение иностранного суда.

С другой же стороны, абсолютный иммунитет вынуждал контрагентов государства "играть на его территории", руководствоваться его процедурами, осуществлять защиту на иностранном языке и пр., что для обычных участников гражданского оборота было сопряжено с большими издержками и слабой надеждой на удовлетворение их требований.

Следовательно, участие в договорных отношениях с иностранным государством принимало "рисковый" характер, где оставалось надеяться только на добросовестность последнего. В деликтных правоотношениях ситуация еще сложнее, поскольку привлечь иностранное государство к ответственности за причинение вреда в его судах очень сложно, к тому же здесь отсутствует элемент добровольности, который в договорных обязательствах позволяет надеяться на надлежащее исполнение и выбрать применимое право.

В концепции абсолютного иммунитета особое место заняли положения о порядке отказа государства от иммунитета или его согласия на разбирательство дела иностранным судом. Появились понятия "прямой отказ" или "прямое согласие", предполагающие представление в суд письменного документа, подписанного компетентным государственным органом, в котором недвусмысленно заявлялось о намерении или, напротив, нежелании суверена участвовать в судебном процессе. Прямым согласием считалась соответствующая оговорка во внешнеэкономическом договоре. Отказ государства от судебного иммунитета мог содержаться и в подписанных им международных соглашениях.

Однако государство могло совершить действия, которые в праве называются конклюдентными, свидетельствующие о согласии на разрешение спора с его участием иностранным судом, например представить такому суду отзыв на иск, возражение против требований истца, заявить ходатайство, связанное со сбором доказательств, обеспечить явку своего представителя для участия в заседании и т.п. Подобные действия по отдельности или в совокупности стали рассматриваться судами как согласие государства на юрисдикцию иностранного суда и отказ от иммунитета против иска.

Первые попытки разработать альтернативную теорию участия государства в международной частной жизни предпринимались еще в конце XIX в., однако они наталкивались на противостояние как ученых-международников, так и специалистов в области государственного права, поскольку оценивались как посягательства на принцип суверенитета государств. Несмотря на это, идея об ограничении круга случаев, когда государство могло бы ссылаться на свой иммунитет, нашла отражение в некоторых актах международных организаций в XIX в.

Суть альтернативы абсолютному иммунитету государств в отношениях с иностранным элементом сводилась к определению перечня случаев, в которых государство не могло бы ссылаться на иммунитет, т.е. ограничению сферы действия этого принципа. Разработка таких исключений оказалась крайне сложным делом: предстояло выявить либо категории дел, либо иные критерии, позволяющие указать государству на абсолютное равенство, в том числе в вопросах подсудности.

Наиболее убедительной выглядела концепция роли (функции) государства в спорном отношении, именно она дала название всей доктрине функционального иммунитета. Идея состояла в том, что государство, играющее не свойственную себе роль, к примеру, торгующее, заказывающее услуги или работы и т.п., не должно пользоваться преимуществами своего политического статуса в частной сфере. Поэтому суд, который сочтет в силу каких-то признаков, что в спорном отношении государство не выполняет своих суверенных, публично-правовых задач, вправе не учитывать ссылку на иммунитет.

Однако у этого подхода появились не только сторонники, но и критики. Последние справедливо отмечали, что государство по определению "публично-правовое образование", которое не может иметь частных интересов и целей, следовательно, трудно установить случаи, когда суд может не принимать во внимание принцип юрисдикционного иммунитета. Таким образом, задача у последователей концепции ограниченного иммунитета еще больше усложнилась.

Нужно подчеркнуть, что на законодательном уровне государства, воспринявшие эту идею, по-разному подошли к решению этой задачи. Одни страны сохранили в нормах оценочный критерий публичных функций государства, предоставив судам в конкретных случаях мотивировать предоставление иммунитета.

Другие стали использовать такой прием юридической техники, как презумпция частных отношений. В этих государствах суд предполагает, что отношение с участием иностранного суверена частное, исходя из его гражданско-правового характера, рассуждая следующим образом: если государство решило заключить гражданский договор (поставки, подряда, перевозки и проч.), то оно действует как частное лицо, следовательно, не обладает иммунитетом. По большому счету согласие на участие в обязательстве суд рассматривает как генеральное согласие на все последствия из такого участия, включая разрешение спора в суде по общим правилам международного гражданского процесса.

Концепция функционального иммунитета постепенно вытесняет в современном мире его абсолютное толкование, что находит отражение не только в национальном праве, но и в международных конвенциях, двусторонних соглашениях.

3.6. Международно-правовое регулирование иммунитета государства

В настоящее время принято несколько международных соглашений, содержащих правила привлечения в судебное разбирательство иностранных государств.

Одним из многосторонних международных договоров, посвященных проблемам иммунитета иностранного государства, является Европейская конвенция об иммунитете государств от 16 мая 1972 г., принятая в Базеле Советом Европы (далее - Европейская конвенция), которая призвана решить целый спектр процессуальных проблем, в том числе урегулировать вопросы юрисдикционного иммунитета государств. Данная Конвенция вступила в силу 1 июня 1976 г., и в настоящее время в ней участвуют девять стран, среди которых Австрия, Великобритания, Германия, Нидерланды, Швейцария.

Россия не подписала этот документ, однако его нормы оказали влияние как на процесс формирования законодательства в области международного частного права, так и на правосознание судей. Вплоть до появления новой Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, принятой Генеральной Ассамблеей ООН 2 декабря 2004 г. в Нью-Йорке (далее - Конвенция ООН), правила Европейской конвенции воспринимались многими государствами как образцы для национального нормотворчества или международные обычаи.

Принимая во внимание, что Конвенция ООН еще не вступила в силу, хотя Российская Федерация выразила намерение участвовать и подписала ее в декабре 2006 г., существует необходимость охарактеризовать оба указанных международных акта, выявив их специфику и сходство.

У Европейской конвенции существуют изъятия в сфере ее применения, главным образом связанные с сущностью спора, который подлежит рассмотрению судом. Так, нормы ст. ст. 29 - 31 содержат перечень отношений, спорные ситуации из которых будут разбираться без учета положений Конвенции:

- социального обеспечения;
- возмещения ядерного ущерба или вреда;
- таможенных обязательств;
- налоговых или уголовных санкций;
- разбирательств, связанных с эксплуатацией государством собственных или предоставленных морских судов.

Европейская конвенция ограничивает область своего распространения только юрисдикционным иммунитетом иностранных государств и не регулирует отношения по поводу привилегий и иммунитетов, вытекающих из функций дипломатических представительств или консульских учреждений, и лиц, связанных с ними.

Позитивно предмет регулирования Европейской конвенции можно свести к двум группам отношений:

- а) отношения, связанные с порядком предъявления исков к иностранному государству и способами отказа государств от юрисдикционного иммунитета;
- б) отношения, связанные с вручением судебных документов и исполнением иностранных судебных решений.

Согласно положениям Европейской конвенции, в частности ст. 15, по общему правилу государство не может быть ответчиком по делу, находящемуся в производстве суда другого государства - участника Конвенции (т.е. пользуется иммунитетом от иска), за исключением случаев, когда оно отказалось от такого иммунитета и когда в соответствии со ст. ст. 1 - 14 Конвенции оно не может воспользоваться иммунитетом.

При этом из текста Европейской конвенции следует ясное разграничение трех видов юрисдикционных иммунитетов (от иска, от обеспечения иска, от исполнения судебного акта), что находит отражение в различном регулировании каждого вида (см. ст. ст. 20, 23 Конвенции). О разграничении указанных видов юрисдикционного иммунитета говорит и указание на необходимость в каждом случае получать согласие государства на соответствующие процессуальные действия иностранного суда.

Иммунитет государства против иска в иностранном суде регулируется при помощи закрепления в Европейской конвенции способов отказа от такого иммунитета, установления перечня требований, при рассмотрении которых государство не может воспользоваться своим иммунитетом, и ситуаций, когда спор с участием государства в принципе не подлежит рассмотрению в судах других суверенов.

Отказ от иммунитета против вчинения иска в иностранном суде может быть прямым и предполагаемым (ст. ст. 1, 2).

Исковые требования, при рассмотрении которых государство не может ссылаться на юрисдикционный иммунитет, согласно Европейской конвенции, в суде другого государства-участника, сводятся к следующим группам.

1. Спор связан с контрактом, исполнение которого будет производиться на территории страны суда, если стороны не договорились об иной подсудности спора.

2. Спор в связи с трудовыми отношениями в стране суда. Из данного правила Конвенция знает несколько исключений (ст. 5).

3. Споры, касающиеся участия иностранного государства в юридических лицах, которые были

зарегистрированы, имеют основное местонахождение, основное место деятельности на территории государства суда при условии, что другими участниками этого юридического лица являются частные юридические или физические лица, если иное не предусмотрено в договоре о создании юридического лица или в уставе.

4. Споры, касающиеся деятельности офиса, агентства либо учреждения иностранного государства, которые находятся на территории государства суда, при условии, что эти организации осуществляют производственную, торговую или финансовую деятельность по правилам, установленным для частных лиц. Данное правило является продолжением господствующей европейской доктрины функционального иммунитета.

5. Спор касается вещных или обязательственных прав и обязанностей по поводу недвижимого имущества, находящегося в стране суда.

6. Дело связано с возмещением вреда из деликта, совершенного на территории страны суда.

Особое место в Конвенции занимают нормы о приведении в исполнение судебных решений.

Теперь рассмотрим, в чем особенность Конвенции ООН по сравнению с Европейской конвенцией.

Сразу обращает на себя внимание разная структура и юридическая техника. В Европейской конвенции общие положения содержатся в конце документа, в гл. 5, и даже там практически отсутствует согласованное сторонами толкование терминов. В Конвенции ООН положения располагаются от общих категорий и принципов к более конкретным, что позволяет лучше понимать нормы. Конвенция ООН содержит развернутые дефиниции таких дискуссионных категорий, как "государство", "коммерческая сделка". Сфера ее применения во многом совпадает со сферой применения Европейской конвенции, но формулировки более четкие и применимые. Отдельные части Конвенции ООН посвящены трем видам юрисдикционного иммунитета. Видимо, поэтому эксперты предсказывают данному документу более успешное будущее, чем у Европейской конвенции.

3.7. Зарубежное законодательство об иммунитете государства

В 70-х годах XX в. роль государства и степень его участия в международных частноправовых отношениях увеличились. В связи с этим стали пересматриваться и традиционные подходы к пониманию иммунитета государства от частных исков в иностранных судах и неприкосновенности государственной собственности, находящейся за рубежом.

С тех пор сложилось три варианта национального регулирования иммунитета государства: в одних странах этот вопрос разрешается при помощи специального закона, которым руководствуются суды и административные органы, столкнувшиеся с участием иностранного государства в гражданско-правовом отношении (США, Великобритания, Канада); в других странах нормы о юрисдикционном иммунитете предусматриваются в процессуальном законодательстве, а о законодательном иммунитете и об иммунитете его собственности - в гражданских кодексах или законах о международном частном праве (Россия, Казахстан, Армения); третья группа стран закрепила правовое положение государства как юридического лица и в этой связи в их законодательстве отсутствуют нормы об иммунитете государства (Грузия).

Одними из первых осознали неэффективность концепции абсолютного иммунитета страны общего права - США, Великобритания, Канада, Пакистан.

Сначала в судебной практике, а затем и в научном сообществе этих стран сформировалось убеждение в необходимости ограничения иммунитета государства для гарантированности судебной защиты прав его контрагентов по сделкам. Иммунитет государства мешал рассматривать его в гражданском обороте как равного участника и ставил под сомнение гражданские права иностранных физических и юридических лиц, торгующих с государством или оказывающих ему услуги, что не могло не сказаться на развитии международных хозяйственных связей.

Поэтому в 1976 г. в США принимается Закон об иммунитете иностранных государств (Foreign Sovereign Immunities Act), который определял юрисдикцию Соединенных Штатов относительно исков к иностранному государству. Данный Закон устанавливал исключения из иммунитета иностранного государства, при наличии которых суды США были компетентны рассматривать спор. В качестве основного правила предусматривалось наличие прямого или подразумеваемого отказа иностранного государства от иммунитета (§ 1605а), а также невозможность воспользоваться иммунитетом в споре, связанном с коммерческими сделками. Также устанавливалось, что иммунитет ограничивается и в случае приобретения собственности с нарушением норм международного права (§ 1605 (а) 3) и т.д.

Наибольший интерес вызывает норма Закона США об отказе в иммунитете государству, причинившему на территории США вред личности или смерть, а равно повредившему имуществу или способствующему его утрате (§ 1605 (а) 5). Это правило распространяется на любой деликт, а не только связанный с гражданско-правовыми отношениями. В частности, делается оговорка, что действия или

бездействие, которые привели к вреду жизни, здоровью или имуществу, совершенные как иностранным государством, так и его должностными лицами и служащими при исполнении ими своих обязанностей (**non-commercial torts exception**), приводят к отказу в иммунитете государству. Другими словами, правонарушение может быть в известной степени связано с публичными функциями, и тем не менее это не позволяет ответчику заявлять об иммунитете.

Однако далее американский законодатель отмечает, что правило § 1605 (a) 5 применяется, если причинение вреда связано с осуществлением дискреционных действий иностранного государства. Такое противоречие трудно разрешить, но стоит принять во внимание то, что правительственные функции почти никогда не осуществляются на территории другого государства, за исключением действий дипломатических и консульских служб.

Вслед за Законом США подобные нормативные акты, закрепляющие исключения из иммунитета государства, были приняты в Великобритании в 1978 г., в Канаде в 1982 г.

Постепенно к модели ограниченного иммунитета приходят и страны романо-германской правовой традиции. В ряде стран Западной Европы (Франция, Дания, Норвегия, Греция, Италия, Германия и др.) концепция ограниченного иммунитета иностранного государства сначала проводится в жизнь в судебной практике. Отправной точкой для законодательного выражения идеи функционального иммунитета для этих стран послужила Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г., в преамбуле которой закреплено, что при ее подписании принимается во внимание "существование в международном праве тенденции к ограничению тех случаев, когда государство может ссылаться на иммунитет в иностранных судах". Страны - участницы этой Конвенции (Австрия, Бельгия, Германия, Нидерланды, Португалия, Швейцария) постепенно закрепили в своем национальном законодательстве идею ограниченного иммунитета. Государства, ее не подписавшие, воспользовались данным текстом как основой для внутригосударственного регулирования. Одной из первых в числе стран континентального права соответствующий закон об иммунитете приняла Аргентина в 1995 г.

В законах указанных стран иммунитет государства от юрисдикции ставится в зависимость от сущности тех сделок, в которых государство принимало участие и которые стали предметом спора. Чаще всего употребляются понятия "торговая сделка" или "коммерческая сделка", которые не имеют четких критериев и устанавливаются судом в каждом конкретном случае при помощи имеющегося в законах примерного перечня (договор поставки товара, договор возмездного оказания услуг, договор займа, договор поручительства, и т.п.) или гражданско-правовой природы спорного договора. При этом суды, как правило, не занимаются определением цели заключения государством таких сделок, довольствуясь нахождением спорной сделки в системе гражданско-правовых договоров.

Давая характеристику зарубежному регулированию государственного иммунитета, нельзя не упомянуть еще один фундаментальный источник - Кодекс Бустаманте <1>. Этот документ, являющийся приложением к Конвенции о международном частном праве, принятой 20 февраля 1928 г. на VI Международной конференции американских государств в Гаване, вот уже более 70 лет действует в 15 странах Латинской Америки (например, в Бразилии, Венесуэле, на Кубе, в Перу, Чили, Эквадоре и др.). В ряде стран американского региона нормы этого Кодекса применяются как обычаи (Аргентина, Мексика).

<1> См.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 746 - 798.

В связи со столь феноменальной унификацией коллизионных правил, которую удалось осуществить на основе Кодекса Бустаманте в значительном количестве государств, есть смысл рассмотреть правила об иммунитете, которые в нем предложены.

Сразу стоит отметить, что Кодекс Бустаманте исходит из модели функциональности иммунитета и его связанности с политической деятельностью государства, несмотря на то, что он принят в 1928 г., когда приоритетным был иммунитет абсолютный.

Так, в ст. 333 закреплено правило о том, что суд некомпетентен разбирать гражданские и торговые дела, в которых ответчиками выступают другие государства или их главы в случае личных исков, если они сами прямо не подчинят себя суду или не заявят встречного требования. Аналогичная норма ст. 334 регулирует подачу вещных исков с добавлением, если государство или его глава "действовали в качестве таковых и их действия имели публичный характер".

Интересна формулировка, используемая Кодексом для установления пределов принципа иммунитета: государство или его глава, действующие в качестве частных лиц, будут подсудны другому государству по общим правилам. Надо полагать, что "государство, действующее как частное лицо" - это не что иное, как "торгующее государство" в США, "государство, участвующее в коммерческой деятельности" (Европейский союз, СНГ).

3.8. Регулирование вопросов иммунитета иностранного государства в России: доктрина и законодательство

Современное состояние взглядов в науке международного частного права и процессуального права в Российской Федерации отражает складывающуюся в мире тенденцию к ограничению возможности государства в частноправовых конфликтах с иностранным элементом ссылаться на иммунитет. Об этом свидетельствуют не только научные публикации последних лет, но и подписание соответствующих международных актов, опирающихся на концепцию функционального иммунитета, в частности Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности.

Раздел VI (ст. 1204) ГК РФ вслед за ст. 124 того же Кодекса отказывает государству как участнику гражданского оборота в законодательном иммунитете, распространяя на него действие коллизионных норм на общих основаниях, что делает вероятным применение к государству норм зарубежного материального законодательства.

Признание государства, участвующего в частных правоотношениях, равным иным субъектам оборота, позволяет говорить о том, что как Россия, так и иностранные суверены обладают в договорных обязательствах, осложненных иностранным элементом, автономией воли. При этом на основании ст. 1210 ГК РФ государство со своими партнерами по сделкам может выбирать право, подлежащее применению к их отношениям. В то же время использование коллизионных правил разд. VI ГК РФ в обязательственных отношениях с участием государства "на общих основаниях" в отсутствие соглашения о применимом праве нередко сопряжено с целым рядом сложностей. Классическая привязка в этом случае, или, как ее принято называть, "обязательственный статут", определяемый в ст. 1211 ГК РФ как право страны, с которой договор наиболее тесно связан (**lex causae**), не всегда может быть применена. В силу юридической природы государства для него не имеет смысла привязка к месту жительства или месту основной деятельности стороны решающего исполнения. Следовательно, если решающие обязанности по исполнению договора принимает на себя государство, то к договору нужно будет применять его материальные нормы.

Существует еще одно положение ст. 1204 ГК РФ, заслуживающее обсуждения, а именно указание на то, что из общих коллизионных правил для отношений с участием государства законом могут быть установлены исключения. Если речь идет об участии России в гражданско-правовом договоре, то изъятия будут выражены в отдельных федеральных законах, но как быть с участием иностранного государства? Должен ли наш правоприменитель, прежде чем руководствоваться разделом о международном частном праве, выяснять, нет ли исключений в отношении применимого права, предусмотренных законами или иными актами иностранного государства - участника? Представляется, что не должен, поскольку предоставление иммунитета от законодательства есть прерогатива страны суда.

Из действующих в настоящий момент в России федеральных законов исключение из общих коллизионных правил для отношений с участием государства предусматривает, например, Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. N 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции" (в ред. от 29 декабря 2004 г.) <1>, где в ст. 6 говорится: "Соглашения заключаются на основе положений, установленных законодательством Российской Федерации".

<1> СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 18.

Однако применительно к юрисдикционному иммунитету государства российское процессуальное законодательство использует одновременно обе доктрины, закрепляя как правила, продолжающие рассматривать иммунитет государства как абсолютный, так и положения об ограниченном его иммунитете.

Для более наглядного анализа регулирования юрисдикционного иммунитета сравним подходы Гражданского процессуального и Арбитражного процессуального кодексов РФ.

ГПК РФ	АПК РФ
Статья 401. Иски к иностранным государствам и международным организациям. Дипломатический иммунитет (извлечение) 1. Предъявление в суде в Российской Федерации иска к иностранному государству, привлечение иностранного государства к участию в деле в	Статья 251. Судебный иммунитет (извлечения) 1. Иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти, обладает судебным иммунитетом по отношению к предъявленному к нему иску в арбитражном суде в Российской

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

Федерации, привлечению его к участию в деле в качестве третьего лица, наложению ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории Российской Федерации, и принятию по отношению к нему судом мер по обеспечению иска 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 Российской Федерации или федеральным законом.

3. 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 настоящим Кодексом

Если не учитывать редакционные отличия приведенных норм, по содержанию они на первый взгляд очень схожи. Вместе с тем одно короткое словосочетание, характеризующее иностранное государство, приводит к двум абсолютно разным моделям его привлечения в процесс. АПК РФ добавляет к термину "иностранное государство" слова "выступающее в качестве носителя власти", что принципиально меняет положение данного субъекта в арбитражном процессе по сравнению с процессом гражданским.

В судах общей юрисдикции любой иск к иностранному суверену, независимо от содержания требований, будет рассматриваться только при наличии явно выраженного согласия компетентных органов этого государства, совершенного в установленной форме. Судья не компетентен делать вывод об отказе от иммунитета иностранного государства, исходя из характера общественных отношений, а должен формально установить действия, свидетельствующие о таком отказе, или получить официальный документ с согласием на участие в судебном разбирательстве. Такой подход основан на идее абсолютного иммунитета.

Напротив, в арбитражном суде иностранное государство, привлекаемое в качестве ответчика или третьего лица, будет оцениваться судом как реализующее свои суверенные и публичные полномочия либо как участвующее в коммерческой деятельности. Если будет установлено, что спор, передаваемый в арбитражный суд, вытекает из несомненно гражданских отношений, где государство участвует наравне с физическими и юридическими лицами, то суд сочтет возможным осуществить разбирательство без специального согласия иностранного суверена.

Объяснения для столь различного регулирования юрисдикционного иммунитета в процессуальных кодексах, принятых практически одновременно, сводятся в основном к различию в подсудности споров судам общей юрисдикции и арбитражным судам, связанному со спецификой субъектного состава и видов деятельности. Вполне понятно, что споры из предпринимательских отношений, подсудные арбитражному суду, где участвует иностранное государство, своим существом указывают на частноправовую природу его деятельности.

Вместе с тем именно в таких отношениях, где государству противостоят не профессиональные участники рынка, а обычные российские граждане и где категории рассматриваемых дел чаще всего сводятся к трудовым конфликтам или спорам о возмещении причиненного вреда, вряд ли оправданно давать иностранному государству дополнительный механизм (иммунитет) для ухода от российского правосудия и обрекать наших граждан на дорогостоящие и сложные тяжбы за рубежом. Тем более что установление в российском гражданском процессуальном законодательстве абсолютного иммунитета не приводит к взаимности в этой части со стороны других суверенов.

О необходимости изменений ст. 401 ГПК РФ и введении правил о предоставлении иммунитета только в тех ситуациях, когда иностранное государство действует в политической области и реализует публичные функции, т.е. об устранении противоречий в этой области с АПК РФ, говорится в письме Комитета Государственной Думы РФ по международным делам по поводу экспертизы проекта Закона об иммунитете <1>.

<1> См.: письмо Комитета ГД РФ по международным делам от 21 февраля 2005 г. N 3.16-16/94 // СПС "КонсультантПлюс".

Упоминание проекта Федерального закона N 127618-4 "О юрисдикционном иммунитете иностранного государства и его собственности", внесенного Правительством РФ в 2005 г. на рассмотрение в Государственную Думу РФ, не случайно. Этот проект был не единственным, который предлагался законодателю, но именно он был разработан при участии ведущих специалистов в области международного частного права А.Л. Маковского, И.С. Зыкина, М.И. Брагинского, И.О. Хлестовой, выполнен на высоком уровне юридической техники, одобрен двумя комитетами Госдумы РФ и в настоящее время принят в первом чтении. В данном проекте реализованы идея ограничения иммунитета государства, установления его пределов, закрепление содержания понятия "иностранное государство".

Глава 4. ВЕЩНОЕ ПРАВО

4.1. Право собственности и иные вещные права в международном частном праве

Право собственности представляет собой наиболее широкое по содержанию вещное право, дающее своему обладателю - собственнику, и только ему, - возможность осуществлять полное хозяйственное господство в отношении принадлежащего ему имущества.

Существующие правовые системы <1> отличаются в вопросах определения содержания права собственности, процедуры его возникновения и прекращения, тем не менее все они исходят из закрепления определенных правомочий за лицом, являющимся собственником вещи, а также установления правовых способов охраны прав и интересов собственника.

<1> К основным современным правовым системам относятся системы: романо-германская, общего права, мусульманская, индийская, правовые системы Дальнего Востока и Африки (см.: Давид Рене. Основные правовые системы современности. М., 1988).

Современное континентальное право исходит из неограниченности и неделимости права собственности, его сосредоточения в руках одного лица. В системе общего права полное право собственности (**full ownership**) признается только в отношении движимости. Что же касается недвижимости, то в отношении ее признаются лишь ограниченные титулы (**titles, estates**), поскольку традиционно "верховным собственником" земли может быть только суверен.

В российском гражданском праве собственность определяется через совокупность составляющих ее полномочий: собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом (ст. 209 ГК РФ).

Представляя собой основополагающее вещное право, право собственности влияет на возникновение других вещных прав, регулирующих правоотношения лиц, которые в отличие от собственников имеют лишь определенные полномочия в отношении имущества.

В российском гражданском законодательстве в качестве ограниченных вещных прав поименованы: право постоянного землевладения; право застройки; сервитут; право личного пользования; ипотека; право приобретения чужой недвижимой вещи; право вещной выдачи; право оперативного управления; право ограниченного владения земельным участком (ст. 216 ГК РФ).

Законодательство зарубежных стран оперирует и иными вещными правами, среди которых наиболее популярны залог <1> и права долгосрочного пользования чужой землей: сельскохозяйственной - для ее обработки (эмфитевзис) и городской - для возведения на ней строения (суперфиций).

<1> В российском законодательстве положения о залоге размещены в гл. 23 "Обеспечение исполнения обязательств" ГК РФ.

Исходным моментом при изучении права собственности и иных вещных прав в аспекте международного частного права является характеристика его субъектов и объектов.

В системе континентального права, в Российской Федерации собственниками имущества признаются лица, обладающие полным правом в отношении принадлежащего им имущества. Это физические лица, юридические лица, а также государство.

В системе общего права существует особый подход к содержанию и осуществлению полномочий собственника, что предполагает появление наряду с традиционными "полными" собственниками и иных

лиц, рассматриваемых в качестве обладателей права собственности.

Право собственности Англии и США состоит из различных правомочий, которые при разнообразных сочетаниях образуют многочисленные, совершенно самостоятельные "права собственности", основанные на многовековых традициях прецедентного права. Отношения лиц опосредуются в рамках сложной системы траста (англ. **trust** - доверие), при которой учредитель траста - собственник наделяет своими правами управляющего. Последний выступает в имущественном обороте в роли собственника и обязан отдавать полученный доход выгодоприобретателю (бенефициару), действуя в его интересах. С позиций общего права каждый из участников траста в определенном объеме обладает правомочиями собственника, т.е. признается субъектом права собственности.

Признание различными правовыми системами государства в качестве субъекта частноправовых отношений наряду с физическими и юридическими лиц определяет комплексный характер современного института права собственности. Установление порядка возникновения, способов, перехода, содержания, ограничения права собственности предполагает развитие гражданско-правового регулирования. В то же время отношения собственности с участием государства, а это такие широкомасштабные явления, как внешнеэкономические сделки, система государственных заказов, национализация, приватизация, инвестиционная деятельность, концессионные соглашения и др., наряду с частноправовым регулированием требуют разработки публично-правового регулирования. Действие преимущественно императивных норм публичного права не может быть проигнорировано при анализе международных частноправовых отношений собственности.

Традиционное понимание собственности основано на том, что в его основе лежит право собственности на материальные объекты. Однако современные научно-технические достижения потребовали более широкого подхода к определению понятия "объект собственности", юридического признания и законодательного закрепления новых объектов, участвующих в экономическом обороте. Увеличение перечня таких объектов стало возможным за счет включения в его состав "вещественных" объектов, к которым отнесены разного рода энергии и природное сырье, а также "невещественных" ("бестелесных") объектов, таких как права требования из разного рода ценных бумаг, обязательственные права и др.

К настоящему времени в одних странах права на современные объекты собственности законодательно закреплены и признаются за участниками хозяйственного оборота за редким исключением, в других странах права на эти объекты еще находятся на стадии доктринального исследования. В ряде государств в отношении "новых" вещественных объектов возможность осуществления права собственности категорически отвергнута законодателем.

Так, Германское гражданское уложение включает в понятие "вещь" материальные объекты, лишь подразделяя их на движимые и недвижимые. Швейцарский гражданский кодекс определяет сферу действия права собственности несколько шире, распространяя ее не только непосредственно на объект, но и на неотъемлемые его части, под которыми, согласно местным обычаям, понимаются необходимые элементы, неотделимые от объекта без риска его ухудшения, изменения, уничтожения, а также на плоды и доходы.

Согласно гражданскому законодательству Венгрии, Италии объектами права собственности могут стать практически любые движимые и недвижимые вещи, включая объекты природы, если они могут использоваться в качестве вещи при условии, что закон не предусматривает исключения.

Российское законодательство исходит из того, что в собственности граждан и юридических лиц могут находиться любые вещи, за исключением отдельных видов вещей, которые в соответствии с законом не могут им принадлежать. Количество и стоимость вещей, находящихся в собственности гражданина или юридического лица, не ограничиваются, за исключением случаев, когда такие ограничения установлены законом (ст. 213 ГК РФ). В состав государственной собственности входят вещи, принадлежащие на праве собственности Российской Федерации (федеральная собственность), и вещи, принадлежащие на праве собственности субъектам Российской Федерации - республикам, краям, областям, городам федерального значения, автономной области, автономным округам (собственность субъекта Российской Федерации) (ст. 214 ГК РФ).

Современная доктрина и практика большинства стран исходит из принципа предоставления иностранным субъектам и лицам без гражданства национального режима в отношении осуществления вещных прав. Однако в отношении земли национальными законами многих государств могут быть установлены и определенные ограничения. Если в законодательстве Германии, Франции, Великобритании, Португалии, Нидерландов, Бельгии и Люксембурга закреплено, что иностранцы могут владеть землей на равных основаниях с гражданами этих стран, то в законодательстве других государств присутствуют правила, направленные на ограничение их прав в отношении определенных земельных участков.

Так, действующий в Турции Закон 1982 г. N 2634 "О поощрении туризма" определяет, в частности,

использование объектов недвижимости иностранными инвесторами в туристических зонах. Министерство культуры и туризма Турции может сдавать в аренду объекты недвижимости турецким и иностранным физическим и юридическим лицам. Однако в соответствии с Законом N 442 "О сельских поселениях" и Законом 1934 г. N 2644 "О регистрации прав собственности" (в ред. 2003 г.) по решению Совета Министров права иностранных граждан на владение недвижимым имуществом могут быть ограничены в "охраняемых зонах культурного наследия и зонах развития туризма" в пользу турецких граждан. Ограничены права иностранцев и в приобретении земельных участков размером более 30 гектаров, для этого требуется разрешение Совета Министров Турции. Исключение из этого правила составляет наследование участка по закону. Если же наследование осуществляется по завещанию, то для иностранцев - наследников земельных участков более 30 гектаров требуется разрешение Совета Министров. Если разрешение не выдано, то право на владение землей свыше 30 гектаров аннулируется, взамен выплачивается денежная компенсация. "Географическое ограничение" на приобретение иностранцами недвижимости в Турции установлено Законом 1981 г. N 2565 "О военных запретных зонах и зонах безопасности", в соответствии с которым запрещается продажа, передача и сдача в аренду иностранным физическим и юридическим лицам недвижимого имущества, находящегося в военных запретных зонах и зонах безопасности.

По общему правилу иностранные физические лица и компании могут владеть землей в Мексике за исключением зоны отчуждения. Это, согласно ст. 27 Конституции Мексики, "земли или воды в зоне ста километров вдоль границы и в зоне пятидесяти километров вдоль пляжей страны". Приобретение иностранцем во владение земель в этой зоне возможно только при условии учреждения целевого фонда на срок не менее 50 лет и исключительно под контролем национального банка Мексики. Мексиканские компании со 100-процентным иностранным капиталом могут владеть собственностью непосредственно в "зоне отчуждения", но только нежилым фондом.

А вот земельные участки для сельскохозяйственных и лесохозяйственных целей иностранные компании приобрести не могут.

Целью Европейского сообщества является создание общей для всех стран-участниц программы отмены существующих ограничений; внутренний европейский рынок не должен иметь границ, препятствующих свободному движению товаров, лиц, услуг и капитала. Но все еще ограничены права иностранцев на приобретение земельных участков в приграничной зоне в Италии, Испании, Греции.

В Российской Федерации основные ограничения касаются прав собственности на землю. Так, согласно Федеральному закону от 24 июля 2002 г. N 101-ФЗ "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" 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. 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.

Помимо ограничений на землю российское законодательство также вводит существенные ограничения прав иностранных граждан и иностранных юридических лиц в области телевидения и теле-, видеопрограмм. Согласно Закону РФ от 27 декабря 1991 г. N 2124-1 "О средствах массовой информации" (в ред. 2013 г.) иностранный гражданин, лицо без гражданства и гражданин Российской Федерации, имеющий двойное гражданство, иностранное юридическое лицо, а также российское юридическое лицо с иностранным участием (если доля иностранного участия в уставном капитале составляет 50% и более), не вправе учреждать юридические лица, осуществляющие вещание на территории половины и более половины субъектов РФ либо на территории, на которой проживает половина и более половины численности населения России. Закон запрещает отчуждение долей (акций) учредителем теле-, радио-, видеопрограмм и каналов, если результатом сделки становится появление в уставном (складочном) капитале доли (вклада) иностранного участия, составляющей 50% и более.

Современное континентальное гражданское законодательство, в том числе и российское, рассматривает право собственности как объект купли-продажи, мены, дарения. Аналогичной позиции придерживаются и страны общего права, где понятие собственности охватывает не только материальные объекты, но и права требования.

Французский юрист Ренэ Саватье писал, что "реальные вещи выступают в юридической жизни только через посредство прав, которые осуществляются в отношении этих вещей, - это права вещные либо обязательственные... Каждое из этих прав может стать предметом сделки. С того момента, когда возникает возможность такой продажи, права становятся имуществом" <1>.

<1> Саватье Р. Теория обязательств. М., 1972. С. 53 - 54.

На практике объектами права собственности становятся документы, закрепляющие имущественные права (сервитуты, аренда и др.). Они используются в коммерческом обороте, становясь материальными объектами купли-продажи, залога и других рыночных операций. Никто не отрицает возможность передать по договору право распоряжения денежными средствами на банковском счете, права требования из договора, отказ от права наследования. Собственностью так называемого финансового характера становятся ценные бумаги и документы, удостоверяющие права на участие в хозяйственных обществах и товариществах (доли участия, паи, акции). К коммерческой собственности относятся товарораспорядительные документы (коносаменты, накладные и т.д.). А вот заключение договоров на использование имущественных прав не приводит к возникновению имущества как такового. Так, например, договор на предоставление лицензии на использование объектов интеллектуальной собственности предоставляет только право, а не непосредственно сами результаты или приравненные к ним средства индивидуализации.

Появление и дальнейшее развитие новых технологий поставило в настоящее время задачу разграничения права собственности и личных прав. Особенно остро эта проблема проявилась в сфере анализа прав на человеческие органы, ткани и другие части тела. В Соединенных Штатах Америки было признано, что весь этот человеческий материал составляет "отчуждаемую собственность", а патентование биотехнологических продуктов и процессов, созданных на основе человеческого генетического материала, является созданием имущества. При этом на практике встал вопрос о том, кто является обладателем прав на это имущество и выгодоприобретателем: донор человеческого материала или же создатель интеллектуальной собственности, полученной в результате научных исследований.

Первым разрешением такого рода спора стало решение Верховного суда Калифорнии в деле от 9 июля 1990 г. "Мур против регентов Калифорнийского университета". Пациент Джон Мур, больной лейкозом, прошел лечение в медицинском центре **UCLA** - больнице, расположенной на территории кампуса Калифорнийского университета в Лос-Анджелесе, штат Калифорния, под наблюдением доктора Дэвида У. Голда. В ходе лечения с его согласия у него удалили селезенку и неоднократно брали анализы. Из полученного биологического материала была создана клеточная линия, запатентованная в США. Мур подал иск против лечащего врача, регентов университета, Института генетики и компании **Sandoz Pharmaceuticals**, которые к тому времени стали эксклюзивными пользователями запатентованных объектов интеллектуальной собственности, о признании права собственности на клеточную линию и любую прибыль, полученную от ее использования. По решению суда в удовлетворении поданного иска было отказано на том основании, что вследствие отказа от права собственности на забираемый в ходе лечения клеточный материал у Мура не возникло права собственности на созданные препараты и полученную от их использования прибыль. В данном деле обращает на себя внимание тот факт, что в основу решения суда было положено отказ собственника от принадлежащего ему биологического материала. Если бы такого отказа получено не было, Мур, по всей вероятности, мог бы приобрести право на получение части прибыли от созданной на основе его биологического материала клеточной линии.

4.2. Коллизионное регулирование вещных прав

Разнообразные правовые системы в современном мире, неоднозначно трактующие основные понятия и содержание элементов института собственности, предопределяют сохранение главенствующей роли коллизионного регулирования. Для разрешения возможных конфликтных ситуаций неотложной задачей становится определение применимого права.

Однако прежде суд решает вопрос о своей компетенции в отношении рассмотрения вещного иска. Решение этого вопроса зависит от квалификации предмета спора в качестве движимой или недвижимой вещи. Если вещь признается недвижимостью, то разрешение возникших в отношении ее споров осуществляется исключительно судом по месту ее нахождения. Если же спорная вещь является движимостью, иск может быть рассмотрен и в иной юрисдикции.

Различия в национальных правовых системах имеют своим результатом отнесение в одних странах вещей к движимости, а в других - этих же вещей к недвижимости.

По законодательству Германии недвижимостью признаются земельные участки, включая их составные части, к которым относятся вещи, прочно связанные с землей (строения, деревья и т.д.). Если же связь с землей является временной, то вещь признается движимостью. Швейцарский гражданский кодекс содержит достаточно широкое определение недвижимости, в которое наряду с традиционной землей и ее недрами, зданиями и сооружениями, прочно связанными с землей, входят также "четко выраженные и постоянные права, занесенные в реестр недвижимости". К движимости же отнесены вещи, свободно перемещаемые с одного места в другое, и природные силы, поддающиеся контролю и не относящиеся к недвижимости (например, электроэнергия).

Английское международное частное право исходит из принципа, что предмет права собственности

подразделяется на движимое и недвижимое имущество, хотя в самих странах общего права согласия в отношении того, являются ли определенные вещи или права на них движимостью или недвижимостью, нет. Так, право ипотечного залогодержателя в Англии и в канадской провинции Онтарио признается недвижимостью, а в Новой Зеландии и в Австралии оно рассматривается как движимое <1>.

<1> Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982. С. 322.

Наряду с признанием компетенции суда на рассмотрение спора разрешение вопроса о квалификации вещей имеет и иное значение. Отнесение вещей к недвижимости означает особую форму установления права собственности и других вещных прав на них, а также специальный порядок совершения сделок. Это, как правило, письменная форма, нередко с нотариальным удостоверением и внесением сведений в государственный реестр недвижимого имущества. По российскому праву форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество (п. 4 ст. 1209 ГК РФ).оборот движимого имущества, напротив, освобождается от излишних формальностей, что ускоряет процесс совершения разного рода сделок с ним.

При рассмотрении судом спора возникает вопрос о выборе применимого права. Разработанный в Средние века в итальянской доктрине и ставший общим практически для всех стран принцип подчинения вещных прав праву места нахождения имущества закреплен в настоящее время в кодификациях Швейцарии, Чехии, Грузии, Австрии и законодательстве ряда других стран. В результате применения данного правила вещные права становятся легко распознаваемыми, а приобретатель защищается от риска признания совершенной сделки недействительной.

В странах общего права традиционной коллизионной привязкой для регулирования отношений собственности также считается закон места нахождения вещи. Споры в отношении недвижимости, и в первую очередь связанные с земельными участками, рассматриваются судом по закону места нахождения имущества как праву, свойственному договору.

Основным правилом российского законодательства для разрешения подобного рода коллизий также является закон места нахождения вещи: "Право собственности и иные вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится" (ст. 1205 ГК РФ). В ст. 1205.1 ГК РФ определена сфера действия права собственности и иных вещных прав, к которой отнесено, в частности, определение видов объектов вещных прав, в том числе принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам, оборотоспособность объектов вещных прав, виды и содержание вещных прав, их возникновение и прекращение, в том числе переход права собственности, осуществление и защита вещных прав.

Следует иметь в виду, что законодательство практически всех стран проводит разграничение между правом, применимым к определению содержания права собственности, и правом, подлежащим применению при разрешении вопроса о возникновении и прекращении вещных прав. Так, например, в Федеральном законе Австрии 1978 г. "О международном частном праве" указывается, что "приобретение и утрата вещных прав на материальные вещи, включая владение, определяются согласно праву того государства, в котором вещи находятся при завершении фактического обстоятельства, лежащего в основе приобретения или утраты" (§ 31 (1)).

Российское законодательство исходит из того, что в отношении недвижимого имущества правило о применении права места нахождения имущества в отношении как содержания, так и возникновения и прекращения прав носит императивный характер. В отношении же движимого имущества императивный характер этого правила ограничивается установлением содержания права собственности и иных вещных прав. Что же касается возникновения и прекращения права собственности и иных вещных прав на движимое имущество, допустимо для сторон договориться о праве, подлежащем применению к их сделке, без ущерба для прав третьих лиц (п. 3 ст. 1206 ГК РФ). Если такой договоренности не имеется, то право, подлежащее применению к возникновению и прекращению вещных прав на имущество, определяется в соответствии с п. 1 ст. 1206 ГК РФ, а именно: по месту нахождения имущества в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом (п. 1); по сделке, заключенной в отношении находящегося в пути движимого имущества, - по праву страны, из которой это имущество отправлено, если иное не предусмотрено законом (п. 2); по праву страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности, если спор возник в отношении возникновения права собственности и иных вещных прав на имущество в силу приобретательной давности (п. 4).

В качестве примера определения судом права, подлежащего применению к возникновению и прекращению вещных прав на имущество, можно обратиться к делу, рассмотренному в российском арбитражном суде.

Германская страховая компания обратилась в арбитражный суд с иском к российскому обществу с ограниченной ответственностью о признании права собственности на самодвижущийся автокран "Либхер" и об обязанности ответчика возратить его истцу. Поскольку хищение автокрана "Либхер", страховщиком которого выступал истец, произошло на территории ФРГ, суд при рассмотрении спора и разрешении вопроса о прекращении и возникновении права собственности на это имущество в силу положений ст. 1206 ГК РФ руководствовался нормами гражданского законодательства ФРГ <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

В особую категорию выделены воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания и космические объекты. Определение права, подлежащего применению к вещным правам на них, осуществляется по праву страны их регистрации (ст. 1207 ГК РФ).

Показательно применение ст. 1207 ГК РФ при рассмотрении в российском арбитражном суде спора между корейским акционерным обществом и российским обществом с ограниченной ответственностью о признании права собственности корейской компании на морское судно и внесении соответствующих изменений в Государственный судовой реестр Российской Федерации.

Судно, зарегистрированное в российском государственном судовом реестре, было арестовано в Корею и по решению окружного суда, принятого в интересах кредиторов российского общества - собственника судна, выставлено на аукцион, где и было приобретено истцом. В обоснование заявленных требований о возникновении у него права собственности на судно истец сослался на положения гражданского законодательства Кореи. Отказывая в удовлетворении заявленных требований, суд руководствовался, в частности, положениями ст. 1207 ГК РФ, предусматривающей применение права страны регистрации при разрешении вопросов о праве собственности на морские суда <1>.

<1> СПС "КонсультантПлюс".

Современная судебная практика признает, что вещь, правомерно приобретенная в собственность определенным лицом, сохраняется в его собственности и при изменении места нахождения вещи (это важно при признании права собственности на движимое имущество, приобретенное за границей). Однако следует иметь в виду, что, поскольку объем прав на объекты собственности определяется законом места их нахождения, то при перемещении этих объектов объем прав может измениться согласно законам соответствующих государств.

Потребность в определенности при реализации прав на имущество возникает и в процессе их перемещения для осуществления заключенной сторонами сделки. Если стороны в соглашении не оговорили иное, применимое право определяется в соответствии с коллизионными нормами национального законодательства. Применимым правом может быть право страны места назначения, так разрешен вопрос в законодательстве Италии, Швейцарии, а может - и места отправления имущества. Однако указанная норма не носит императивного характера: если стороны выбрали иной закон, то он подлежит применению. Исключение предусмотрено в отношении имущества, помещенного на склад или находящегося под секвестром в силу предварительных мер или вследствие принудительной продажи, - в данном случае в течение срока хранения или секвестра применяется закон того места, куда временно помещено имущество. Если же имущество составляет часть личных вещей пассажира, то оно подчинено его личному закону.

Весьма неоднозначно решается вопрос в отношении того, какой закон регулирует права на приобретаемую вещь, если непосредственно сделка по приобретению имущества совершается в государстве, отличном от того, где это имущество находится. В таких случаях возможно применение либо закона местонахождения вещи, либо личного закона собственника. При определении коллизионной привязки следует ориентироваться на положения доктрины и судебной практики соответствующих стран.

Рассмотрение имущественного спора национальным судом по национальному же закону имеет определенные преимущества, которые заключаются в несложности применения права для суда и предсказуемости результата, что немаловажно для тяжущихся сторон. Отход от данного принципа невозможен при разрешении конфликтов, связанных с землей в пределах государственных границ. Кроме удобства рассмотрения дела, определенные преимущества выбора этого принципа связаны и с наименьшими проблемами исполнения вынесенного судом решения.

Тем не менее доктрины многих стран в случае возникновения вещных споров обращаются при определении применимого права к личному закону собственника (**lex personalis**). Правовые системы США и Великобритании все чаще отдают предпочтение принципу, согласно которому права на недвижимость не могут быть разрешены надлежащим образом без обращения к личному закону. В ряде случаев применение коллизионной привязки **lex rei sitae** становится в принципе невозможной. Так, не применяется

закон места нахождения имущества в случае разрешения спорных вопросов об имуществе иностранного предприятия и его филиалов. По общему правилу право собственности на имущество компании - иностранного филиала определяется личным законом компании (**lex incorporations**), а не законом местонахождения его отдельных подразделений.

Если возникает потребность разрешения вопросов, касающихся комплекса вещных и обязательственных прав, "исключительных прав", более приемлемым становится применение личного закона собственника или же ориентация на волеизъявление участников правоотношений (**lex voluntatis**), однако в последнем случае законом могут быть установлены определенные ограничения.

Наиболее наглядно эта тенденция прослеживается при разрешении имущественных конфликтов в наследственной и семейной сфере, поскольку в содержательном плане институты наследования и брачного имущества являются производными от права собственности.

Регулирование правопреимства в случае смерти личным законом наследодателя на момент его смерти типично для правовых систем многих государств. В частности, в Гражданском кодексе Греции присутствует классическая формулировка: "Наследственные отношения определяются по праву государства, гражданином которого являлся наследодатель на момент своей смерти". Не намного свободнее сформулировано положение о правопреимстве в ст. 25 Вводного закона 1896 г. к ГГУ, согласно которой наследование регулируется законом страны, гражданином которой являлся умерший гражданин на момент его смерти. Что же касается недвижимого имущества, расположенного в пределах страны, наследодатель может в форме завещательного распоряжения выбрать немецкое право.

Однако появляются и более "либеральные" привязки. Так, согласно ст. 46 Закона от 31 мая 1995 г. N 218 "Реформа итальянской системы международного частного права" наследодатель вправе посредством заявления, сделанного в форме завещания, подчинить все имущество, являющееся предметом наследования, действию права страны, на территории которой он пребывает, при условии, что на момент смерти он находился на территории соответствующего государства и такой выбор не затрагивает прав, которыми итальянское законодательство наделяет в отношении наследуемого имущества наследников, пребывающих на территории Италии на момент смерти наследодателя. В то же время раздел наследуемого имущества может регулироваться не правом страны, применимым к наследованию, а правом страны места открытия наследства или правом страны места нахождения одной или нескольких вещей из состава наследуемого имущества, если наследники договорились об этом.

Российское коллизионное регулирование отношений по наследованию отличается расщеплением наследственного статута. Квалификация имущества на движимое и недвижимое и закрепление коллизионных норм, применимых к вещным правам, обусловили определение наследственного статута недвижимого имущества по праву страны, где находится это недвижимое имущество, а движимого имущества - по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства (ст. 1224 ГК РФ).

Личный закон не может быть проигнорирован при разрешении семейных имущественных конфликтов. Например, в соответствии с положениями Вводного закона к Гражданскому кодексу Бразилии режим брачного имущества, законный или договорный, подчиняется закону страны, в которой вступающие в брак имеют место жительства, и, если оно является различным, закону страны первого супружеского места жительства.

Аналогичное правило закреплено и в Семейном кодексе РФ: личные имущественные права супругов определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства, при отсутствии совместного места жительства - законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства. Имущественные права супругов, не имевших совместное местожительство, определяются на территории РФ российским законодательством (п. 1 ст. 161).

4.3. Унификация и гармонизация норм международного частного права по вопросам собственности

Сохраняющиеся различия в регулировании вещных правоотношений предопределяют доминирующее положение коллизионных норм национального права. Международное сообщество предпринимает инициативы по унификации коллизионных и материальных норм, регламентирующих отдельные аспекты права собственности, а также гармонизации законодательства.

Большая работа в этой сфере осуществляется международными организациями, занимающимися проблемами международного частного права. Среди них наиболее известны Гаагские конференции по МЧП, Международный симпозиум по Кодексу Бустаманте, Всемирная торговая организация (ВТО), Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА), Международная торговая палата, Конференция ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД), Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

Унификация норм международного частного права предполагает создание единых, приемлемых для всех стран материальных и коллизионных норм регулирования. В сфере вещных правоотношений всеобъемлющих и универсальных конвенций, унифицирующих все аспекты права собственности, на сегодняшний день не имеется. Унификация законодательства проводится в отдельных, наиболее значимых областях развития имущественных отношений и отражает по существу пути разрешения наиболее актуальных на момент выработки международных соглашений проблем.

В Гагской конвенции о праве, применимом к переходу права собственности при международной купле-продаже товаров (материальных движимых вещей), 1958 г. сформулированы самостоятельные коллизионные привязки для решения вопроса о переходе права собственности и риска случайной гибели вещи: вещное право лежит в основе определения прав лица, заявляющего право собственности на проданную вещь, и обязательственный статут - в разрешении вопросов о моменте перехода риска в договорах купли-продажи.

Гагская конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, 1978 г. содержит коллизионные привязки, позволяющие определить право, регулирующее режим супружеской собственности вне зависимости от изменения гражданства супругов или места их постоянного проживания.

Гагская конвенция о праве, применимом к наследованию имущества умерших людей, 1989 г. содержит коллизионные нормы о форме распоряжения имуществом после смерти, способности распоряжаться имуществом после смерти, об общей собственности супругов, имущественных правах, интересах и активах, созданных или переданных иначе, чем по наследству, например по договору о совместной собственности с правом проживания, пенсионному или страховому контракту и др.

Особое место в унификации права собственности занимают конвенции, посвященные регулированию правоотношений, связанных с культурными ценностями. Это Конвенция о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 г., Конвенция об охране Всемирного культурного и природного наследия от 16 ноября 1972 г., Европейская конвенция о правонарушениях в отношении культурных ценностей от 23 июня 1985 г., Конвенция УНИДРУА по похищенным или незаконно вывезенным культурным ценностям от 24 июня 1995 г., Соглашение стран СНГ о вывозе и ввозе культурных ценностей от 28 сентября 2001 г.

Целями указанных международных соглашений в широком смысле являются защита культурного достояния: сохранение памятников, имеющих важное историческое значение для будущего поколения; организация культурного диалога между народами; инвестирование в памятники как материальные ценности; развитие глобального рынка искусства и антиквариата; содействие научному диалогу между учеными разных стран; стимулирование культурного обмена; противодействие хищениям и незаконной торговле культурными ценностями.

Изучение института собственности традиционно сопровождается обращением к инвестиционному законодательству. Основной вопрос, который волнует иностранного инвестора, - это сохранность вложенных в иностранную экономику средств. Ясно поэтому, что активное инвестирование обусловлено наличием правовых гарантий, установленных международными соглашениями. В настоящее время такие гарантии предусмотрены заключаемыми государствами двусторонними соглашениями о поощрении и взаимной защите инвестиций <1>.

<1> Более подробно об иностранных инвестициях см. п. 4.6 настоящей главы.

Целью гармонизации права, в том числе и по вопросам собственности, является сближение национальных правовых систем. Наиболее эффективна гармонизация, осуществляемая в рамках деятельности международных организаций. Это разработка типовых и модельных законов, типовых регламентов, общих условий поставок. Применение такого рода документов возможно по общему правилу при наличии ссылки на них в контракте, поскольку они не являются правовыми нормами, а представляют собой лишь элементы типового контракта.

Среди наиболее востребованных гармонизаций на сегодня - Правила ИНКОТЕРМС, которые рассматривают момент перехода права собственности и момент перехода риска как самостоятельные категории и определяют их без использования коллизионных принципов посредством унифицированного материально-правового регулирования. При этом момент перехода права собственности не учитывается вообще; значение имеет только установление момента перехода риска.

Гармонизация в рамках Европейского союза означает создание общих стандартов, при этом согласование, как правило, не является универсальным, скорее частичным. Принимаемые ЕС Директивы регулируют отдельные вопросы применительно к конкретным обстоятельствам.

Образцом такой гармонизации в отношении весьма специфического права собственности - права дробной собственности стала Директива N 2008/122/ЕС, разработанная для "защиты интересов

потребителей в отношении некоторых аспектов таймшера, долгосрочного отпуска продукции, продажи и обмена" и принята Европейским парламентом в Страсбурге 22 октября 2008 г.

Другим примером может служить Директива ЕС N 93/7/ЕЭС 1993 г. о возвращении незаконно вывезенных культурных ценностей из одного государства - члена ЕС в другое.

Определенной попыткой создать единообразное регулирование в вопросах выбора применимого права при рассмотрении в том числе и имущественных споров стало принятие Регламента Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. N 593/2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам ("Рим I"). Регламент устанавливает на территории государств - членов Европейского сообщества и Европейского союза единообразные правила "конфликта законов" - коллизионные нормы, определяющие, законодательство какого государства (не обязательно члена ЕС) должно применяться, если правоотношение содержит иностранный элемент и, соответственно, может регулироваться правом разных стран. Так, согласно п. "с" ст. 4 Регламента договор, имеющий предметом вещное право на недвижимое имущество или аренду недвижимого имущества, регулируется правом страны, где находится недвижимое имущество; в то же время договор аренды недвижимого имущества, заключенный с целью временного личного пользования на срок не более шести последовательных месяцев, регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства собственник, при условии, что арендатором является физическое лицо, имеющее свое обычное место жительства в той же самой стране <1>.

<1> О Регламенте ЕС "Рим I" более подробно см. т. 1 настоящего учебника, с. 154.

Однако, несмотря на растущую популярность процессов унификации и гармонизации права, деятельность международных организаций, международное частное право, включая его центральный институт - институт собственности, остается противоречивой, пробельной и сложной отраслью права. Современные государства не спешат вносить принципиальные изменения в свое законодательство в целях сближения его с правом других государств или с международным правом.

4.4. Государственная собственность за рубежом

Специфическим объектом регулирования в международном частном праве является имущество государства, находящееся за рубежом. В состав зарубежного государственного имущества могут входить: недвижимость, акции, ценные бумаги, доли и паи в юридических лицах, морские и воздушные суда, экспортные товары и т.д.

В отличие от имущества иностранных физических и юридических лиц, которое подчиняется юрисдикции страны места нахождения имущества и пользуется за рубежом национальным режимом за некоторыми изъятиями, зарубежное государственное имущество наделено особым статусом. Правовое положение государственной собственности за рубежом определяется внутренним национальным законодательством, правом страны места нахождения имущества и международными договорами. Непосредственно национальное законодательство определяет, какие государственные органы осуществляют управление этой собственностью, кто правомочен принимать решения о ее приобретении или отчуждении, сдаче в аренду и т.п. Порядок и условия приобретения за границей имущества по общему правилу подчиняется законодательству страны места нахождения имущества, однако в определенных случаях он устанавливается международными договорами (размещение дипломатических миссий).

Государственная собственность пользуется за границей особым режимом - иммунитетом собственности государства, который определяется международным правом и законодательством государства места нахождения собственности. Наибольшее распространение имеет в настоящее время признание функционального иммунитета государства, что означает отказ от безусловного иммунитета собственности иностранного государства и от связанной с ним доктрины акта государства <1>. Именно такой подход к разрешению вопросов, связанных с иммунитетом государства, закреплен в международных конвенциях: Европейской конвенции об иммунитете государств от 16 мая 1972 г. <2> и Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности от 2 декабря 2004 г. <3>. В обеих Конвенциях закреплен принцип необходимости явно выраженного согласия иностранного государства на предъявление к нему иска, принудительное исполнение судебного решения или принятие обеспечительных мер в отношении его имущества. Другими словами, отказ от этих видов иммунитета должен явно следовать из самостоятельного волеизъявления государства. Подписание государством международного договора, соглашения с частным лицом, где предусмотрено согласие на иностранную юрисдикцию, если иное не установлено сторонами, означает, согласно положениям конвенций, только согласие на судебное разбирательство в иностранном суде.

<1> Доктрина акта государства исходит из запрета судам обсуждать законность актов иностранного государства и принимать решение об их недействительности.

<2> В настоящее время в ней участвуют Австрия, Бельгия, Великобритания, Германия, Кипр, Люксембург, Нидерланды, Португалия, Швейцария.

<3> Россия подписала Конвенцию во исполнение распоряжения Правительства РФ от 27 октября 2006 г. N 1487-р. В настоящее время Конвенция в силу не вступила.

Национальное законодательство может определять зарубежную государственную собственность в качестве самостоятельного объекта управления. Так разрешен вопрос в Законе Республики Узбекистан от 31 октября 1990 г. "О собственности в Республике Узбекистан".

В США вопросами управления зарубежной недвижимостью занимается Департамент по операциям с зарубежной государственной недвижимостью (Department of State Overseas Buildings Operations), действующий в соответствии с Актом об иностранной недвижимости 1926 г. (Foreign Buildings Act of 1926) и Актом об иностранной помощи 1961 г. (Foreign Assistance Act of 1961).

Зарубежная собственность может не расцениваться в качестве объекта управления, требующего специального регулирования, однако и в этом случае законодатель специально упоминает о ней, устанавливая общие принципы управления государственной собственностью, соблюдение которых вменяется в обязанность специально уполномоченному органу. Так, например, разрешен вопрос о регламентации управления государственной собственностью в Норвегии, составляющей порядка 2,6 млн. кв. м жилой площади в Норвегии и за рубежом, среди которых государственные и культурные здания, колледжи и общественные здания администрации, королевские здания, посольства и дипломатические резиденции.

Регламентация вопросов управления государственной собственностью на уровне специального закона разрешена в Республике Туркменистан, где в марте 2010 г. был принят Закон "О государственной собственности Туркменистана за рубежом". Этот правовой акт устанавливает организационную и правовую основу управления государственной собственностью Туркменистана, находящейся за рубежом, защиты этой собственности, создания и функционирования системы учета и регистрации объектов зарубежной собственности, организации контроля за эффективностью ее использования. В нем также определяются полномочия органов исполнительной власти, представляющих Туркменистан при заключении международных договоров в отношении собственности Туркменистана, находящейся за рубежом. Закон состоит из статей, которые отражают государственно-правовые (полномочия государственных органов), частноправовые (распоряжение имуществом) и международно-правовые (иммунитет государства) направления правовой деятельности Туркменистана на международной арене.

В Российской Федерации регламентация вопросов, связанных с управлением зарубежной государственной собственностью, осуществляется отдельными правовыми актами, среди которых в настоящее время наиболее значимыми являются:

- Постановление Правительства РФ от 5 января 1995 г. N 14 "Об управлении федеральной собственностью, находящейся за рубежом" (изменения, внесенные Постановлением Правительства РФ от 18 сентября 1995 г. N 929, вступили в силу с 18 сентября 1995 г.);

- Постановление Правительства РФ от 12 декабря 1995 г. N 1211 "Об инвентаризации собственности Российской Федерации, находящейся за рубежом";

- Указ Президента РФ от 29 июня 1998 г. N 733 "Об управлении федеральной собственностью, находящейся за границей";

- Постановление Правительства РФ от 3 сентября 1998 г. N 1025 "Об утверждении плана мероприятий по повышению эффективности использования государственного имущества Российской Федерации, находящегося за границей";

- Указ Президента РФ от 23 октября 2000 г. N 1771 "О мерах по улучшению использования расположенного за пределами Российской Федерации федерального недвижимого имущества, закрепленного за федеральными органами исполнительной власти и их представительствами, другими государственными органами Российской Федерации и государственными организациями";

- Постановление Правительства РФ от 14 января 2002 г. N 10 "Об утверждении порядка отчуждения федерального недвижимого имущества, расположенного за пределами Российской Федерации".

Согласно действующему российскому законодательству федеральное имущество за рубежом, предназначенное для осуществления публичных целей и пользующееся иммунитетом, передано в оперативное управление Министерства иностранных дел РФ и Министерства экономического развития и торговли РФ. Имущество, предназначенное для осуществления коммерческой деятельности, передано в хозяйственное ведение специально созданного Управлением делами Президента РФ федерального государственного унитарного предприятия "Госзагрансобственность". Доходы от коммерческого использования зарубежной собственности после уплаты платежей и отчислений, установленных

законодательством Российской Федерации и государства, в котором расположено недвижимое имущество, должны направляться на содержание и эксплуатацию этого недвижимого имущества, капитальный и текущий ремонт и другие расходы, обеспечивающие надлежащее состояние объектов федерального недвижимого имущества, за исключением строительства новых объектов.

Принятие решений о совершении таких юридически значимых действий в отношении зарубежного федерального имущества, как купля-продажа, мена, залог, дарение, изъятие, отнесено к компетенции Правительства РФ. Передача имущества в аренду осуществляется государственными предприятиями и учреждениями, на балансе которых это имущество закреплено, самостоятельно (на срок до одного года), либо с разрешения полномочного государственного органа - Федерального агентства по управлению государственным имуществом (ФАУГИ) (на срок от одного года до пяти), либо по решению Правительства РФ (на срок свыше пяти лет). Порядок участия Российской Федерации в зарубежных юридических лицах также строго регламентирован: в качестве вклада в уставный капитал запрещено вносить являющиеся собственностью государства акции (паи, доли) находящихся на территории иностранных государств юридических лиц. Таким вкладом может быть только находящееся за рубежом имущество, высвобождаемое для коммерческого использования.

4.5. Защита вещных прав

Содержание права собственности раскрывается посредством применения различных способов защиты прав, которыми располагает собственник и которыми он может воспользоваться, от иных лиц. Традиционно в странах континентального права для защиты прав собственника используются виндикационный и негаторный иски. Помимо этого собственник может воспользоваться деклараторным иском - требованием о признании своего права. Владелец иного вещного права может предъявить владельческий (посессорный) иск.

Особенностью стран общего права является защита права собственности отдельными исками. В отношении собственности это преимущественно иски, связанные с нарушением владения недвижимостью (завладение землей, вторжение в частное жилище либо на частную территорию и др.). Право на защиту движимости также возникает в силу нарушения владения. Под такое нарушение подпадает, например, насильственное удержание чужих объектов собственности.

Российское законодательство в перечень способов защиты вещных прав включает: истребование вещи из чужого незаконного владения (виндикационный иск, ст. 301 ГК РФ); устранение нарушений вещного права, не связанных с лишением владения (негаторный иск, ст. 304 ГК РФ).

Как в континентальном, так и в общем праве при защите вещных прав существует возможность применения законного ограничения - принципа защиты прав добросовестного приобретателя.

Зарубежное законодательство разделяет вопросы добросовестного приобретения прав на движимое и недвижимое имущество. Виндикация недвижимого имущества не ограничена, виндикация движимого имеет определенные пределы. Защита прав в сфере недвижимости, таким образом, носит абсолютный характер, в сфере движимости, напротив, во главу угла поставлен принцип максимального содействия хозяйственному обороту.

Иначе урегулированы вопросы истребования вещи у добросовестного приобретателя по российскому законодательству, в котором не проводится различия между виндикацией движимого и недвижимого имущества: в виндикации любой вещи может быть отказано в пользу добросовестного приобретателя (ст. 302 ГК РФ).

Обращению в суд за защитой нарушенных вещных прав предшествует определение суда, компетентного рассматривать спор. Сформулированное в результате рассмотрения множества дел и ставшее общим практически для всех стран правило сводится к тому, что суд не компетентен рассматривать любой иск о праве собственности, владении либо возмещении ущерба за причинение вреда в отношении любого недвижимого имущества, расположенного за пределами территориальной юрисдикции. Это правило зафиксировано и в нормах международных соглашений относительно порядка определения компетентного суда по рассмотрению имущественных споров, в частности, в Соглашении стран СНГ от 20 марта 1992 г. "О порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности", Луганской конвенции о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и коммерческим делам 1988 г., Регламенте Совета ЕС от 22 декабря 2000 г. N 44/2001 о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам и др.

Выбор юрисдикции при рассмотрении трансграничных споров в отношении материального движимого имущества менее строг. Помимо многочисленных оснований, позволяющих признать надлежащей компетенцию суда при рассмотрении спора в отношении движимости и обратиться к нему с соответствующим иском, допустимо заключение пророгационного соглашения. Исключением из этих

правил могут стать только отдельные дела, отнесенные законом к исключительной компетенции национального суда. Таковыми, например, на сегодня повсеместно признаются иски о действительности и регистрации прав интеллектуальной собственности.

Современный международный гражданский процесс определяет компетенцию национального суда на рассмотрение имущественных споров с участием иностранного элемента, устанавливая перечень критериев, при наличии которых суд может принять иск к рассмотрению:

а) установление подсудности по признаку гражданства сторон или стороны в деле (использование этого признака в качестве основного характерно для стран, которые в коллизионных вопросах исходят из критерия гражданства);

б) установление подсудности по признаку места жительства ответчика, т.е. применение начала **actor sequitur forum rei** (широко распространенный принцип, играющий во многих странах роль основного критерия);

в) личное присутствие ответчика или наличие принадлежащего ему имущества на территории данного государства и вытекающая отсюда фактическая возможность привлечения его к судебной ответственности в данной стране и (или) наложения взыскания на его имущество в данной стране;

г) место нахождения спорной вещи;

д) какая-либо иная связь спорного дела с территорией данного государства: местожительство истца, место причинения ущерба (по деликтам), место исполнения договора <1>.

<1> См.: Лунц Л.А., Марышева Н.И. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002. С. 813.

Применение иных критериев также возможно, хотя на практике они встречаются значительно реже.

Одной из немногих стран, определяющих компетенцию национального суда на рассмотрение имущественных споров наряду с использованием традиционных критериев также и путем установления пределов признания иностранной юрисдикции, является Перу: согласно ст. 2060 Гражданского кодекса Перу 1984 г. выбор иностранного суда или распространение юрисдикции в его пользу для рассмотрения дел, вызванных предъявлением исков имущественного характера, признаются, если только они не охватывают споры, подпадающие под перуанскую исключительную юрисдикцию, не составляют злоупотребления правом и не противоречат публичному порядку Перу.

Выбор суда, компетентного рассматривать транснациональный имущественный спор, так же как определение права, применимого к спорным отношениям, является весьма непростой задачей, влекущей серьезные последствия для сторон. К примеру, по личному закону корпорации определяется состав имущества компании, которым она может обладать на праве собственности, ограничения в отношении распоряжения активами. Что же касается споров в отношении акций компании, то это может быть или закон инкорпорации, или место ведения реестра, однако последнее может измениться, если акции котируются на фондовых биржах. Отсутствие четких критериев определения компетенции суда в законодательстве ряда стран и возможность вследствие этого применения различных принципов при выборе суда нередко приводит к потенциальной манипуляции со стороны крупных компаний в определении места рассмотрения спора и выбора применимого права. От того, насколько "удачен" окажется этот выбор, зависит и решение суда относительно того, что компания может иметь в собственности, каковы ее возможности свободного распоряжения активами.

Особую категорию составляют споры, возникшие из частноправовых отношений касательно собственности с участием государств: компенсационные соглашения, концессионные договоры, соглашения о разделе продукции, сервисные соглашения, отношения с иностранными инвесторами и др. Серьезные проблемы возникают и в случае разрешения конфликтов, связанных с национализацией и приватизацией, осуществляемой государствами.

Для устранения наиболее острых противоречий в отношениях между государством и иностранными инвесторами создана система международных правоприменительных органов по рассмотрению споров - Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), созданный в соответствии с Вашингтонской конвенцией об урегулировании инвестиционных споров между государством и лицом другого государства 1965 г.; Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций (МИГА), созданное в соответствии с Конвенцией о международном агентстве по страхованию инвестиций, заключенной в Сеуле в 1985 г.

По соглашению сторон такого рода споры рассматривают и известные международные коммерческие арбитражи (Арбитражный суд при Международной торговой палате (Париж), Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма (ТПС) и др.

Что касается межгосударственных имущественных споров, то их рассмотрение отнесено к компетенции международных органов. Так, разногласия, в том числе и имущественного характера, между бывшими республиками Югославии были разрешены специально созданной Международной арбитражной

комиссией, задачей которой было дать разъяснения отдельных юридических аспектов, связанных с распадом Югославской Федерации.

Порядок разрешения имущественных споров между республиками бывшего Советского Союза урегулирован путем заключения многостороннего Соглашения о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности от 9 октября 1992 г. в Бишкеке. Статьей 17 Соглашения установлено, что споры между Сторонами относительно толкования и применения норм настоящего Соглашения разрешаются путем взаимных консультаций и переговоров на различных уровнях, а если спор не может быть урегулирован таким путем, то по требованию одной из Сторон он передается на решение Экономического суда Содружества Независимых Государств.

К примеру, 18 апреля 2008 г. Коллегией Экономического суда СНГ был разрешен спор между Российской Федерацией и Республикой Казахстан о праве собственности на имущественный комплекс санатория "Узень", расположенный на российской территории. Решением суда был установлен факт финансирования строительства санатория за счет средств казахстанского предприятия и рекомендовано сторонам урегулировать права Республики Казахстан на имущественный комплекс посредством заключения соответствующего международного соглашения.

4.6. Иностранные инвестиции

4.6.1. Российское законодательство об иностранных инвестициях

Под **иностранными инвестициями** принято понимать иностранный капитал в денежной или имущественной форме, переведенный из одной страны в другую страну и вложенный в этой другой стране в предприятие (дело) с целью получения прибыли.

Центральным в системе нормативных актов, регулирующих иностранные инвестиции, является Федеральный закон от 9 июля 1999 г. N 160-ФЗ "Об иностранных инвестициях в Российской Федерации" с последующими изменениями <1> (далее - ФЗИИ), отменивший ранее действовавший Закон РСФСР от 4 июля 1991 г. "Об иностранных инвестициях в РСФСР".

<1> Последние изменения внесены Федеральным законом от 6 декабря 2011 г. N 409-ФЗ, вступившим в действие 1 апреля 2013 г.

Основополагающий характер ФЗИИ определяется тем, что он:

- содержит законодательное определение понятий иностранных инвестиций, прямых иностранных инвестиций, иностранного инвестора, коммерческой организации с иностранными инвестициями;
- закрепляет принцип национального режима в отношении деятельности по осуществлению иностранных инвестиций;
- устанавливает систему гарантий прав иностранных инвесторов.

Остальные нормативные акты относятся к числу источников законодательства об иностранных инвестициях исключительно в силу наличия в них небольшого числа норм, устанавливающих ограничения прав иностранных инвесторов по осуществлению вложений капитала в те или иные отрасли российской экономики, либо, напротив, вводящих для них льготы публично-правового характера, не предусмотренные для российских инвесторов (например, таможенные льготы).

Особое место в ряду источников законодательства об иностранных инвестициях занимают Федеральный закон "О банках и банковской деятельности" и Федеральный закон "Об организации страхового дела в Российской Федерации", поскольку ФЗИИ прямо отказывается от регулирования вложений иностранного капитала в кредитные и страховые организации, объявляя это прерогативой законодательства о банковской деятельности и о страховой деятельности соответственно.

Однако легальная дефиниция термина "иностранная инвестиция" содержится только в ст. 2 ФЗИИ: "Иностранная инвестиция - вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, если такие объекты гражданских прав не изъяты из оборота или не ограничены в обороте в Российской Федерации в соответствии с федеральными законами, в том числе денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и валюте Российской Федерации), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации...".

Иностранные инвестиции подразделяются на **прямые инвестиции** и **портфельные инвестиции**.

Прямые иностранные инвестиции преследуют целью не только участие в прибылях данного предприятия, но и **приобретение права участия в управлении предприятием**.

Портфельные иностранные инвестиции не преследуют целью установление контроля над деятельностью предприятия и выражаются в приобретении ценных бумаг, не дающих такого права (облигации, привилегированные акции, небольшие пакеты голосующих акций).

ФЗИИ определяет три основные правовые формы, в которых может осуществляться прямая иностранная инвестиция:

- 1) приобретение не менее 10% доли (вклада) в уставном (складочном) капитале созданных или вновь создаваемых в Российской Федерации коммерческих организаций;
- 2) вложения в основные фонды филиала иностранного юридического лица;
- 3) лизинг на территории РФ оборудования, указанного в разд. XVI и XVII Товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности СНГ, таможенной стоимостью не менее 1 млн. рублей (если иностранный инвестор выступает в качестве арендодателя).

Коммерческие организации с иностранными инвестициями могут создаваться в форме хозяйственных товариществ и обществ, иными словами, в одной из следующих пяти организационно-правовых форм предпринимательской деятельности:

- 1) полное товарищество;
- 2) товарищество на вере;
- 3) общество с ограниченной ответственностью;
- 4) общество с дополнительной ответственностью;
- 5) акционерное общество (открытое или закрытое).

Статус коммерческой организации с иностранными инвестициями российская коммерческая организация приобретает со дня вхождения в состав ее участников иностранного инвестора и утрачивает со дня выхода последнего иностранного инвестора из состава ее участников. С этого дня на нее более не распространяются правовая защита, гарантии и льготы, предусмотренные ФЗИИ.

Создание филиала иностранного юридического лица, т.е. обособленного подразделения, выполняющего все или часть его функций, происходит в форме **аккредитации** филиала в федеральном органе исполнительной власти, ответственном за координацию привлечения прямых иностранных инвестиций в экономику Российской Федерации. В аккредитации филиала может быть отказано в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

В положении о филиале иностранного юридического лица требуется указывать величину стоимостной оценки вложения капитала в основные фонды филиала и сроки вложения (ст. 22 ФЗИИ) - некий аналог уставного капитала, призванный гарантировать права российских кредиторов, чего для филиалов российских юридических лиц не требуется.

Что касается лизинга как формы прямых иностранных инвестиций, то в мировой практике действительно сложилось понятие "**прямые иностранные инвестиции, не связанные с участием в уставном капитале**" (**non-equity direct investments**). Юридической формой таких инвестиций может быть любой средне- или долгосрочный гражданско-правовой договор, связанный с предоставлением одной стороной - иностранным инвестором другой стороне - предприятию в стране-реципиенте инвестиций имущественных ценностей (например, оборудования по договору международного лизинга) и (или) права использования интеллектуальных ценностей (например, в рамках лицензионного договора) при наличии следующих условий:

- вознаграждение стороны, осуществляющей наиболее характерное для данного договора предоставление (лизингодателя, лицензиара), определено не фиксированной суммой, а в качестве процента от дохода или прибыли, полученных от использования вышеуказанных ценностей (либо в виде части произведенной продукции);

- осуществление иностранным инвестором контроля за надлежащим использованием своих инвестиций, в том числе и через органы управления предприятием, на котором осуществляется данный инвестиционный проект (например, в качестве доверительного управляющего).

Таким образом, ФЗИИ механически приравнивает сдачу в финансовую аренду некоторых видов дорогостоящего оборудования к осуществлению прямых иностранных инвестиций, даже не пытаясь соотнести лизинг оборудования с участием иностранного инвестора в прибылях и убытках от его использования.

В международной практике привлечения и защиты иностранных инвестиций в качестве формы "прямых иностранных инвестиций, не связанных с участием в уставном капитале", рассматриваются и вложения иностранного капитала в рамках **соглашений о разделе продукции**, которые в Российской Федерации регулируются Федеральным законом от 30 декабря 1995 г. N 225-ФЗ "О соглашениях о разделе продукции".

Соглашение о разделе продукции - это договор, в соответствии с которым Российская Федерация предоставляет субъекту предпринимательской деятельности на возмездной основе и на определенный

срок исключительные права на поиски, разведку, добычу минерального сырья на участке недр, указанном в соглашении, и на ведение связанных с этим работ, а инвестор обязуется осуществить проведение указанных работ за свой счет и на свой риск (ст. 2 Федерального закона "О соглашениях о разделе продукции"). Добытая на основании такого соглашения продукция делится между инвестором и государством следующим образом:

- **компенсационная продукция** передается в собственность инвестора для возмещения его затрат на выполнение работ по соглашению;

- **прибыльная продукция** (т.е. произведенная продукция минус компенсационная и та часть продукции, стоимостный эквивалент которой используется на уплату налога на добычу полезных ископаемых) делится между государством и инвестором в порядке, определенном соглашением о разделе продукции.

При этом при выполнении соглашения применяется особый порядок исчисления и уплаты налогов.

В соответствии с Федеральным законом "О соглашениях о разделе продукции" в рамках соглашений о разделе продукции могут осуществляться инвестиции не только иностранных, но и российских инвесторов.

Прямые иностранные инвестиции вкладываются в российскую экономику **иностранными инвесторами**, к которым в ФЗИИ относятся иностранные юридические лица; иностранные организации, не являющиеся юридическими лицами; иностранные граждане; лица без гражданства, постоянно проживающие за пределами Российской Федерации; иностранные государства в соответствии с порядком, определяемым федеральными законами; международные организации, которые вправе в соответствии с международным договором Российской Федерации осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации.

Правовое регулирование деятельности иностранных инвесторов по инвестированию в российскую экономику основывается на принципе национального режима. Это означает, что 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 (ст. 4 ФЗИИ). Иными словами, иностранные инвесторы пользуются такими же правами и несут те же обязанности при осуществлении инвестиционной деятельности, что и российские инвесторы, а ограничения их прав могут быть установлены только федеральными законами.

Изъятия из принципа национального режима могут быть **ограничительного и стимулирующего характера**.

Согласно ст. 4 ФЗИИ, изъятия ограничительного характера для иностранных инвесторов могут быть установлены федеральными законами только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

К изъятиям ограничительного характера относятся установленные федеральными законами ограничения допуска иностранного капитала в ряд отраслей и видов деятельности на территории Российской Федерации.

Наиболее разработанным с правовой точки зрения является режим допуска иностранных инвестиций в банковскую сферу.

Деятельность иностранных инвесторов в банковской сфере допускается в форме создания юридического лица российского права - кредитной организации с иностранными инвестициями либо в форме открытия филиала иностранного банка. Свобода учреждения таких организаций ограничена **квотой участия иностранного капитала в банковской системе РФ**, под которой понимается отношение суммарного капитала, принадлежащего нерезидентам в уставных капиталах кредитных организаций с иностранными инвестициями, и капитала филиалов иностранных банков к совокупному уставному капиталу всех кредитных организаций, зарегистрированных на территории РФ (ст. 18 Федерального закона "О банках и банковской деятельности"). При достижении указанной квоты выдача лицензий банкам с иностранными инвестициями, филиалам иностранных банков прекращается.

Установление квоты подразумевает контроль Банка России не только за учреждением банковских организаций с иностранными инвестициями, но и за любым увеличением доли иностранных участников в уставном капитале уже существующих банковских организаций как вследствие увеличения уставного капитала, так и путем продажи доли (акций) в уставном капитале иностранному лицу - если результатом указанных действий будет превышение квоты, Банк России имеет право наложить запрет на их осуществление.

Дополнительные требования к кредитным организациям с иностранными инвестициями могут быть введены Банком России в отношении порядка предоставления отчетности, утверждения состава руководства и перечня осуществляемых банковских операций.

Федеральный закон "Об организации страхового дела в Российской Федерации" ограничивает иностранные инвестиции в сфере страхования.

Во-первых, установлен размер (квота) участия иностранного капитала в уставных капиталах страховых организаций - 25%, с превышением которого орган страхового надзора прекращает выдачу лицензии на осуществление страховой деятельности страховым организациям, являющимся дочерними обществами по отношению к иностранным инвесторам (основным организациям) либо имеющим долю иностранных инвесторов в своем уставном капитале более 49%.

Во-вторых, соблюдение квоты участия иностранного капитала в уставных капиталах страховых организаций (рассчитывается как отношение суммарного капитала, принадлежащего иностранным инвесторам и их дочерним обществам в уставных капиталах страховых организаций, к совокупному уставному капиталу страховых организаций) обеспечивается также и установлением требования о получении предварительного разрешения органа страхового надзора на увеличение размера уставного капитала страховой организации за счет средств иностранных инвесторов и (или) их дочерних обществ, на отчуждение в пользу иностранного инвестора акций (долей в уставном капитале).

В-третьих, руководители страховой организации с иностранными инвестициями (лица, осуществляющие функции единоличного исполнительного органа и главного бухгалтера) должны постоянно проживать на территории Российской Федерации.

В-четвертых, страховые организации, являющиеся дочерними обществами по отношению к иностранным инвесторам или в уставном капитале которых доля иностранных участников составляет более 49%, вправе открывать на территории РФ свои филиалы, участвовать в дочерних организациях только с предварительного разрешения органа страхового надзора.

В-пятых, оплата иностранными инвесторами принадлежащих им акций (долей в уставных капиталах) страховых организаций производится исключительно в денежной форме в валюте Российской Федерации.

Все эти требования означают перенесение концепции регулирования допуска иностранных инвестиций, действующей в банковском деле, в сферу страхования, однако в Федеральном законе "Об организации страхового дела в Российской Федерации" есть и более жесткие, по сравнению с банковским правом, ограничения.

Так, страховая организация, являющаяся дочерним обществом по отношению к иностранному инвестору, имеет право осуществлять в Российской Федерации страховую деятельность, если иностранный инвестор не менее 15 лет является страховой организацией, осуществляющей свою деятельность в соответствии с законодательством соответствующего государства, и не менее двух лет участвует в деятельности страховых организаций, созданных на территории РФ.

Самым существенным ограничением, установленным Федеральным законом "Об организации страхового дела в Российской Федерации", является запрет страховым организациям, являющимся дочерними обществами по отношению к иностранным инвесторам или имеющим долю иностранных инвесторов в своем уставном капитале более 49%, заниматься отдельными видами страхования, а именно страхованием жизни, обязательным страхованием, обязательным государственным страхованием, имущественным страхованием, связанным с осуществлением поставок или выполнением подрядных работ для государственных нужд, а также страхованием имущественных интересов государственных и муниципальных организаций.

Вместе с тем все вышеуказанные ограничения, равно как и требование о наличии у иностранной страховой организации 15-летнего стажа страховой деятельности, не действуют в отношении страховых организаций, являющихся дочерними организациями иностранных инвесторов государств, участвующих в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве между Российской Федерацией и Европейскими сообществами от 24 июня 1994 г., или имеющих долю таких иностранных инвесторов в своих уставных капиталах более 49%.

Возможности вложения иностранного капитала в российскую экономику ограничиваются также: 1) **по территориальному признаку**; так, в соответствии с Законом РФ от 14 июля 1992 г. N 3297-1 "О закрытом административно-территориальном образовании" создание коммерческой организации с иностранными инвестициями в закрытых административно-территориальных образованиях (ЗАТО) возможно только по согласованию с федеральным органом исполнительной власти, в ведении которого находится предприятие (объект), по роду деятельности которого создано ЗАТО; 2) **по объектам, которые могут находиться в собственности иностранных инвесторов и коммерческих организаций с иностранными инвестициями**: Федеральным законом от 24 июля 2002 г. N 101-ФЗ "Об обороте земель сельскохозяйственного назначения" иностранным гражданам, иностранным юридическим лицам, лицам без гражданства, а также юридическим лицам, в уставном (складочном) капитале которых доля иностранных граждан, иностранных юридических лиц, лиц без гражданства составляет более чем 50%, разрешено обладать земельными участками сельскохозяйственного назначения только на праве аренды.

Ряд законодательных актов Российской Федерации ограничивает вложение иностранных

инвестиций в предприятия стратегических отраслей промышленности.

Так, право на осуществление внешнеторговой деятельности в отношении продукции военного назначения предоставляется в Российской Федерации только тем организациям - разработчикам и производителям продукции военного назначения, в уставном капитале которых 51% акций (долей) закреплен в федеральной собственности, а остальные - среди российских физических и юридических лиц. При этом продажа и иные способы отчуждения акций (долей) этих организаций, а также передача их в залог и доверительное управление иностранным государствам, международным организациям, иностранным физическим и юридическим лицам, а равно российским физическим лицам и российским юридическим лицам, в отношении которых перечисленные субъекты являются их аффилированными лицами, не допускаются (ст. 12 Федерального закона от 19 июля 1998 г. N 114-ФЗ "О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами").

Доля участия иностранных граждан и организаций в уставных капиталах организаций - собственников региональных систем газоснабжения и газораспределительных систем ограничена 20% обыкновенных акций (ч. 5 ст. 7 Федерального закона от 31 марта 1999 г. N 69-ФЗ "О газоснабжении в Российской Федерации").

В отношении авиационных предприятий - перевозчиков грузов, багажа и пассажиров - ст. 61 Воздушного кодекса РФ устанавливает ограничение доли участия иностранного капитала в размере не более, чем 49% уставного капитала авиационного предприятия, при этом руководитель организации должен быть гражданином Российской Федерации, а количество иностранных граждан в руководящем органе авиационного предприятия не должно превышать одну треть его состава.

Ограничиваются иностранные инвестиции и в средства массовой информации: Федеральным законом от 4 августа 2001 г. N 107-ФЗ "О внесении дополнения в Закон Российской Федерации "О средствах массовой информации" <1> иностранным гражданам, лицам без гражданства, гражданам РФ, имеющим двойное гражданство, иностранным юридическим лицам, а также российским юридическим лицам с иностранным участием, доля (вклад) иностранного участия в уставном (складочном) капитале которых составляет 50% и более, запрещено учреждать организации (юридические лица), осуществляющие телевидение, зона уверенного приема передач которых охватывает половину и более половины субъектов РФ, либо территорию, на которой проживает половина и более половины численности населения РФ. Иностранное юридическое лицо, а равно российское юридическое лицо с иностранным участием, доля (вклад) иностранного участия в уставном (складочном) капитале которых составляет 50% и более, гражданин Российской Федерации, имеющий двойное гражданство, также не могут выступать учредителями телевизионных и видеопрограмм. Равным образом учредители теле- и видеопрограммы, организация, осуществляющая телевидение, зона уверенного приема передач которых охватывает половину и более половины субъектов РФ либо территорию, на которой проживает половина и более половины численности населения РФ, не вправе отчуждать акции (доли), если в результате доля (вклад) иностранного участия в их уставном (складочном) капитале составит 50% и более (ст. 19.1 Закона РФ "О средствах массовой информации").

<1> СЗ РФ. 2001. N 32. Ст. 3315.

Необходимо также упомянуть Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. N 57-ФЗ "О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства" <1>. Целью данного акта является установление для иностранных инвесторов изъятий ограничительного характера при их участии в уставных капиталах хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, и (или) совершении ими сделок, влекущих за собой установление контроля над указанными хозяйственными обществами (ст. 1 Закона).

<1> СЗ РФ. 2008. N 18. Ст. 1940.

Законом предусмотрен особый порядок совершения иностранными инвесторами сделок, в результате которых инвесторы приобретают право:

- прямо или косвенно распоряжаться более чем 50% общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставные капиталы хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (более чем 10% общего количества голосов, принадлежащих на голосующие акции (доли), составляющие уставные капиталы тех хозяйственных обществ, имеющих стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства, которые осуществляют геологическое изучение недр и (или) разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр федерального значения);

- назначать единоличный исполнительный орган и (или) более чем 50% состава коллегиального исполнительного органа хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, и (или) избирать более чем 25% состава совета директоров (наблюдательного совета) или иного коллегиального исполнительного органа управления такого хозяйственного общества (10% состава соответствующего органа управления в случае с хозяйственным обществом, имеющим стратегическое значение, которое осуществляет геологическое изучение недр и (или) разведку и добычу полезных ископаемых на участках недр федерального значения), а также совершения иных сделок, направленных на передачу иностранному инвестору права определять решения органов управления хозяйственного общества, имеющего стратегическое значение, в том числе условия осуществления им предпринимательской деятельности. Такие сделки подлежат предварительному согласованию в Правительственной комиссии по контролю за осуществлением иностранных инвестиций в Российской Федерации.

Помимо изъятий из принципа национального режима ограничительного характера, российскому законодательству известны и **изъятия из принципа национального режима стимулирующего характера**.

В мировой практике привлечения прямых иностранных инвестиций в развивающихся странах (и в Российской Федерации начала 1990-х годов) широкое распространение получили налоговые и таможенные льготы для иностранных инвесторов и предприятий с иностранными инвестициями.

В настоящее время введение налоговых льгот по признаку происхождения капитала прямо запрещено п. 2 ст. 3 Налогового кодекса РФ, предусматривающим, что "не допускается устанавливать дифференцированные ставки налогов и сборов, налоговые льготы в зависимости от формы собственности, гражданства физических лиц или места происхождения капитала".

Из таможенных льгот для коммерческих организаций с иностранными инвестициями сохранило действие только освобождение имущественных вкладов в их уставный (складочный) капитал, ввозимых иностранным инвестором из-за границы, от уплаты таможенной пошлины.

Помимо закрепления перечня изъятий из национального режима законодательство об иностранных инвестициях устанавливает также систему государственных гарантий прав иностранных инвесторов.

Гарантии прав иностранных инвесторов - это принятые государством в законодательном или международно-правовом порядке обязательства совершить по отношению к иностранному инвестору определенные действия или воздержаться от действий, нарушающих законные права и интересы инвестора.

В мировой практике регулирования прямых иностранных инвестиций были сформированы шесть основных гарантий прав иностранных инвесторов.

1. В ст. 9 ФЗИИ содержится **гарантия от неблагоприятного изменения для иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями законодательства РФ**.

Действие указанной гарантии распространяется только на тех иностранных инвесторов и коммерческие организации с иностранными инвестициями, которые реализуют **приоритетный инвестиционный проект** (проект с суммарным объемом иностранных инвестиций не менее 1 млрд. руб. или с долей иностранных инвесторов в уставном (складочном) капитале коммерческой организации с иностранными инвестициями не менее 100 млн. руб.).

Гарантия действует в течение срока окупаемости инвестиционного проекта, но не более семи лет со дня начала финансирования указанного проекта за счет иностранных инвестиций, и защищает иностранного инвестора и коммерческую организацию с иностранными инвестициями от применения к ним законодательства, увеличивающего размер ввозных таможенных пошлин, федеральных налогов и взносов в государственные внебюджетные фонды, увеличивающего совокупную налоговую нагрузку либо устанавливающего режим запретов и ограничений в отношении иностранных инвестиций в РФ по сравнению с совокупной налоговой нагрузкой и режимом, действовавшим **на день начала финансирования инвестиционного проекта за счет иностранных инвестиций**.

Однако поскольку до настоящего времени Правительством РФ не сформирован перечень приоритетных инвестиционных проектов и не установлены сроки их окупаемости, указанная гарантия на практике применяться не может.

2. **Гарантия от национализации, реквизиции и конфискации** закреплена в ст. 8 ФЗИИ и является предметом специального рассмотрения ниже, в подп. 4.6.3, посвященном национализации иностранной частной собственности.

3. В ст. 11 ФЗИИ установлена **гарантия перевода платежей в иностранной валюте за границу**, в соответствии с которой декларируется право иностранного инвестора свободно переводить за границу суммы, полученные в иностранной валюте в связи с ранее осуществленными инвестором инвестициями, в том числе доходы от инвестиций, полученные в виде прибыли, дивидендов, процентов и других доходов (лицензионные и комиссионные вознаграждения, платежи за техническую помощь и другие вознаграждения), денежные суммы во исполнение обязательств коммерческой организации с

иностранными инвестициями или иностранного юридического лица, открывшего свой филиал на территории РФ, по договорам и иным сделкам.

4. Правовая система Российской Федерации знает также две **гарантии возмещения убытков**, предназначенные для иностранных инвесторов:

- гарантию права иностранных инвесторов на возмещение ущерба, причиненного ему в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления и должностных лиц этих органов (ч. 2 ст. 5 ФЗИИ);

- гарантию права иностранного инвестора на возмещение убытков, причиненных его инвестициям в результате вооруженного конфликта или гражданских беспорядков.

Первая из гарантий - законодательная, вторая встречается только в международных договорах с участием Российской Федерации (см. об этом п. 4.6.2 настоящей главы). Право инвестора на возмещение убытков от незаконных действий (бездействия) государственных органов и должностных лиц осуществляется в соответствии с гражданским законодательством РФ, которое исходит из принципа возмещения убытков в полном размере, включая как реальный ущерб, так и упущенную выгоду (ст. 15 ГК РФ).

5. Система гарантий прав инвесторов включает в себя и процессуальную **гарантию обеспечения надлежащего разрешения споров, связанных с иностранными инвестициями** (ст. 10 ФЗИИ), в соответствии с которой спор иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории РФ, разрешается в соответствии с международными договорами РФ и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитражном (третейском) суде.

Иностранные инвесторы при обращении в российские суды и арбитражные суды подчиняются общим правилам подведомственности и подсудности, предусмотренным ГПК РФ и АПК РФ. Подсудность исков к иностранным инвесторам определяется по специальным правилам подсудности исков к иностранным лицам (ст. 402 ГПК РФ, ст. 247 АПК РФ).

Споры российских организаций с иностранными инвестициями между собой или с российскими коммерческими организациями без иностранных инвестиций, а также участников коммерческих организаций с иностранными инвестициями между собой могут быть переданы на разрешение международного коммерческого арбитража в России и за границей по соглашению сторон спора (ст. 1 Закона РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже").

4.6.2. Международно-правовое регулирование иностранных инвестиций

Международно-правовое регулирование привлечения и защиты иностранных инвестиций в Российской Федерации осуществляется путем заключения межправительственных соглашений о поощрении и взаимной защите капиталовложений и путем участия Российской Федерации в международных многосторонних конвенциях.

Российская Федерация является правопреемником СССР по 13 ратифицированным соглашениям о поощрении и взаимной защите капиталовложений (с Австрией, Бельгией и Люксембургом, Великобританией, Германией, Италией, Канадой, КНР, Республикой Кореей, Нидерландами, Финляндией, Францией, Швейцарией). Сама Российская Федерация заключила свыше 40 соглашений уже как независимое государство, из которых некоторые ратифицированы и вступили в силу (например, с Албанией, Аргентиной, Арменией, Венгрией, Венесуэлой, Вьетнамом, Грецией, Данией, Египтом, Индией, Индонезией, Иорданией, Италией (заменило соответствующее Соглашение между СССР и Италией), Йеменом, Катаром, КНР (заменило соответствующее Соглашение между СССР и КНР), Кубой, Кувейтом, Ливаном, Литвой, Македонией, Норвегией, Румынией, Сирией, Словакией, Турцией, Чехией, Швецией, Югославией, ЮАР, Японией).

Обязательства Российской Федерации по указанным соглашениям сводятся к следующим четырем основным обязательствам:

- 1) предоставлять справедливый и равноправный режим для иностранных инвестиций;
- 2) обеспечивать надлежащую защиту иностранной частной собственности от экспроприации, военных действий или гражданских беспорядков;
- 3) не чинить препятствий переводу за границу доходов и прибылей от иностранных инвестиций;
- 4) соглашаться на передачу споров с иностранным инвестором в международный арбитраж.

Страхованию американских инвестиций в России от политических рисков посвящено Соглашение о содействии инвестициям между Правительством РФ и Правительством США от 3 апреля 1992 г.

Из многосторонних международных соглашений, посвященных регулированию иностранных инвестиций, Российская Федерация участвует в Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего

агентства по гарантиям инвестиций (МИГА) 1985 г. К Вашингтонской конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. Россия присоединилась 16 июня 1992 г., но до сих пор не ратифицировала ее.

17 декабря 1994 г. Россия подписала Договор к Энергетической хартии - многостороннее международное соглашение, закрепляющее, в частности, четыре вышеуказанных обязательства Российской Федерации в отношении иностранных инвестиций других Договаривающихся Сторон в топливно-энергетический комплекс. Договор к Энергетической хартии не был ратифицирован, однако в соответствии со ст. 45 указанного Договора он подлежал временному применению Российской Федерацией вплоть до его вступления в силу в той степени, в какой это не противоречит ее конституции, законам или нормативным актам.

30 июля 2009 г. Правительство РФ приняло решение уведомить депозитария указанного Договора о намерении Российской Федерации не становиться участником Договора. Однако в соответствии со ст. 45 Договора при прекращении подписавшей стороной временного применения Договора обязательства подписавшей стороны перед инвесторами других подписавших сторон в отношении их инвестиций, осуществленных на территории подписавшей стороны в период такого временного применения, остаются в силе в течение 20 лет с даты вступления в силу такого прекращения.

Закрепляемое в международных соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений обязательство Российской Федерации по предоставлению **справедливого и равноправного режима** для иностранных инвестиций заключается в распространении на инвесторов другой Договаривающейся Стороны режима наибольшего благоприятствования либо национального режима в отношении иностранных инвестиций.

Особенностью Договора к Энергетической хартии является то, что он устанавливает запрет на применение государством - участником Договора ряда мер регулирования иностранных инвестиций в сферу ТЭК, таких как:

- требование закупки предприятием с иностранными инвестициями продукции отечественного происхождения;
- привязка импорта продукции предприятием с иностранными инвестициями к величине, связанной с объемом либо стоимостью его экспорта;
- ограничение импорта предприятием с иностранными инвестициями продукции, используемой в его местном производстве или связанной с ним;
- ограничение доступа такого предприятия к иностранной валюте для цели финансирования его импорта только поступлениями от экспорта продукции такого предприятия;
- ограничение экспорта продукции предприятия с иностранными инвестициями (ст. 5 Договора).

Договор к Энергетической хартии и двусторонние соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений закрепляют на международно-правовом уровне ряд **гарантий защиты прав инвесторов**, известных российскому законодательству (гарантии от национализации, гарантии перевода платежей за границу, гарантии обеспечения надлежащего разрешения споров), а также содержат гарантию, не предусмотренную в российском законодательстве (гарантия возмещения убытков, причиненных в результате военных действий или гражданских беспорядков).

Гарантия сохранения действия законодательства в международных договорах с участием Российской Федерации не содержится.

Гарантия перевода платежей за границу в соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений ограничена суммами, непосредственно связанными с капиталовложениями. В Договоре к Энергетической хартии перечень видов платежей, связанных с иностранными инвестициями, не носит закрытого характера (ст. 14 Договора).

Гарантия возмещения ущерба, причиненного в результате военных действий или гражданских беспорядков, состоит в том, что если в результате вооруженного конфликта или гражданских беспорядков нанесен ущерб капиталовложениям иностранного инвестора, то ему предоставляется в отношении выплаты компенсации не менее благоприятный режим, чем российским инвесторам или инвесторам любого третьего государства. Иными словами, данная гарантия лишь уравнивает иностранных инвесторов данной Договаривающейся Стороны с российскими инвесторами и инвесторами из третьих стран в получении компенсации. Если же компенсация вообще не предоставляется, то и права иностранного инвестора на компенсацию не возникает.

В Договоре к Энергетической хартии дополнительно предусматриваются две ситуации, когда Договаривающаяся Сторона **несет безусловную обязанность выплатить компенсацию за ущерб**. Это - реквизиция инвестиций вооруженными силами или властями Договаривающейся Стороны либо уничтожение инвестиций вооруженными силами или властями Договаривающейся Стороны, которое не было вызвано необходимостью в данной ситуации (ст. 12 Договора).

В международных договорах о поощрении и взаимной защите капиталовложений также закреплено

обязательство Российской Федерации передавать споры с инвестором из другой Договаривающейся Стороны (т.е. инвестиционные споры) на рассмотрение международного коммерческого арбитража.

Указанное положение международного договора является **субститутым арбитражного соглашения** : ссылаясь на него, иностранный инвестор может прибегнуть к арбитражу, несмотря на отсутствие арбитражного соглашения (в виде арбитражной оговорки или третейской записи) между ним и принимающим инвестиции государством.

Чаще всего в соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений предусматривается передача инвестиционных споров на рассмотрение арбитража **ad hoc**, образуемого на основании Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ, в качестве альтернативы упоминается возможность обращения в институционный арбитраж - Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты (п. 3 "а" ст. 8 Соглашения с Великобританией, п. "б" ст. 6 Соглашения с Вьетнамом, п. 2 "б" ст. 8 Соглашения с Данией).

Нератифицированный Договор о поощрении и взаимной защите инвестиций с США, Договор к Энергетической хартии и действующие Соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений с Румынией, Словакией, Чехией и Японией предусматривают также возможность передачи спора на рассмотрение Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) или в соответствии с Дополнительными правилами МЦУИС.

Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (**International Centre for Settlement of Investment Disputes (МЦУИС/ICSID)**) создан в соответствии с Вашингтонской конвенцией о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. и рассматривает споры между инвесторами из государств - членом Конвенции и государствами - реципиентами инвестиций, также участвующими в Конвенции.

МЦУИС является международной межправительственной организацией и обладает полной международной правосубъектностью (ст. 18 Конвенции). Этим он отличается от других институционных арбитражей, которые (включая арбитраж при Международной торговой палате в Париже) являются национальными по своему статусу.

Международный характер Центра выражается в следующем:

- решение арбитража МЦУИС не может быть пересмотрено иначе как в порядке, предусмотренном в самой Конвенции (ст. 51 и 52) - комитетом **ad hoc**, назначаемым Председателем Административного совета МЦУИС из числа лиц, включенных в список арбитров и не принимавших участия в первоначальном рассмотрении дела;

- порядок признания и принудительного исполнения решений арбитража МЦУИС также регулируется Вашингтонской конвенцией 1965 г., обязывающей исполнить их как окончательное решение судебного органа Договаривающегося государства, где испрашивается приведение в исполнение решения МЦУИС (ст. 54 Конвенции);

- Вашингтонская конвенция 1965 г. в ст. 42 прямо решает за арбитраж МЦУИС коллизионный вопрос, предписывая ему применять при разрешении спора по существу, в отсутствие соглашения сторон о применимом праве, право государства - стороны в споре, а также те нормы международного права, которые арбитраж сочтет применимыми.

Обращение в арбитраж МЦУИС возможно только при наличии арбитражного соглашения сторон спора (ст. 25 Конвенции), при этом как государство - сторона в споре, так и государство, чьим гражданином или юридическим лицом является инвестор, должны являться участниками Конвенции.

В настоящее время рассмотрение инвестиционных споров с участием Российской Федерации в МЦУИС невозможно, поскольку Российская Федерация до сих пор не ратифицировала Вашингтонскую конвенцию 1965 г. До ратификации Вашингтонской конвенции в отношении Российской Федерации возможно использование особой процедуры арбитражного урегулирования инвестиционных споров - Дополнительных правил осуществления примирительной, арбитражной процедуры и процедуры по установлению фактов (Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-finding Proceedings), утвержденных решением Административного совета МЦУИС от 10 апреля 2006 г. (впервые эти Правила были утверждены еще в 1978 г.).

В рамках Дополнительных правил МЦУИС подлежат разрешению инвестиционные споры, не подпадающие под сферу действия Вашингтонской конвенции 1965 г. в связи с тем, что или государство - сторона в споре, или государство происхождения инвестора (но не оба одновременно!) не являются участниками Конвенции.

Обращение в данный арбитраж возможно только при наличии арбитражного соглашения самих сторон инвестиционного спора при условии одобрения этого арбитражного соглашения Генеральным секретарем МЦУИС.

Международными договорами Российской Федерации регулируется также страхование иностранных инвестиций в Российской Федерации от политических рисков, под которыми в практике страхования понимаются риски причинения ущерба застрахованным инвестициям в результате событий политического

характера: национализации, войны или революции, введения валютных ограничений.

В странах - экспортерах капитала существуют государственные страховые организации, осуществляющие страхование инвестиций инвесторов из данной страны за рубежом (например, в США существует Корпорация по страхованию частных инвестиций за рубежом (**Overseas Private Investment Corporation**), 100% акций которой принадлежат казначейству Соединенных Штатов Америки).

При осуществлении страховщиком выплаты страхового возмещения правопреемником инвестора в отношении прав требования к правительству государства - реципиента инвестиций становится само государство, учредившее такое страховое агентство, и спор из категории частноправового перерастает в публично-правовой между двумя государствами - равноправными субъектами международного права.

В соглашениях о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенных Российской Федерацией с рядом зарубежных стран - экспортеров капитала и в Соглашении между Российской Федерацией и США о содействии капиталовложениям от 3 апреля 1992 г. закреплено обязательство Российской Федерации признавать суброгацию, т.е. переход прав требования к Российской Федерации от застрахованного лица (иностранного инвестора соответствующей Договаривающейся Стороны) к страховщику, произведшему выплату страхового возмещения при страховании политических рисков.

Таким образом, инвестиции из стран - партнеров России по указанным соглашениям могут быть застрахованы от политических рисков, и при определенных условиях может встать проблема урегулирования отношений между Российской Федерацией и иностранным государством в лице его национального страхового агентства как правопреемника иностранного инвестора в порядке суброгации.

Иностранные инвестиции в Российскую Федерацию могут быть застрахованы также и в Многостороннем агентстве по гарантиям инвестиций (МИГА) в силу участия Российской Федерации в Сеульской конвенции об учреждении МИГА 1985 г.

С точки зрения правового статуса МИГА - это международная межправительственная организация с привилегиями и иммунитетом, присущими субъекту международного права.

В соответствии со ст. 14 Сеульской конвенции страхованию в МИГА подлежат только инвестиции, производимые на территории развивающихся стран (Российская Федерация присоединилась к Сеульской конвенции именно в качестве развивающейся страны).

Инвестор может застраховать в МИГА акции, принадлежащие ему в предприятии на территории развивающейся страны, среднесрочные и долгосрочные займы, предоставленные или гарантированные инвестором - акционером такого предприятия самому предприятию, а также другие формы прямых капиталовложений, определенные Советом директоров МИГА.

Чтобы стать объектом страхования МИГА, инвестиции должны отвечать также следующим дополнительным требованиям, а именно:

- а) быть экономически обоснованными и вносить вклад в развитие принимающей страны;
- б) соответствовать законам и правилам принимающей страны;
- в) соответствовать провозглашенным целям и приоритетам развития принимающей страны (ст. 12 "d" (i - iii) Конвенции).

Еще одним предварительным условием страхования инвестиций в МИГА является одобрение принимающим правительством страхования по установленным для покрытия рисков, т.е. развивающееся государство должно выразить свое согласие на заключение инвестором договора страхования с Агентством и согласиться с тем перечнем рисков, в отношении которых предоставляется в данном конкретном случае страхование (ст. 15 Конвенции).

Застраховать свои инвестиции в МИГА вправе следующие лица:

- физическое лицо, являющееся гражданином страны - члена МИГА, но не являющееся гражданином принимающей страны;
- юридическое лицо, которое учреждено и чьи основные учреждения находятся на территории любой страны - члена МИГА, не являющейся в данном случае принимающей страной (сочетание принципа места инкорпорации с принципом места основной хозяйственной деятельности - **principal place of business**);
- предприятие, большая часть капитала которого принадлежит стране (странам) - члену (членам) или их гражданам, при условии, что такой член не является принимающей страной в любом из вышеперечисленных случаев (принцип контроля).

Иными словами, застраховать свои инвестиции в Агентстве могут и предприятия с иностранными инвестициями, зарегистрированные на территории принимающей инвестиции страны.

Более того, в соответствии со ст. 13 "с" Конвенции возможно страхование инвестиций, осуществляемых гражданином принимающего государства или учрежденным там юридическим лицом, или юридическим лицом, большая часть капитала которого принадлежит гражданам принимающего государства, при соблюдении двух условий:

- 1) наличие совместного заявления инвестора и принимающей страны о предоставлении страхования;

2) инвестируемые активы должны быть переведены в принимающую страну из-за рубежа. Иностранные инвестиции могут быть застрахованы в МИГА от следующих некоммерческих (политических) рисков:

- 1) риск введения ограничений на перевод валюты (**currency transfer risk**);
- 2) риск экспроприации или аналогичных мер (**risk of expropriation or similar measures**);
- 3) риск нарушения договора (**breach of contract risk**);
- 4) риск войны и гражданских беспорядков (**risk of war and civil disturbance**).

Под риском введения ограничений на перевод валюты понимается объективная невозможность конвертации и перевода за границу валюты принимающего инвестиции государства вследствие валютных ограничений, введенных правительством этого государства.

Определение **риска экспроприации и аналогичных ей мер** включает "любое законодательное действие или административное действие или бездействие, исходящее от принимающего государства, в результате которого владелец гарантии лишается права собственности на свое капиталовложение, контроля над ним или существенного дохода от такого капиталовложения..." (ст. 11 "а" (ii) Конвенции). В то же время бездействие законодателя и акты судебных органов (если они действительно независимы и не осуществляют не свойственных судам функций) не могут расцениваться как экспроприационные.

Под понятие риска экспроприации и аналогичных ей мер не подпадают общеприменимые меры недискриминационного характера, обычно принимаемые правительствами с целью регулирования экономической деятельности на своей территории (например, налогообложение, таможенное обложение, контроль за тарифами и ценами, экологическое и трудовое законодательство и законодательство об общественной безопасности).

Инвестор не вправе рассчитывать на получение страхового возмещения по риску экспроприации, если он не принял мер по судебному или административному обжалованию подобных действий (принцип исчерпания местных средств правовой защиты).

Риск нарушения принимающим государством договора с инвестором определяется в ст. 11 "а" (iii) Конвенции как "любой отказ принимающего правительства от договора с владельцем гарантии или нарушение такого договора в случаях, когда:

- а) владелец гарантии не имеет возможности обратиться к судебному или арбитражному органу для вынесения решения по иску об отказе от договора или его нарушении; или
- б) такой орган не принимает решения в течение разумного периода времени, как это предусмотрено в договорах о гарантии в соответствии с положениями Агентства; или
- с) такое решение не может быть осуществлено..."

Таким образом, страхование от риска нарушения договора - это страхование инвестора от нарушения государством - реципиентом инвестиций предоставленных им инвестору гарантий обеспечения надлежащего разрешения инвестиционных споров.

Риск причинения ущерба инвестициям в результате войны или гражданских беспорядков (war and civil disturbance risk) страхуется только в отношении прямого ущерба физическим вещам, т.е. повреждения, разрушения, исчезновения или захвата застрахованного имущества как прямого результата боевых действий, войны или восстания, в противном случае МИГА не смогло бы расплатиться со всеми инвесторами, свернувшими свои операции в охваченной войной или революцией стране и предьявившими иски о возмещении упущенной выгоды.

Кроме вышеперечисленных четырех рисков, Совет директоров МИГА по совместному заявлению инвестора и принимающей страны может расширить сферу страхования на любой другой некоммерческий риск, но ни в коем случае на риск девальвации или обесценивания валюты (ст. 11 "b" Конвенции).

В соответствии с общепринятой страховой практикой МИГА не возмещает убытки, возникшие в результате любого действия или бездействия принимающего правительства, на которое дал согласие страхователь или за которое он несет ответственность, а также убытки в результате любого действия или бездействия принимающего правительства или любого другого события, произошедшего до заключения договора страхования (ст. 11 "с" Конвенции).

При наступлении страхового случая у МИГА как страховщика от политических рисков возникает обязанность выплатить страховое возмещение.

Сеульская конвенция 1985 г. твердо устанавливает, что Агентство не обеспечивает возмещения в случае полной потери подпадающих под условия страхования инвестиций (ст. 16 Конвенции), а также уполномочивает Агентство устанавливать максимальный совокупный размер страховых сумм по договорам страхования в отношении инвесторов каждого отдельного государства-члена, в отношении отдельных проектов, отдельных принимающих стран и видов капиталовложений или рисков (ст. 22 Конвенции).

В настоящее время Советом директоров МИГА установлено, что предельный размер страховой суммы по любому заключенному договору страхования не может быть выше 180 млн. долларов, при этом

страховая сумма не может ни при каких обстоятельствах превысить 95% стоимости инвестиций (99% при страховании займов от инвестора предприятию с участием его инвестиций), равным образом при выплате страхового возмещения возмещается максимум 95% ущерба.

Осуществлению со стороны МИГА страховой выплаты при наступлении страхового случая сопутствует суброгация (ст. 18 "b" Конвенции), что означает обязанность принимающего инвестиции государства выплатить компенсацию МИГА как правопреемнику инвестора. Споры между Агентством, выступающим в качестве правопреемника инвестора, и государством, принимающим инвестиции, должны разбираться арбитражем **ad hoc**, решение которого каждый из членов Агентства обязан признавать как обязательное и подлежащее исполнению в пределах его территории, как если бы это было окончательное решение суда в этом государстве - члене Агентства.

4.6.3. Национализация иностранной собственности

Наиболее важной в числе гарантий, даваемых государством иностранным инвесторам, является гарантия неподверженности их инвестиций принудительным мерам со стороны государства, влекущим переход права собственности на эти инвестиции к государству без согласия иностранного инвестора, а именно национализации, реквизиции и конфискации.

Национализация - это мера общего характера, предпринимаемая на основании принятого парламентом закона и направленная на передачу в государственную собственность целых отраслей народного хозяйства, с возмещением собственникам стоимости имущества и других убытков (ст. 235 ГК РФ).

Реквизиция - это возмездное изъятие собственности по решению компетентного государственного органа при чрезвычайных обстоятельствах, таких как стихийные бедствия, аварии, эпидемии, эпизоотии (ст. 242 ГК РФ).

Конфискация - мера уголовной (административно-правовой, гражданско-правовой) ответственности за правонарушение конкретного лица (ст. 243 ГК РФ).

В международных договорах с участием Российской Федерации используется термин "**экспроприация**" как обобщающая категория, включающая все три вышеописанные меры, а также для характеристики случаев изъятия в государственную собственность отдельных объектов (т.е. частичной национализации).

Гарантии от указанных принудительных мер не означают их безусловного запрета: государство вправе принудительно отчуждать имущество для государственных нужд при условии выплаты предварительного и равноценного возмещения (п. 3 ст. 35 Конституции РФ).

О выплате компенсации иностранному инвестору речь может идти только при национализации и реквизиции, поскольку конфискация по определению не предполагает какой-либо компенсации. В отношении конфискации государство может гарантировать только законность и обоснованность применения такой меры ответственности за допущенное правонарушение.

В доктрине международного права исторически существовали две точки зрения на вопрос о выплате компенсации при национализации и реквизиции, отражавшие позицию стран - экспортеров капитала и позицию стран - импортеров капитала (т.е. развивающихся стран).

Согласно первой точке зрения, общее международное право требует от государства, национализирующего собственность иностранных инвесторов, выплатить им быструю, адекватную и эффективную компенсацию (**prompt, adequate and effective compensation**). Вторая позиция исходит из того, что выплата компенсации есть вопрос исключительно внутреннего права страны, принимающей инвестиции, и только оно определяет, какую компенсацию выплатить инвестору и платить ли ее вообще.

Компромиссная позиция отражена в Резолюции Генеральной Ассамблеи ООН 1803 от 14 декабря 1962 г. о постоянном суверенитете над природными ресурсами, за которую голосовали и развитые, и развивающиеся страны. Резолюция 1803 устанавливает, что национализация может осуществляться "в общественных интересах, в соответствии с законодательством страны, принимающей инвестиции, на недискриминационной основе, с компенсацией по законодательству и в соответствии с международным правом". Однако эта формулировка не дает ответа на вопрос, какой должна быть компенсация - "быстрой, адекватной, эффективной" или же национальное законодательство может предусмотреть иное.

В большинстве соглашений о поощрении и защите инвестиций, заключенных между развитыми и развивающимися странами, вместо термина "быстрая, адекватная и эффективная компенсация" используется термин "справедливая компенсация" (**fair, just compensation**). Естественно, у юристов развитых и развивающихся стран нет общего мнения по поводу содержания последнего термина.

Более того, в связи с национализациями в социалистических и развивающихся странах было заключено свыше 150 соглашений об урегулировании претензий между государствами происхождения инвесторов и государствами, экспроприировавшими инвестиции, в которых сумма "окончательно

урегулированных претензий" была гораздо ниже реальных убытков инвесторов.

Тем самым международно-договорная практика с одинаковым успехом может использоваться в качестве аргумента как за, так и против принципа "быстрой, адекватной и эффективной компенсации".

Единственное решение международного судебного органа, в котором делалась попытка формулировать принципы, устанавливаемые международным правом в отношении национализации иностранной собственности - решение Постоянной палаты международного правосудия по делу "Хорцов" (1928 г.), - также говорит только о "справедливой" компенсации.

Вместе с тем принцип "быстрой, адекватной и эффективной компенсации" был воспринят в международных договорах Российской Федерации о поощрении и взаимной защите капиталовложений без каких-либо оговорок.

Согласно указанным соглашениям, компенсация, выплачиваемая иностранному инвестору при национализации и реквизиции, должна соответствовать реальной стоимости национализируемых или реквизируемых инвестиций непосредственно до момента, когда официально стало известно о фактическом осуществлении либо о предстоящей национализации или реквизиции ("адекватная компенсация"). Она должна выплачиваться в той валюте, в которой первоначально были осуществлены инвестиции, или в любой другой иностранной валюте, приемлемой для иностранного инвестора ("эффективная компенсация") и без необоснованной задержки - как правило, не позднее трех месяцев с даты, когда будет определен размер компенсации. На сумму компенсации начисляются проценты по указанной в Соглашении ставке (официальная учетная ставка либо "обычная коммерческая ставка, но не ниже ставки ЛИБОР по шестимесячным долларovým кредитам") со дня экспроприации по день выплаты компенсации ("быстрая компенсация").

Действующий в настоящее время Федеральный закон "Об иностранных инвестициях" говорит о выплате иностранному инвестору возмещения стоимости национализируемого имущества и других убытков (п. 2 ст. 8), что соответствует формулировке ст. 306 ГК РФ, посвященной национализации вообще.

Таким образом, при национализации собственности иностранного инвестора последнему возмещается не только прямой ущерб, но и упущенная выгода.

При реквизиции выплачивается стоимость реквизируемого имущества, а при прекращении действия обстоятельств, в связи с которыми произведена реквизиция, сохранившееся имущество в судебном порядке может быть истребовано обратно, с возвратом полученной суммы компенсации с учетом потерь от снижения стоимости имущества (п. 2 ст. 8 ФЗИИ), т.е. упущенная выгода при реквизиции не компенсируется.

Следует отметить, что в международной практике нередки случаи ограничения возмещения упущенной выгоды при национализации инвестиций. Так, указанное выше решение Постоянной палаты международного правосудия по делу "Хорцов" (1928 г.) исходит из того, что компенсация в случае национализации должна включать в себя стоимость изъятого имущества на момент изъятия плюс проценты по день выплаты компенсации. При этом стоимость изъятого имущества однозначно понимается как реальный ущерб, исключая упущенную выгоду.

Глава 5. ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

5.1. Автономия воли сторон

5.1.1. Общие положения

Современные правила определения применимого права для договорных обязательств исходят из главенствующего начала в этой сфере - **"автономии воли"** сторон (**lex voluntatis**), под которой понимается возможность участников договора самостоятельно осуществлять выбор права, подлежащего применению к содержанию договора. Это закреплено и в ГК РФ (п. 1 ст. 1210). Принцип автономии воли, уже давно известный праву нашей страны, получил подробное закрепление в действующем российском законодательстве, приблизив его к современным зарубежным и международным образцам. Автономия воли прежде всего широко используется участниками гражданского оборота в договорных отношениях, однако современной тенденцией является его распространение и на другие сферы гражданских правоотношений - внедоговорные отношения, односторонние сделки и др.

В ГК РФ (п. 2 ст. 1210) закреплены различные способы выражения воли сторон: она может быть выражена прямо либо определенно вытекать из условий договора или совокупности обстоятельств дела. Выражая прямо свою волю, стороны договора определяют конкретную правовую систему, нормам которой они желают подчинить свои отношения. В этом случае условие о выборе права содержит указание на право конкретной страны.

Определенной особенностью характеризуется осуществление автономии воли при рассмотрении споров в международном коммерческом арбитраже. В соответствии с ч. 1 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. N 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже" <1> третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Выражение **нормы права** имеет более широкое содержание, чем "право" государства, позволяя сторонам оговаривать применение вненациональных источников, т.е. документов, разработанных на международном уровне и не предполагающих одобрения государствами. К последним относятся, в частности, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 г.

<1> Ведомости СНГ и ВС РФ. 1993. N 32. Ст. 1240.

Однако необходимо учитывать, что для применения вненациональных источников, как правило, необходима специальная оговорка об этом в контракте. При этом не обязательно, чтобы отсылка была именно к Принципам УНИДРУА, - они будут регулировать отношения и в том случае, если стороны договорятся о применении "общих принципов права" или **lex mercatoria**. В любом случае возможно разрешение спора исключительно на основе вненациональных источников без обращения к праву какого-либо государства, включая международные договоры с его участием.

Так, рассматривая иск российского ОАО к германской фирме о взыскании стоимости оказанных маркетинговых услуг, Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ в соответствии со ст. 28 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" при вынесении решения руководствовался нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. В договоре стороны указали, что споры из него подлежат разрешению на основе общих принципов права **lex mercatoria** и все условия, не предусмотренные указанным договором, "регулируются законодательством Германии и Российской Федерации". При анализе данного условия договора арбитры пришли к выводу, что "сторонами не осуществлен выбор права конкретного государства". Принимая во внимание, что для разрешения спора "достаточно использования общих принципов **lex mercatoria** и условий договора, состав арбитража решил руководствоваться Принципами УНИДРУА и условиями договора сторон" <1>.

<1> Решение МКАС при ТПП РФ от 5 июня 2002 г. (дело N 11/2002) // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001 - 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 353.

Как указывалось выше, выбор подлежащего применению права может определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела, что отражает зарубежный опыт регламентации способов выражения воли сторон о выборе применимого права <1>.

<1> См., например: ч. 1 § 35 Закона Австрии 1978 г. о международном частном праве, ч. 2 ст. 1124 ГК Белоруссии 1998 г., ч. 2 ст. 1112 ГК Казахстана 1999 г., ч. 1 ст. 3111 ГК Квебека 1991 г., ч. 1 ст. 39 Закона Лихтенштейна 1996 г. о международном частном праве, ч. 1 ст. 41 ГК Португалии 1966 г., ч. 2 ст. 116 Федерального закона Швейцарии 1987 г. о международном частном праве. Одним из немногочисленных зарубежных актов, где признается только "явный" выбор, является Закон Турции 1982 г. о международном частном праве и международном гражданском процессе (ст. 24) // Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 156 - 166, 80 - 90, 109 - 119, 346 - 365, 405 - 415, 479 - 491, 628 - 673, 575 - 587; ч. 2 ст. 5 Закона Украины 2005 г. о международном частном праве // Журнал международного частного права. 2006. N 1. С. 43 - 67.

Примером соглашения сторон о выборе применимого права, которое определенно вытекает из условий договора либо совокупности обстоятельств дела, является соглашение, заключенное путем **обмена процессуальными документами**, в которых обе стороны обосновывают свои требования ссылками на нормы одной и той же правовой системы.

Так, рассматривая спор между организациями из США и России, МКАС установил, что стороны не согласовали условия о применимом праве к отношениям, не урегулированным в заключенном контракте. Как подчеркнули арбитры в своем решении, "истец, обосновывая в исковом заявлении свои требования, ссылался на нормы российского права, а ответчик выразил свое согласие на применение норм российского права в отзыве на иск, т.е. фактически стороны достигли соглашения по этому вопросу. Учитывая изложенное, МКАС счел, что к отношениям сторон по данному спору должно применяться право Российской Федерации" <1>.

<1> Решение МКАС при ТПП РФ от 4 марта 2004 г. (дело N 45/2003) // СПС "КонсультантПлюс".

В подобных случаях проявление воли сторон о выборе применимого права основывается на процессуальных нормах, устанавливающих требования к содержанию исковых заявлений. Так, в ст. 125 АПК РФ предусматривается, что в исковом заявлении должны быть указаны, в частности, требования истца к ответчику **со ссылкой на законы и иные нормативные правовые акты**. В силу п. "е" ч. 1 § 9 Регламента МКАС, утвержденного Приказом ТПП от 18 октября 2005 г. в редакции 2010 г. <1>, в исковом заявлении должно содержаться, в частности, обоснование исковых требований с учетом **применимых норм права**.

<1> Текст Регламента МКАС при ТПП РФ, в частности, см.: СПС "КонсультантПлюс".

Арбитражной практикой признается, что стороны достигли договоренности о применимом праве и в том случае, если ответчик не возражает против применения положений того права, на которые ссылается истец.

В этой связи интерес представляет позиция Федерального арбитражного суда Московского округа по следующему делу.

Российское ООО "Аэроконцепт" направило кассационную жалобу с просьбой отменить решение Арбитражного суда г. Москвы, которым был удовлетворен иск предприятия "Белавиа ГСМ" о взыскании с ООО "Аэроконцепт" задолженности за заправку самолета, со ссылкой на то, что суд неправомерно руководствовался нормами российского права. Как указано в Постановлении ФАС Московского округа, истец - белорусское юридическое лицо - обратился в арбитражный суд с иском, обосновывая свои требования ссылкой на нормы российского права. Ответчик - российское общество - в судебное заседание не явился, хотя, как пояснил впоследствии в заседании кассационной инстанции, знал о возбуждении дела в суде и не представил своих возражений против рассмотрения дела на основании норм российского права. Эти обстоятельства были расценены судом как достижение сторонами согласия о применении российского права к заключенному ими договору <1>.

<1> Постановление ФАС МО от 14 ноября 2000 г. N КГ-А40/5200-00 // СПС "КонсультантПлюс".

На практике можно встретить случаи осуществления выбора права путем отсылки в контрактах к международным актам, содержащим коллизионные нормы. Одним из примеров может служить использовавшаяся ссылка сторон внешнеэкономической сделки на Общие условия поставок СЭВ 1968/1988 г. (ОУП СЭВ), содержащих наряду с материальными нормами коллизионную норму о применении к отношениям сторон договора права страны продавца (§ 122) <1>.

<1> Общие условия поставок Совета экономической взаимопомощи (ОУП СЭВ) 1968/1988 г. - региональный международно-правовой унификационный акт, разработанный в рамках Совета экономической взаимопомощи (СЭВ), объединявший страны, входившие в социалистический блок.

В некоторых случаях стороны обращаются к общим критериям определения применимого права, таким как "право страны ответчика (истца)" или "право места рассмотрения спора". Подобные соглашения не позволяют сторонам "сразу" руководствоваться избранным правом при реализации своих прав и обязанностей по договору, поскольку прежде должен быть определен критерий, положенный в основу выбора, однако могут являться формой выражения компромисса (на момент заключения договора неизвестно, кто выступит в качестве истца или ответчика и где будет рассматриваться спор).

Иллюстрацией сказанному может служить следующий пример.

При разрешении спора между украинским ОАО (истец) и российской компанией (ответчик), возникшего из договора поставки, МКАС констатировал, что контракт содержит условие о рассмотрении разногласий сторон в соответствии с "законодательством страны ответчика и международными соглашениями". Так как ответчиком является российское коммерческое предприятие, МКАС пришел к выводу, что к отношениям сторон подлежит применению российское право. Учитывая также, что на момент заключения контракта предприятия сторон находились в государствах - участниках Венской конвенции 1980 г. и стороны не исключили применения данной Конвенции к отношениям, вытекающим из контракта, МКАС на основании подп. "а" п. 1 ст. 1 Конвенции пришел к выводу, что к отношениям сторон по данному спору подлежит применению Венская конвенция, а subsidiarily - российское право <1>.

<1> Решение МКАС при ТПП РФ от 30 января 2002 г. (дело N 90/2001) // СПС "КонсультантПлюс".

Существуют и такие способы определения применимого права, как использование при формулировании прав и обязанностей сторон выражений и терминов, свойственных определенной национальной правовой системе <1>.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. М., 2004. С. 478 - 479; Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб., 2004. С. 141.

По-разному оценивается выбор юрисдикционного органа как возможного критерия при определении применимого права. В большинстве случаев сегодня указание на юрисдикционный орган не толкуется как выбор права страны суда. Тем не менее некоторые авторы высказывают и противоположный взгляд. Так, У. Магнус применительно к немецкой практике отмечает, что "выражение "юрисдикция города Гамбурга" означает молчаливый выбор немецкого права" <1>. В целом аналогичного подхода придерживается и английское право <2>.

<1> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М., 2001. С. 144.

<2> См.: Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Пер. с англ. С.Н. Андрианова. М., 1982. С. 256.

Определение применимого права, исходя из условий договора или совокупности обстоятельств дела, всегда требует детального анализа конкретной ситуации. При этом необходимо учитывать, что, "если у суда остаются сомнения в том, имеется или нет косвенное согласование применимого права, они решаются в пользу отсутствия соглашения, на что указывает формулировка "соглашение о применимом праве должно определенно вытекать из условий договора или совокупности обстоятельств" <1>. В литературе также подчеркивается, что "указание закона о том, что воля сторон должна быть так или иначе но определенно выражена, исключает возможность прибегать к критерию предполагаемой (гипотетической) воли сторон" <2>.

<1> Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. С. 479.

<2> Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. С. 423 (автор комментария - И.С. Зыкин).

5.1.2. Выбор права сторонами договора, сделанный после его заключения

В зависимости от времени заключения п. 3 ст. 1210 ГК РФ позволяет выделить соглашения о применимом праве, совершенные в момент заключения основного договора и после его заключения. При этом выбор сторонами применимого права, сделанный после заключения договора, не должен наносить ущерб третьим лицам, которые могли уже приобрести определенные права по договору, и действительности сделки с точки зрения формы, а также имеет обратную силу с момента заключения договора.

Безусловно, ценность "поздних" соглашений о применимом праве с точки зрения их возможности служить в качестве ориентира для действий сторон, связанных с исполнением договора, потенциально ниже, но она компенсируется освобождением правоприменительного органа от процесса поиска применимой правовой системы на основании объективной привязки.

Предусматривая возможность для сторон заключать соглашение о применимом праве после заключения основного договора, а также не исключая возможность изменять на этой стадии ранее заключенное соглашение <1>, в том числе неоднократно, действующее законодательство не оговаривает момент самого позднего осуществления автономии воли. Преобладает мнение, что выбор права может иметь место вплоть до вынесения судом решения по существу спора <2>.

<1> В законодательных актах некоторых государств такая возможность оговорена специально. См., например: ч. 3 ст. 1284 ГК Армении 1998 г., ч. 2 ст. 35 Закона Грузии 1998 г. о международном частном праве, ч. 3 ст. 1198 ГК Киргизии 1999 г., ч. 3 ст. 1189 ГК Узбекистана 1996 г. // Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 70 - 79, 91 - 108, 120 - 129, 130 - 131; ч. 5 ст. 5 Закона Украины "О международном частном праве" 2005 г. // Журнал международного частного права. 2006. N 1. С. 43 - 67.

<2> См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации, постатейный /

Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. С. 424.

Так, при рассмотрении в МКАС при ТПП РФ спора между российской организацией и германской фирмой арбитраж установил, что в контракте международной купли-продажи стороны не определили применимое право. Вместе с тем в исковом заявлении покупатель (российская организация) утверждал, что в соответствии с п. 3 ст. 1211 ГК РФ контракт должен регулироваться правом Германии. Во встречном иске продавец также ссылаясь на нормы германского права. Это дало основание арбитражу прийти к выводу, что "стороны контракта после его заключения достигли соглашения о применении к нему права Германии и что указанное соглашение сторон действует с момента заключения контракта" <1>.

<1> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2008. С. 63.

Возможна также ситуация, когда стороны, обмениваясь процессуальными документами, изменяют уже имевшееся между ними соглашение о применимом праве.

Этот вывод подтверждает решение ФАС Московского округа, который, рассматривая в кассационном порядке спор между ОАО "Минский приборостроительный завод" и ЗАО "Орэс плюс", возникший из контракта поставки продукции, указал: "Несмотря на то что договором сторон определено, что к отношениям из заключенного между ними договора применяется право Республики Беларусь, ОАО "Минский приборостроительный завод" основывал свои иски на нормах российского законодательства. Встречные иски ЗАО "Орэс плюс" также основаны на нормах российского законодательства. Это свидетельствует о том, что стороны представленными суду письменными документами подтвердили свое согласие на разрешение спора в соответствии с правом Российской Федерации. Эти действия правомерно расценены судом как последующее соглашение о праве, применимом к внешнеэкономической сделке..." <1>.

<1> Постановление ФАС МО от 10 августа 1999 г. N КГ-А40/2425-99 // СПС "КонсультантПлюс".

5.1.3. Выбор права, применимого к части договора

Одним из аспектов автономии воли, которому отечественный и зарубежный законодатель уделяет специальное внимание, является возможность участников договора выбрать подлежащее применению право для отдельных его частей (п. 4 ст. 1210 ГК РФ, п. 1 ст. 27 Вводного закона к ГГУ 1896 г., п. 3 ст. 3111 ГК Квебека 1991 г., ч. 3 ст. 5 Закона Украины о международном частном праве и др.). Из нее логически следует, что стороны могут оговорить применимое право к части договора, исключить применение права отдельных стран к этой части, а также подчинить различные вопросы взаимоотношений праву разных стран.

Однако имеющаяся практика применения норм о выборе права сторонами договора показывает, что если участники сделки и используют возможность, предусмотренную в п. 4 ст. 1210 ГК РФ, то в основном ограничиваются оговоркой о праве, применимом к части договора, что, соответственно, оставляет открытым вопрос о правопорядке, регламентирующем оставшийся спектр договорных отношений сторон. В таком случае арбитражная практика использует подход, согласно которому "тот факт, что один аспект договора регулируется правом одной страны, вовсе не обязательно означает, что это право и есть право, свойственное договору в целом" <1>. Сказанное не исключает того, что последнее будет совпадать с правопорядком, избранным к части договорных отношений сторон.

<1> Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Пер. с англ. С.Н. Андрианова. С. 243.

Так, обратившись к вопросу о применимом праве при рассмотрении одного из споров, МКАС констатировал: в договоре стороны согласовали, что "за невыполнение или ненадлежащее выполнение обязательств по договору исполнитель и заказчик несут имущественную ответственность в соответствии с действующим законодательством Российской Федерации", т.е. избрали применимое право только в части, касающейся имущественной ответственности по договору. Учитывая, что спорный договор являлся договором на выполнение проектно-изыскательских работ в сфере капитального строительства, состав арбитража, руководствуясь ст. 28 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" 1993 г., посчитал возможным в соответствии с коллизионной нормой п. 2 ст. 166 ОГЗ 1991 г., действовавших на момент заключения договора, определить в части, не урегулированной соглашением сторон, в качестве применимого также российское право как право страны, на территории которой осуществляется указанная выше деятельность в сфере капитального строительства <1>.

<1> Решение МКАС от 27 апреля 2004 г. (дело N 156/2003) // СПС "КонсультантПлюс".

Сегодня большая часть специалистов положительно оценивает прямое закрепление возможности "деления" договорного статута, объясняя это стремлением законодателя обеспечить "более полное и свободное волеизъявление сторон" <1>. При этом подобное "более полное и свободное" волеизъявление подразумевает возможность путем использования положений п. 4 ст. 1210 ГК РФ, во-первых, предусматривать максимально тщательную и удобную для сторон регламентацию каждого аспекта их договорных отношений с применением к соответствующим вопросам наиболее прогрессивного законодательства, а во-вторых, достигать компромисса в решении коллизионной проблемы, если стороны не придут к единому мнению по поводу права, компетентного регулировать контракт в целом.

<1> Дмитриева Г.К. Международное частное право (часть третья ГК РФ). М., 2002. С. 215; Кабатова Е.В. Новое коллизионное регулирование в проекте Гражданского кодекса РФ // Журнал международного частного права. 1996. N 4. С. 11.

Тем не менее стороны договорных отношений при осуществлении права, предоставленного п. 4 ст. 1210 ГК РФ, не должны забывать о возможных сложностях такого расщепления обязательственного статута. Прежде всего "выбор сторонами права не должен быть внутренне противоречивым, не должен приводить к несогласующимся результатам его действия" <1>. Если это произойдет, правоприменительный орган признает выбор права несостоявшимся и будет определять применимое право в соответствии с действующими коллизионными нормами.

<1> Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. С. 426.

Помимо этого, надо иметь в виду, что международные контракты автоматически влекут необходимость обращения к разным правовым системам для регулирования различных аспектов контрактов, в частности, таких как правоспособность сторон контракта, форма контракта, форма доверенности и др. Дополнительное расщепление обязательственного статута может привести к дополнительным сложностям и противоречиям. К п. 4 ст. 1210 ГК РФ имеет смысл прибегать лишь в случае его очевидной целесообразности и необходимости.

5.1.4. Выбор права сторонами договора, связанного с одной страной

Отдельного рассмотрения требует п. 5 ст. 1210 ГК РФ, потому что, во-первых, это положение явилось абсолютной новеллой в российском праве, вызвавшей неоднозначную оценку и толкование, а во-вторых, в новой редакции этот пункт претерпел определенные изменения. В прежней формулировке данный пункт гласил: "Если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент выбора подлежащего применению права, следует, что договор реально связан только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан".

Данная норма появилась в проекте части третьей ГК РФ 1996 г. после исключения из него статьи о последствиях обхода закона, текст которой предусматривал: "Недействительны соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых настоящим Кодексом, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом".

В российской юридической литературе, как уже отмечалось, толкование нормы п. 5 ст. 1210 ГК РФ было неоднозначно. Основная полемика развернулась вокруг понимания того, о каких ситуациях идет речь в данном пункте и, как следствие, в каких случаях можно говорить о применении императивных норм. Различные взгляды можно объединить в три группы: 1) толкование упомянутых в п. 5 ст. 1210 ГК РФ "императивных норм" как "сверхимперативных", о которых идет речь в ст. 1192 ГК РФ; 2) необходимость наличия иностранного элемента, который носит "незначительный характер"; 3) толкование данного пункта как нормы об обходе закона <1>.

<1> Намеренное создание сторонами фактических обстоятельств, дающих возможность создать привязку к иностранному праву, например, место подписания договора. Более подробно о полемике

вокруг п. 5 ст. 1210 ГК РФ см.: Асосков А.В. Трансграничные и внутренние контракты: пределы автономии воли сторон при выборе применимого права // Вестник гражданского права. 2011. N 4. С. 4 - 31.

Разногласия вызвало и толкование нового термина, введенного в данном пункте, - "реальная связь". Законодатель не раскрыл понятие "реальная связь" в отличие от "тесной связи", что привело к вопросу, охватывало ли это понятие ситуацию, когда все обстоятельства и условия договора связаны только с одной страной, т.е. "внутренние договоры". Основным препятствием для такого толкования большая часть комментаторов называла п. 1 ст. 1186 ГК РФ, в котором подчеркивается, что нормы разд. VI применяются к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом.

В зарубежной практике нередко само условие договора о выборе иностранного права может рассматриваться как "иностраннный элемент", создающий необходимую связь с иностранным правом. На это обстоятельство, в частности, указывают немецкие авторы Х. Кох, У. Магнус и П. Винклер фон Моренфельс, которые пишут: "...считается общепризнанным, что стороны могут подчинять иностранному праву и чисто внутренние сделки" <1>. Такая позиция становится все более распространенной в континентальном праве (говорить о британских юристах не приходится - именно по их настоянию соответствующее положение было включено в Римскую конвенцию о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г.) <2>.

<1> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. С. 144.

<2> См., в частности: Giuliano M., Lagarde P. Rapport Concernant la Convention sur la loi Applicable aux Obligations Contractuelles // Journal Officiel des Communautés Europeennes. # C/282. P. 15 - 18.

Однако в новой редакции ГК РФ п. 5 ст. 1210 сформулирован иначе - в нем отсутствует термин "реальная связь", что, с одной стороны, должно устранить некоторые проблемы толкования, но, с другой стороны, и предложенный вариант таит в себе немалые сложности. Пункт 5 ст. 1210 теперь гласит: "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". Применение данного пункта во многом будет зависеть от толкования прежде всего таких терминов, как "существо отношений сторон", "связаны только с одной страной". Термин "императивные нормы", по всей видимости, надо понимать так же, как они понимались большинством комментаторов в прошлой редакции - как все императивные нормы, а не сверхимперативные нормы (или нормы непосредственного применения, используя терминологию новой редакции ГК РФ).

5.2. Определение права, применимого к договору, на основе коллизионных норм

5.2.1. Общие положения

При отсутствии соглашения сторон о применимом праве выбор применимого права осуществляют правоприменительные органы.

При этом порядок определения права, применимого к договорам, основывается на общей схеме, предусмотренной в предпосланной всему разд. VI "Международное частное право" ст. 1186 ГК РФ, устанавливающей перечень и иерархию источников, определяющих применимое право.

Следуя этой схеме при решении вопроса о применимом праве к договорам, в первую очередь необходимо установить, имеются ли в данной области международные договоры, в которых участвует РФ, и только при отсутствии таких договоров или регулирования в них поставленных вопросов обращаться к ГК РФ и другим законам РФ, содержащим коллизионные нормы.

Учитывая, что решение проблемы применимого права возможно коллизионным и материально-правовым методами, следует обратить внимание на общее положение п. 3 ст. 1186 ГК РФ, согласно которому, если международный договор РФ 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.

Данное положение ст. 1186 ГК РФ отражает не только объединение двух методов регулирования договоров, осложненных иностранным элементом, но и определяет иерархию применения этих методов. Обращение к коллизионному методу предусмотрено в том случае, если не имеется международного

договора РФ, который содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему договору.

При этом следует отметить, что наличие международных договоров, содержащих унифицированные материально-правовые нормы, не исключает выбора применимого права сторонами договора, поскольку действующие в настоящее время такие международные договоры, например Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Венская конвенция) 1980 г., носят диспозитивный характер и применяются, если стороны договора полностью или частично не исключили их применение. Однако применение таких международных договоров не может быть исключено правоприменяющими органами. Следовательно, к вопросам, полностью урегулированным такими международными договорами, применение коллизионных норм исключается для правоприменяющих органов (судов, арбитражей). В этом случае коллизионный вопрос возникает только в связи с восполнением пробелов конвенций, содержащих унифицированные материально-правовые нормы, для определения субсидиарного статута регулирования.

Так, например, если возникает вопрос о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, международного финансового лизинга, применяются соответственно положения Венской конвенции 1980 г., Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г., и в отношении решенных в них вопросов коллизионный метод исключается. Необходимость обращения к нему возникает только для определения субсидиарного статута, исполняющего пробелы конвенций.

Иная ситуация возникает в отношении таких видов внешнеэкономических договоров, как, например, договор строительного подряда, кредитный договор и многие другие, где не достигнута материально-правовая унификация. Для определения применимого права к этим договорам изначально (при отсутствии соглашения сторон о выборе права) подлежат применению коллизионные нормы.

Таким образом, руководствуясь общей схемой, начертанной п. 3 ст. 1186 ГК РФ для определения применимого права к договорам, следует в первую очередь выяснить, имеются ли в этой области подлежащие применению международные договоры РФ, содержащие материально-правовые нормы. Если такие договоры есть, то к вопросам, полностью урегулированным нормами международных договоров, применение коллизионных норм правоприменяющими органами исключается, поскольку к ним применяются унифицированные материально-правовые нормы, и только при отсутствии таких договоров они обращаются непосредственно к коллизионным нормам.

Особое значение для определения права, применимого к договорам, имеет общее положение ст. 1186 ГК РФ, подтверждающее разный подход к определению применимого права государственными судами и международным коммерческим арбитражем <1>.

<1> См. об этом: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. С. 317 (автор комментария - А.С. Комаров); Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. 3-е изд., испр. и доп. М., 2010. С. 388 - 391 (автор комментария - А.Л. Маковский).

Как предусмотрено п. 1 ст. 1186 ГК РФ, особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, установлены Законом РФ "О международном коммерческом арбитраже" <1>. Согласно п. 2 ст. 28 этого Закона международный коммерческий арбитраж определяет применимое право в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

<1> См. об этом: Бардина М.П. Особенности определения применимого права международным коммерческим арбитражем // Государство и право. 2011. N 10.

Изначально особый подход к определению применимого права международным коммерческим арбитражем был предусмотрен в п. 1 ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г., участницей которой РФ является как правопреемница СССР. Указанное положение Конвенции, нередко именуемое "формулой Конвенции", было включено и в Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1986 г. (п. 2 ст. 28), на основе которого принят и Закон РФ "О международном коммерческом арбитраже".

Таким образом, если при выборе применимого права государственные суды РФ должны основываться только на коллизионных нормах правовой системы РФ, международный коммерческий арбитраж, имеющий местонахождение в РФ, пользуясь предоставленной ему большей свободой, определяет применимые коллизионные нормы. Такой арбитраж применяет коллизионные нормы российского права (которые будут рассмотрены в этом разделе далее), если сочтет их применимыми при рассмотрении конкретного спора. Соответствующее положение содержится в § 26 "Применимое право" Регламента МКАС при ТПП РФ 2006 г., примеры из практики которого могут служить иллюстрацией

применения рассматриваемых далее коллизионных норм.

Наряду с определением применимого права на основе выбранных арбитрами коллизионных норм, в практике международного коммерческого арбитража в настоящее время сложились и иные методы определения применимого права - на основе принципа тесной связи и на основе метода прямого выбора - без обращения к коллизионным нормам <1>.

<1> См.: Кабатова Е.В. Прямой выбор применимого права в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сб. статей к 75-летию МКАС при ТПП РФ / Под ред. А.С. Комарова. М., 2007. С. 229 - 237.

При обращении к коллизионному методу, следуя установленной иерархии источников, в первую очередь необходимо выяснить, имеются ли международные договоры, содержащие унифицированные коллизионные нормы, в которых участвует Российская Федерация.

Из международных конвенций, содержащих унифицированные коллизионные нормы о праве, применимые к договорам, Российская Федерация участвует в региональных документах - Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (Минская конвенция), Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г. (Киевское соглашение). В подготовленной на смену Минской конвенции Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 2002 г. (Кишиневская конвенция), вступившей в силу в 2006 г., также содержащей унифицированные коллизионные нормы, Российская Федерация не участвует.

Указанные договоры предусматривают подчинение прав и обязанностей сторон по сделке законодательству места ее совершения, используя привязку, которая была предусмотрена для внешнеторговых сделок в советский период. Несмотря на отказ (как будет показано далее) от такого формального и устаревшего подхода еще в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик (ОГЗ) 1991 г., коллизионные нормы Киевского соглашения 1992 г. и Минской конвенции 1993 г. имеют приоритет перед современными коллизионными правилами ГК РФ, что важно иметь в виду сторонам при заключении договоров, когда они могут предусмотреть применимое право. Этот ушедший в прошлое в современном международном частном праве подход сохранен наряду с другими устаревшими нормами и в Кишиневской конвенции 2002 г., что очевидно не свидетельствует в пользу ее ратификации Российской Федерацией. Как отмечает В.П. Звеков, в России и некоторых других странах СНГ сегодня параллельно действуют две системы коллизионных норм: одна представлена правилами гражданских кодексов и законов о международном частном праве, отражающими современные тенденции в коллизионном праве, а вторая - правилами международных договоров, ориентированными на коллизионные предписания ранее действовавшего законодательства <1>.

<1> Звеков В.П. К вопросу о соотношении международного частного и международного публичного права // Право международных экономических отношений: Сб. статей / Отв. ред. Н.Г. Доронина. М., 2005. С. 30 - 31.

Поскольку имеющие приоритет международно-договорные коллизионные нормы содержатся только в региональных соглашениях, в которых участвует ограниченный круг стран, основным источником коллизионного регулирования в определении права, применимого к договорам, в Российской Федерации являются коллизионные нормы российского законодательства, содержащиеся главным образом в ГК РФ, а также в КТМ РФ и СК РФ.

5.2.2. Российское законодательство

Действующие в настоящее время нормы коллизионного регулирования части третьей ГК РФ **2013 г.** представляют собой **четвертое** поколение коллизионных норм, определяющих право, применимое к договорам, которые существенно отличаются от ранее действовавшего регулирования.

В процессе развития отечественного законодательства предусматривались различные подходы к определению применимого права при отсутствии соглашения. Краткий обзор предшествующих норм важен для того, чтобы увидеть развитие коллизионного регулирования в этой области. К тому же при определении права, применимого к договорам, заключенным до вступления в силу нового законодательства, как правило, применяются коллизионные нормы, действующие на дату заключения договора, т.е. нормы, которые могут содержаться в ГК РСФСР 1964 г. и ОГЗ 1991 г., ГК РФ 2002 г.

А. Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г.

Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (ст. 129) и ГК

РСФСР 1964 г. (ст. 566) содержали первое поколение коллизионных норм, определяющих право, применимое к договорам, и предусматривали только определение права, применимого к внешнеторговым сделкам, исходя из формального критерия, согласно которому права и обязанности сторон по внешнеторговой сделке определяются по законам места ее совершения.

Формула прикрепления - место совершения сделки - **lex loci contractus** - одна из самых давних в определении применимого к договору права. Этот подход, как отмечает Т. Бендевский, считался наиболее понятным и логичным в Средние века, когда отсутствовали эффективные средства транспортировки и коммуникаций, из-за чего договоры часто заключались в присутствии сторон на ярмарках, проходивших в торговых центрах, в результате чего связь договора с местом его заключения являлась логическим основанием применения этого права <1>.

<1> См.: Бендевский Т. Международное частное право: Учебник / Пер. с македонского С.Ю. Клейн; отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2005. С. 336.

В настоящее время договоры все чаще заключаются между отсутствующими сторонами с использованием современных технологий: телексов, факсов, электронной почты и т.д., в связи с чем место заключения договора теряет какое-либо значение для регулирования прав и обязанностей его сторон. К тому же если договоры заключаются на борту самолета или на борту судна, определение места совершения договора может быть практически невозможным.

В отечественном законодательстве коллизионная норма, основанная на **lex loci contractus**, действовала более 30 лет до появления нового подхода в ОГЗ 1991 г., вступивших в силу с 3 августа 1992 г. Прекращение действия ГК РСФСР 1964 г., в котором содержалась ст. 566, не означало прекращения применения этого подхода. Во-первых, применение нормы, отсылающей к закону места совершения сделки, сохранялось при определении права, применимого к договорам, заключенным в период действия ГК РСФСР, хотя спор из такого договора рассматривался в период действия ОГЗ 1991 г. или ГК РФ 2002 г.

Например, МКАС при ТПП РФ в решении от 7 октября 1999 г. по делу N 211/1998 по иску российской организации к алжирской фирме о возмещении стоимости недостачи товара, поставленного по контракту от 2 мая 1991 г., признал применимой для определения применимого права коллизионную норму, действующую в России на дату заключения контракта и содержащуюся в ст. 566 ГК РСФСР <1>.

<1> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999 - 2000 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2002. С. 156 - 157.

В решении МКАС от 28 июля 2003 г. по делу N 157/2002 (после вступления в силу части третьей ГК РФ) по иску российской организации к фирме из ОАЭ о расторжении Соглашения от 11 октября 1979 г. МКАС признал применимой коллизионную норму, действовавшую на дату заключения Соглашения, установив, что в силу ст. 566 ГК РСФСР 1964 г. права и обязанности сторон по Соглашению определяются по законам места совершения сделки. Поскольку, как указывалось в самом Соглашении, оно было подписано в г. Москве, МКАС счел, что к правам и обязанностям сторон подлежит применению российское право <1>.

<1> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2003 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. С. 154 - 155.

Во-вторых, коллизионная норма, отсылающая к праву места совершения сделки, продолжает применяться в настоящее время в тех случаях, когда подлежат применению коллизионные нормы международных договоров РФ - Минской конвенции 1993 г. и Киевского соглашения 1992 г.

Например, в решении МКАС от 7 декабря 2005 г. по делу N 83/2004 по иску российской организации к организации Республики Казахстан МКАС счел применимой коллизионную норму, содержащуюся в п. "е" ст. 11 Киевского соглашения, согласно которой права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места совершения сделки.

Б. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.

Отказ от формального подхода к определению права, применимого к договору, основанного на месте заключения внешнеторговой сделки, и установление совершенно иных критериев произошли во втором поколении коллизионных норм, содержащихся в ОГЗ 1991 г. Согласно п. 1 ст. 166 "Обязательства по внешнеэкономическим сделкам" ОГЗ 1991 г. при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся продавцом - в договоре купли-продажи; наймодателем - в договоре имущественного найма; лицензиаром - в лицензионном договоре о пользовании

исключительными или аналогичными правами; хранителем - в договоре хранения; комиссионером в договоре комиссии; поверенным в договоре поручения; перевозчиком - в договоре перевозки; экспедитором - в договоре транспортной экспедиции; страховщиком - в договоре страхования; кредитором - в кредитном договоре; дарителем - в договоре дарения; поручителем - в договоре поручительства; залогодателем - в договоре залога.

В практике применения п. 1 ст. 166 ОГЗ 1991 г. при рассмотрении споров большинство примеров касаются применения права страны продавца, что обусловлено преобладанием договора международной купли-продажи в международном обороте. При этом арбитры, выбирая из предложенных в п. 1 ст. 166 критериев, чаще основывались на месте учреждения предприятия продавца. Например, при разрешении одного из дел арбитры пришли к выводу о применении права Египта, так как продавцом по контракту являлась фирма, учрежденная в Египте. Реже арбитры руководствовались тем, где находится основное место деятельности продавца. Например, в одном из решений арбитры признали применимым к договору право Германии, поскольку на территории этой страны продавец осуществлял основную деятельность, производя сборку товара и его отгрузку.

Включая рассмотренные коллизионные нормы в п. 1 ст. 166 ОГЗ 1991 г. законодатель не разъяснял, по какому принципу определялась названная для каждого договора сторона, на основе места жительства, учреждения или основного места деятельности которой определялось подлежащее применению право. Вместе с тем ответ на этот вопрос вполне очевидно вытекает из п. 5 ст. 166 ОГЗ 1991 г., где предусматривается, что ко всем договорам, не упомянутым в ст. 166, применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для исполнения договора. Таким образом, коллизионные нормы п. 1 ст. 166 ОГЗ 1991 г. фактически являлись реализацией этого общего подхода, предусмотренного п. 5 ст. 166 ОГЗ, для 13 видов договоров, в которых законодатель называл стороны, осуществляющие исполнение, имеющее решающее значение для договора, определяя, таким образом, применимое право.

Хотя данный подход был нововведением для национального законодательства, он использовался и ранее в унификационных актах СЭВ. Речь идет о таких документах, как Общие условия поставок СЭВ (ОУП СЭВ), Общие условия монтажа СЭВ (ОУМ СЭВ), Общие условия технического обслуживания СЭВ (ОУТО СЭВ), которые содержали унифицированные коллизионные нормы, отсылающие к праву страны продавца для восполнения пробелов в этих актах. Таким образом, этот принцип был хорошо знаком отечественным участникам внешнеторговых отношений в рамках СЭВ.

Так, в п. 1 § 122 ОУП СЭВ предусматривалось, что к отношениям сторон по поставкам товаров, которые не урегулированы или не полностью урегулированы контрактами или настоящими Общими условиями поставок, применяется материальное право страны продавца <1>.

<1> См.: Розенберг М.Г. Международное регулирование поставок в рамках СЭВ. М., 1989. С. 22 - 27; Бардина М.П. Унификационные акты СЭВ в области регулирования внешней торговли // Советский ежегодник международного права 1987 г. М., 1988. С. 236 - 238.

Для ряда внешнеэкономических договоров ст. 166 ОГЗ 1991 г. установила специальные коллизионные нормы, а именно: к договорам о производственном сотрудничестве, специализации и кооперировании, выполнении строительных, монтажных и других работ по капитальному строительству предусматривалось применение права страны, где такая деятельность осуществляется или создаются предусмотренные договором результаты.

В решении МКАС от 24 января 2000 г. по делу N 417/1998 по иску кипрской фирмы к российской организации в связи с неоплатой стоимости работ по проектированию и капитальному строительству, выполненных по контракту, арбитры руководствовались п. 2 ст. 166 ОГЗ 1991 г., предусматривающим, что права и обязанности сторон, вытекающие из договора по капитальному строительству, определяются по праву страны, где такая деятельность осуществляется. Поскольку строительство объекта, являвшегося предметом спора, велось на территории РФ, к разрешению спора по вопросам, не урегулированным контрактом, было применено российское право <1>.

<1> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999 - 2000 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 193 - 194.

Специальные коллизионные нормы были предусмотрены в ст. 166 ОГЗ 1991 г. к договору о создании совместного предприятия с участием иностранных юридических лиц и граждан (права страны, где учреждено совместное предприятие), к договору, заключенному на аукционе, в результате конкурса или на бирже (право страны, где проводился аукцион, конкурс или находилась биржа).

Установив в ОГЗ 1991 г. новое, по сравнению с прежним законодательством, коллизионное регулирование для внешнеэкономических сделок, законодатель сохранил определение применимого права для сделок, не являвшихся внешнеэкономическими сделками, по праву места ее совершения (п. 2 ст. 165 ОГЗ 1991 г.), создав, таким образом, дуализм в коллизионном регулировании определения права, применимого к договорам.

В. Часть третья ГК РФ 2002 г.

Дальнейшее развитие определения применимого права к договору произошло с введением в действие с 1 марта 2002 г. части третьей ГК РФ, содержащей **третье** поколение норм коллизионного регулирования в этой области. В ней установлен общий порядок выбора права к договорным обязательствам, без деления договоров на внешнеэкономические и иные договоры, осложненные иностранным элементом, что означало отказ от дуализма в регулировании, известного ОГЗ 1991 г.

Определение применимого права в ГК РФ основано для большинства договоров на принципе наиболее тесной связи договора с правом определенной страны, а для отдельных видов договоров - на традиционных коллизионных нормах.

Принцип тесной связи, который явился важнейшей новеллой российского коллизионного регулирования, был предусмотрен в п. 1 ст. 1211 ГК РФ, согласно которому при отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению к договору, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Ко времени введения в ГК РФ этого принципа он нашел широкое распространение при определении права, применимого к договорам, в современном международном частном праве.

Известно, что в определении права, применимого к договорам, закон наиболее тесной связи берет свое начало из английского права, где суды еще в конце XIX в. определяли право, свойственное договору (**proper law of the contract**), основываясь на критерии тесной связи договора с правом какой-либо страны.

Как писал английский юрист Дж. Чешир, исходя из критериев справедливости, разумности английский судья, изучив все обстоятельства дела, определит право, присущее данному договору, т.е. право, с которым данный договор наиболее тесно связан. При этом суд не связан никакими твердыми коллизионными привязками <1>.

<1> Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. С. 259 - 260.

Со второй половины XX в. принцип тесной связи стал постепенно восприниматься законодательством западноевропейских государств, поддерживаться доктриной, использоваться при разработке международно-договорного коллизионного регулирования.

В 1950-е годы страны Бенилюкса разработали проект Единообразного закона о международном частном праве, в ст. 13 которого устанавливалось, что при отсутствии соглашения сторон о применимом праве договор регулируется правом страны, с которой он наиболее тесно связан <1>. Закон так и не вступил в силу, но привлек к себе внимание правовой доктрины.

<1> См.: Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 2 т. / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2011. Т. 2: Части III, IV ГК РФ. С. 162.

Принцип тесной связи получил закрепление в международно-договорном регулировании. Например, принцип тесной связи был предусмотрен как исходный в ст. 4 Римской конвенции 1980 г., в п. 1 которой предусматривается, что в той мере, в какой право, применимое к договору, не было избрано сторонами, договор регулируется правом государства, с которым он имеет наиболее тесную связь. Этот принцип был воспринят в законодательстве всех стран ЕС как результат их участия в Римской конвенции.

Принцип тесной связи нашел закрепление и в международном частном праве других стран, например, Швейцарии (Федеральный закон 1987 г. "О международном частном праве", п. 1 ст. 117), Китая (Закон 1999 г. "О договорах КНР", ст. 126) и др. Применение принципа тесной связи было предусмотрено и модельным Гражданским кодексом стран СНГ.

Таким образом, при определении применимого права в ГК РФ (п. 1 ст. 1211) в качестве общего подхода был использован принцип тесной связи, который ко времени разработки части третьей ГК РФ 2002 г. соответствовал современным тенденциям развития международного частного права и уже нашел широкое распространение как в национальном законодательстве, так и в международных конвенциях и фактически стал доминирующим подходом при определении применимого права <1>.

<1> О наиболее тесной связи как проявлении современной тенденции гибкого коллизионного регулирования см.: Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012. С. 287 - 312.

В доктрине при анализе применения принципа тесной связи чаще отмечаются его преимущества, которые заключаются в обеспечении гибкости регулирования, возможности учитывать все конкретные обстоятельства, что во многом объясняет его широкое распространение. Вместе с тем применение этого принципа все же подвергается критике в связи с его слишком абстрактным характером, недостаточной предсказуемостью регулирования. Поскольку в отличие от традиционной коллизионной нормы этот принцип не указывает на применение конкретной правовой системы, она определяется судом или арбитражем, которым предоставляется весьма широкая свобода усмотрения.

Вполне очевидно, что для обеспечения большей стабильности и определенности при применении принципа тесной связи, создания баланса гибкости и предсказуемости потребовалось найти общие ориентиры, которыми могли бы руководствоваться правоприменяющие органы.

Построенное на принципе тесной связи коллизионное регулирование в части третьей ГК РФ разрабатывалось, когда уже имелся опыт применения этого принципа в законодательстве зарубежных стран и международных договорах и когда для определения тесной связи уже были выработаны ориентиры и дополнительные критерии, обеспечивающие большую предсказуемость и определенность. Наиболее детально разработанной можно считать схему определения тесной связи, предусмотренную в Римской конвенции 1980 г. В ее основу были положены общая и специальная презумпции определения существования тесной связи.

Презумпция общего характера относится ко всем договорным обязательствам, для которых не предусмотрен специальный подход (специальная презумпция). Согласно общей презумпции, как предусмотрено в п. 2 ст. 4 Конвенции, контракт наиболее тесно связан со страной, где сторона, осуществляющая исполнение, являющееся характерным для контракта, имеет в момент заключения контракта свое обычное местонахождение (для юридических лиц - местонахождение центральной администрации).

Для отдельных договоров - в отношении сделок с недвижимостью и договоров о перевозке грузов - Римская конвенция 1980 г. предусматривает специальные презумпции определения тесной связи. Комментаторы Конвенции назвали предложенные подходы определения тесной связи общей и специальными презумпциями, поскольку непосредственно в Конвенции была предусмотрена возможность отступать от предложенных подходов. Эта возможность охарактеризована комментаторами Конвенции как возможность опровержения презумпций; указывается также, что эта возможность представляет собой не более чем "предохранительный клапан" на случай, когда указанные подходы ведут к ошибочным результатам. Наряду с применением принципа тесной связи в Римской конвенции предусмотрены также коллизионные нормы для отдельных видов договоров <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

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

<1> См.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 128 - 140; Бардина М.П. Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам // Внешняя торговля. 1991. N 11; Она же. О праве, применимом к договорным обязательствам в странах ЕЭС // Хозяйство и право. 1997. N 4.

ГК РФ 2002 г. повторил схему регулирования Римской конвенции 1980 г. <1>, предусматривая общий (для большинства договоров) и специальные (для ряда договоров) подходы или, используя терминологию комментаторов Римской конвенции, - презумпции для определения тесной связи. Использование термина "презумпции" объясняется тем, что эти подходы могут быть опровергнуты, если (как повторяется в нормах ГК РФ) это вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. Следует отметить, что условия, допускающие отступление от презумпций (опровержение презумпций), сформулированы в ГК РФ шире, чем в Римской конвенции.

<1> См. подробнее: Bardina M.P. Russian Civil Code on the Law Applicable to Contractual Obligations: Comparison with the 1980 Rome Convention // Forging a Common Legal Destiny. Liber Amicorum in honour William E. Butler / Gen. ed. A.L. Kolodkin. London, 2005. P. 749 - 763.

Очевидно сходство ГК РФ и Римской конвенции 1980 г. и в самом определении общей (основной) презумпции. Как предусмотрено в п. 2 ст. 1211 ГК РФ, основным критерием определения страны, с которой договор наиболее тесно связан, признается место жительства или основное место деятельности

стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Таким образом, российское законодательство в общей презумпции при определении тесной связи исходит из критерия исполнения, имеющего решающее значение для договора, который по смыслу полностью совпадает с характерным исполнением договора, закрепленного в Римской конвенции 1980 г.

В связи с тем что понятие "сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора" появилось уже в ОГЗ 1991 г. (ч. 5 ст. 166), важно отметить, что в упомянутой норме ОГЗ оно не предназначалось для определения тесной связи, как в п. 2 ст. 1211 ГК РФ, а служило общей коллизионной нормой для договоров, специально не оговоренных в ст. 166 ОГЗ 1991 г.

Несмотря на то что в доктрине относительно критерия характерного исполнения делались критические замечания, например отмечалось, что этот критерий не может быть использован для бартерных сделок, для авторского договора, все же он получил весьма широкое распространение при определении наличия тесной связи.

Этот критерий стал практически общим для национальных норм и международных договоров, предусматривающих применение принципа тесной связи. Общим для них является и то, что ни в одном документе не дано определение характерного исполнения. Таким образом, при разработке п. 2 ст. 1211 ГК РФ в этом вопросе не мог быть использован опыт международных конвенций и законодательства, так как ни в Римской конвенции 1980 г., которая оперирует понятием "характерное для договора исполнение" в общей презумпции определения применимого права, ни в национальном законодательстве, использовавшем в этих же целях понятие "исполнение, определяющее существо обязательства" (Швейцария), "характерное исполнение" (Венгрия), не содержится разъяснения этого понятия.

Вероятно, в связи с этим широкое распространение получило толкование, данное комментаторами Римской конвенции 1980 г. Как отмечается в официальном докладе к Римской конвенции М. Джулиано и П. Легарда в обычном двустороннем контракте, согласно которому одна сторона должна уплатить другой стороне деньги в обмен на оказанные услуги или поставленные товары, характерное исполнение - это скорее оказание услуги или поставка товара, чем уплата цены. Иными словами, характерное исполнение - это обычно то исполнение, за которое производится платеж <1>.

<1> См.: Giuliano M., Legard P. Council Report on the Convention of the Law Applicable to the Contractual Obligations OJ C282 31.10.80. P. 20.

Следует отметить, что в целях обеспечения большей определенности в установлении стороны, осуществляющей характерное исполнение, в законодательстве некоторых стран наряду с таким приемом определения тесной связи, как критерий характерного исполнения, были непосредственно названы стороны договора, осуществляющие характерное исполнение, что не было предусмотрено в Римской конвенции 1980 г.

Например, согласно п. 1 ст. 117 Федерального закона Швейцарии 1987 г. "О международном частном праве" предполагается, что тесная взаимосвязь имеет место со страной, в которой одна из сторон, осуществляющая характерные услуги, имеет свое обычное местопребывание. Далее в указанной статье конкретизируются эти характерные услуги по отдельным договорам: по договору продажи - услуги продавца, по договору хранения - услуги хранения.

Этот дополнительный прием определения стороны, осуществляющей характерное для договора исполнение, был использован и в ГК РФ.

Так, в п. 3 ст. 1211 ГК РФ предусматривается, что следует понимать под такой стороной в отношении каждого из 19 включенных в этот пункт договоров. В частности, такой стороной предложено считать продавца - в договоре купли-продажи; дарителя - в договоре дарения; арендодателя - в договоре аренды; ссудодателя - в договоре безвозмездного пользования; подрядчика - в договоре подряда; перевозчика - в договоре перевозки; экспедитора - в договоре транспортной экспедиции; заимодавца (кредитора) - в договоре займа; финансового агента - в договоре финансирования под уступку денежного требования; банк - в договоре банковского вклада (депозита) и договоре банковского счета; хранителя - в договоре хранения; страховщика - в договоре страхования; поверенного - в договоре поручения; комиссионера - в договоре комиссии; агента - в агентском договоре; правообладателя - в договоре коммерческой концессии; залогодателя - в договоре о залоге; поручителя - в договоре поручения; лицензиара - в лицензионном договоре.

Таким образом, основываясь на принципе тесной связи при определении применимого к договору права, ГК РФ в общей презумпции поиска тесной связи предлагает не только общий ориентир - сторону, осуществляющую исполнение, имеющее решающее значение для договора, но и конкретизацию этого ориентира для 19 договоров, которые включают основные виды договоров. Иными словами, ГК РФ использует в общей презумпции два приема, выработанных в современном международном частном праве ко времени его принятия для определения тесной связи: первый - установление стороны,

осуществляющей характерное исполнение для договора, и второй - конкретизацию такой стороны для основных видов договоров. Причем при применении как первого, так и второго подхода допускается возможность отступления, если это вытекает из условий или существа договора или совокупности обстоятельств дела, т.е. и в первом, и во втором случае предлагаемые подходы - это презумпции, которые могут быть опровергнуты судом, что обеспечивает их гибкость.

Нельзя не отметить, что хотя п. 3 ст. 1211 ГК РФ, на первый взгляд, может напоминать ч. 1 ст. 166 ОГЗ 1991 г., между ними имеется существенная разница. Если в ч. 1 ст. 166 ОГЗ содержались жесткие коллизионные привязки для 13 видов договоров, то в п. 3 ст. 1211 ГК РФ расшифровывается применение основного критерия общей презумпции определения права страны, с которой имеется тесная связь, для 19 видов договоров. При этом презюмируется, какая из сторон в каждом из них осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. В ГК РФ в данном случае предусмотрена презумпция, согласно которой сторона признается таковой, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. Таким образом, окончательное решение этого вопроса (в отличие от ОГЗ 1991 г.) остается на усмотрение суда.

Вполне вероятно, что применение п. 3 ст. 1211 ГК РФ во многих случаях может привести в определении применимого права к тем же результатам, что и применение п. 1 ст. 166 ОГЗ 1991 г. Например, к договору купли-продажи может быть признано применимым право страны, где имеет место жительства или основное место жительства сторона, являющаяся продавцом. Однако общий результат скорее будет совпадением, поскольку не исключено, что согласно п. 2 и п. 3 ст. 1211 ГК РФ будет принято и иное решение, так как, руководствуясь презумпцией, а не твердой коллизионной нормой как в ОГЗ, суд может, исходя из условий или существа договора или совокупности обстоятельств дела, как отказаться от такого критерия установления тесной связи, как исполнение характерного обязательства, так и, следуя этому критерию, иначе определить сторону, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для договора. Иными словами, если применение п. 1 ст. 166 ОГЗ 1991 г. может привести только к одному возможному результату, то при применении ст. 1211 ГК РФ такой результат будет только одним из возможных, что обусловлено гибкостью нового регулирования.

Такая ситуация может иметь место, например, в тех случаях, когда существуют какие-либо значимые объективные обстоятельства, относящиеся к самому договору, например особенности его исполнения, особенности предмета договора или той области, в которой осуществляется сотрудничество, в связи с чем будет предпринято отступление от предлагаемых в законе решений определения применимого права.

После определения стороны, которая осуществляет характерное исполнение в поисках права, с которым имеется тесная связь, встает вопрос о том, какая характеристика данной стороны является определяющей для поиска применимого права - место проживания, или место осуществления основной деятельности, или место учреждения стороны. В международном опыте регулирования используются все или некоторые из территориальных привязок: постоянное место жительства физических лиц, место учреждения коммерческих компаний или место нахождения их органов управления.

В п. 2 ст. 1211 ГК РФ предлагается использовать место жительства или основное место деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, но более не упоминается место учреждения, которое предусматривалось в коллизионных нормах п. 1 ст. 166 ОГЗ 1991 г. Насколько удачным было ограничение перечня только этими характеристиками?

Известно, что определение местожительства физического лица в российском законодательстве содержится в ст. 20 ГК РФ, однако определение основного места деятельности стороны в законе отсутствует и установление его содержания в большой степени зависит от конкретных обстоятельств дела и является более сложным. Если предприятие находится на территории нескольких государств, основным местом его деятельности должно считаться то место, где сосредоточена значительная часть этой деятельности.

При этом место деятельности предприятия не обязательно должно совпадать с местом нахождения юридического лица, которое, в частности, по российскому праву определяется как место его государственной регистрации.

Вероятно, отказ от такого критерия, как место учреждения стороны, которому в большинстве случаев отдавалось предпочтение при определении применимого права на основе п. 1 ст. 166 ОГЗ 1991 г. как наиболее стабильному и простому в установлении, может в определенных обстоятельствах осложнить задачу правоприменяющих органов. Однако в этом случае можно прибегнуть к возможности опровержения презумпций, если это вытекает из существа договора либо совокупности обстоятельств дела.

Практика применения п. п. 1, 2, 3 ст. 1211 ГК РФ в основном касается ситуаций, когда не возникало обстоятельств отступления от предложенной презумпции.

Например, в решении МКАС от 27 октября 2005 г. по делу N 132/2004 по иску турецкой фирмы

(покупателя) к российской фирме (продавцу) состав арбитража счел применимой ст. 1211 ГК РФ и руководствовался следующим. Согласно п. 1 ст. 1211 ГК РФ при отсутствии соглашения сторон о применимом праве применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Руководствуясь презумпциями п. 2 и п. 1 ст. 1211 ГК РФ, согласно которым таким правом считается право страны, где находится основное место деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для договора, а стороной, осуществляющей такое исполнение в договоре купли-продажи, считается продавец (в данном случае российская организация), МКАС пришел к выводу, что к рассмотрению спора подлежит применению российское право <1>.

<1> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2006. С. 308.

В решении от 14 марта 2005 г. по делу N 112/2004 по иску российской фирмы (заимодавца) к кувейтской фирме (заемщику) МКАС признал применимость ст. 1211 ГК РФ. Основываясь на ней, арбитраж пришел к выводу, что к взаимоотношениям спорящих сторон применимо материальное право РФ как право страны, где находится основное место деятельности стороны, являющейся заимодавцем по договору <1>.

<1> Там же. С. 110.

В ГК РФ, так же как и в Римской конвенции 1980 г., наряду с рассмотренной общей презумпцией предусмотрены и иные (специальные) презумпции определения тесной связи, которые содержатся в п. 4 ст. 1211 ГК РФ. Они предусмотрены в отношении договоров, для которых с учетом их специфики требуется установление специальных приемов определения применимого права, с которым имеет наиболее тесная связь.

К таким договорам относятся договор строительного подряда и договор подряда на выполнение проектных и изыскательских работ. В отношении этих договоров правом страны, с которым договор наиболее тесно связан, предлагается считать право той страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты, т.е. в качестве презумпции используется закон места исполнения обязательства. Специальная презумпция определения тесной связи предусмотрена в отношении договора простого товарищества, который впервые включен в раздел международного частного права. В данном случае в качестве специальной презумпции определения тесной связи названо право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества, т.е. в качестве презумпции используется закон места основной деятельности. Специальная презумпция также предусмотрена в отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже, где правом, наиболее тесно связанным с таким договором, предлагается считать право страны, где проводится аукцион, конкурс или находится биржа, т.е. используется закон места совершения акта. Предусмотренные специальные подходы основаны на известных коллизионных нормах, однако применяются, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора или совокупности обстоятельств дела, что придает им характер предположений, презумпций, от которых могут отступить правоприменяющие органы.

К договорам, для которых предусмотрена специальная презумпция определения тесной связи, относится также договор в отношении недвижимого имущества (п. 1 ст. 1213 ГК РФ). Презюмируется, что 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. Согласно п. 2 ст. 1205 ГК РФ 2002 г. принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам также определяется по праву страны, где имущество находится. Приверженность в данном случае к одному из старейших коллизионных начал, традиционно применяемому в отечественном и зарубежном законодательстве для коллизионного регулирования вопросов собственности и иных вещных прав на недвижимость, обусловлена тем, что для объектов недвижимости законодатель создает специальный режим, во многом определяемый императивными нормами. Недвижимые вещи объединяет подчинение особому более строгому режиму применительно не только к регулированию возникновения, перехода и прекращения права собственности и иных вещных прав (которые обычно подлежат обязательной государственной регистрации), но и к совершаемым с этими объектами сделкам.

Важно обратить внимание на то, что положения, установленные ст. 1213 ГК РФ, направлены на определение права, применимого к договорам, предметом которых является недвижимое имущество. Они являются специальными по отношению к общим положениям ст. 1211 ГК РФ, предусматривающим порядок определения применимого к договорам права. Предметом договоров купли-продажи, аренды,

дарения может быть недвижимость. Возникающая "коллизия" коллизионных норм решается следующим образом: положения ст. 1213 ГК РФ отменяют применение к договорам в отношении недвижимого имущества соответствующие общие положения ст. 1211 ГК РФ, устанавливая для них специальный подход к выбору применимого права. Например, при установлении тесной связи договора купли-продажи недвижимости следует исходить не из общей презумпции, предусмотренной п. п. 2 и 3 ст. 1211 ГК РФ, которая приведет к применению права страны, где находится основное место деятельности продавца как стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, а из специальной презумпции, предусмотренной в п. 1 ст. 1213 ГК РФ, согласно которой подлежит применению право страны, где находится недвижимое имущество <1>.

<1> См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. С. 446 - 447 (автор комментария - А.Л. Маковский).

Таким образом, основываясь на общем подходе определения тесной связи при выборе применимого права, ГК РФ исходит из общей и специальных презумпций, которые могут быть опровергнуты при наличии предусмотренных в ГК РФ условий, что обеспечивает при применении принципа тесной связи как предсказуемость, так и возможность дифференцировать подход в зависимости от условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. Безусловное отступление от презумпций будет иметь место, если иное вытекает из закона.

Использование принципа тесной связи предусмотрено в ГК также для смешанного договора, содержащего элементы различных договоров. Чаще всего такие договоры на практике встречаются при строительстве крупных объектов, где наряду с обязательствами по строительному подряду регулируются и обязательства по проектированию строительства, по купле-продаже материалов и оборудования, по передаче лицензий на используемую технологию, по осуществлению монтажных работ и др. В этой ситуации встает вопрос о применении к договору нескольких коллизионных норм, предусмотренных для различных видов договоров. В ГК РФ предлагается не прибегать к расщеплению коллизионной привязки или к так называемому "разрыву правового регулирования", что приводит к применению права нескольких государств к одному договору, а согласно п. 5 ст. 1211 ГК РФ применить к такому договору, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан. Таким образом, применимым будет считаться право государства, в котором находится основное место деятельности стороны, осуществляющей характерную обязанность по договору в целом.

Наряду с доминирующим принципом тесной связи в определении права, применимого к договорам, в ГК РФ 2002 г. предусмотрены и традиционные коллизионные нормы.

Группа договоров, применимое право к которым определяется на основе жестких коллизионных норм, весьма немногочисленна. Во-первых, к ней относится договор в отношении находящихся на территории РФ земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества, к которым согласно п. 2 ст. 1213 ГК РФ применяется право РФ. Данная императивная односторонняя коллизионная норма исходит из того же критерия определения применимого права, как и рассмотренная выше общая норма об определении права, применимого к договору в отношении находящегося за пределами РФ недвижимого имущества (п. 1 ст. 1213 ГК РФ), - из критерия местонахождения недвижимости. Однако в данном случае на этом критерии основана императивная коллизионная норма, а не специальная презумпция определения тесной связи, как в общей норме о договорах в отношении недвижимого имущества и, следовательно, правоприменяющие органы не могут отступать от предусмотренного коллизионного регулирования, исходя из условий или существа договора либо из совокупности обстоятельств дела.

К группе договоров, на которые не распространяется применение принципа тесной связи, относится также договор о создании юридического лица с иностранным участием. Согласно ст. 1214 ГК РФ к такому договору применяется право страны, в которой, согласно договору, подлежит учреждению юридическое лицо. Специальное регулирование объясняется связью договора о создании юридического лица с его правосубъектностью, определенной личным законом самого юридического лица. Согласно ст. 1202 ГК РФ личным законом юридического лица является право страны, где оно учреждено. Таким образом, формула прикрепления коллизионной нормы, определяющей применимое к договору право, совпадает с формулой прикрепления коллизионной нормы, определяющей личный закон юридического лица.

В группу договоров, в отношении которых применимое право определяется на основе коллизионных норм, входит также договор с участием потребителя. Согласно п. 2 ст. 1212 ГК РФ при отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению к потребительскому договору, применяется право страны места жительства потребителя, если соблюдены условия п. 1 ст. 1212 ГК РФ:

1) заключению договора предшествовала в стране места жительства потребителя оферта, адресованная потребителю, или реклама, и потребитель в этой же стране совершил действия,

необходимые для заключения договора (например, отправил акцепт, сделал заказ, перевел деньги);

2) контрагент потребителя или представитель контрагента получил заказ потребителя в стране места жительства потребителя;

3) заказ на приобретение движимых вещей, выполнение работ или оказание услуги сделан потребителем в другой стране, посещение которой было инициировано контрагентом потребителя в целях побуждения потребителя к заключению договора.

Так, закон обеспечивает применение права местожительства потребителя в тех случаях, когда заключение договора было инициировано контрагентом.

Данная коллизионная норма, направленная на защиту интересов слабой стороны в договоре, не распространяется на два вида договоров с участием потребителя. Первое исключение касается договора перевозки, второе - договора о выполнении работ или об оказании услуг, если работа должна быть выполнена или услуги должны быть оказаны исключительно в иной стране, чем страна места жительства потребителя.

Предусмотренные изъятия не распространяются на договоры о выполнении работ и 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.

Сохранение определения применимого права на основе коллизионных норм, а не принципа тесной связи, в ГК РФ 2002 г. относится к договорам, в отношении которых не допускается согласование применимого права сторонами на основе принципа автономии воли (договор в отношении недвижимости на территории РФ и договор о создании юридического лица с иностранным участием) или установлены ограничения принципа автономии воли в целях защиты прав слабой стороны (потребительский договор), т.е. в отношении договоров, для которых порядок определения применимого права носит императивный или относительно императивный характер.

Г. Часть третья ГК РФ 2013 г.

Четвертое поколение норм, определяющих применимое к договорам право при отсутствии соглашения сторон, было введено Федеральным законом от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ "О внесении изменений в часть третью Гражданского кодекса Российской Федерации", действует с 1 ноября 2013 г.

Новое коллизионное регулирование имеет значительные отличия от ранее действующего. В первую очередь важно отметить исключение в новой редакции ст. 1211 пункта 1, предусматривающего применение права страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Согласно п. 1 ст. 1211 ГК РФ 2013 г., 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.

При этом в п. 2 ст. 1211 сохраняется содержащееся в прежней редакции ст. 1211 (п. 3) расшифровка для отдельных договоров стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Этот перечень также несколько изменен. Если ранее он включал 19 договоров, то в новой ст. 1211 насчитывает 18 договоров, при этом два из ранее входивших в перечень договора - лицензионный и договор коммерческой концессии - выведены из перечня с одновременным включением в п. 6 и 8 новой ст. 1211, в которых для этих договоров предусмотрены специальные коллизионные нормы. Вместо договора коммерческой концессии в п. 16 перечня включен договор возмездного оказания услуг, в котором стороной, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, назван исполнитель.

Таким образом, в настоящее время исходным, основополагающим подходом в ст. 1211 ГК РФ стал критерий "характерного исполнения", на основе которого в прежней редакции этой статьи определялось наличие тесной связи. Стоит напомнить, как отмечалось ранее, что это был основополагающий подход определения применимого права в ОГЗ 1991 г.

В п. 3 новой ст. 1211 ГК РФ вместо специальной презумпции определения тесной связи для трех договоров для этих же договоров включены коллизионные нормы. Предусмотрено, что 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 (п. 3). В отношении договора простого товарищества применяется право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества (п. 4). В отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже, применяется право страны, где проводится аукцион или конкурс либо находится биржа (п. 5).

Кроме того, специальные новые коллизионные нормы в ст. 1211 ГК РФ 2013 г. предусмотрены еще для трех договоров, а именно: согласно п. 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 территории одновременно нескольких стран, - право страны, где находится место жительства или основное место деятельности правообладателя; 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 (п. 7); согласно п. 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.

Важно обратить внимание на новое положение ст. 1211 ГК РФ о применении принципа тесной связи. В п. 9 ст. 1211 предусматривается, что 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 п. п. 1 - 8 настоящей статьи, подлежит применению право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Таким образом, в новой ст. 1211 ГК РФ сохранено обращение к принципу тесной связи, однако при иной схеме - основополагающим подходом при определении применимого права стало определение страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (с указанием данной стороны для 18 договоров) и коллизионные нормы для шести конкретных договоров, основанные на специальных формулах прикрепления. И только если из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела явно вытекает, что договор более тесно связан с правом иной страны, чем то, что определено соответственно на основе принципа характерного исполнения или на основе шести коллизионных норм, подлежит применению право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Если схема ст. 1211 ГК РФ 2002 г. повторяла схему Римской конвенции 1980 г., то новая схема определения применимого права в ст. 1211 ГК РФ 2013 г. имеет очевидное сходство с положениями преемника Римской конвенции - Регламента ЕС от 17 июня 2008 г. N 593/2008 "О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам", известного как Регламент "Рим I" <1>, вступившего в силу с 17 декабря 2009 г.

<1> Official Journal of European Union, L 177/11,4.7.2008.

В Регламенте в ст. 4 "Право, подлежащее применению при отсутствии выбора" в п. 1 (подп. "а" - "h") также исключено положение о принципе тесной связи, с которой начиналась ст. 4 Римской конвенции, и предусмотрены коллизионные нормы для наиболее часто встречающихся в коммерческом обороте договоров, например указано, что договор купли-продажи товаров регулируется правом страны, где имеет свое обычное местонахождение продавец, договор оказания услуг - правом страны, где имеет свое постоянное место нахождения поставщик услуг, и т.д.

При этом согласно п. 2 ст. 4 Регламента, если договор не подпадает под действие п. 1 или если элементы договора подпадают под действие подпунктов "а" - "h" п. 1, договор регулируется правом страны обычного местонахождения стороны, которая должна осуществить исполнение, имеющее характерное значение для договора.

Таким образом, в новой ст. 1211 ГК РФ, вслед за Регламентом "Рим I", отправной точкой определения применимого права становятся коллизионные нормы и обращение к принципу решающего исполнения, которые непосредственно указывают на применение конкретной правовой системы, исключая неопределенность, которая может сопутствовать определению наличия тесной связи.

Вполне очевидно и сходство в применении принципа тесной связи в п. 9 ст. 1211 ГК РФ 2013 г. и п. 3 ст. 4 Регламента "Рим I". Согласно последнему, если из всех обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной, чем та, которая установлена на основании указанных выше подходов, то применяется право этой другой страны.

Не создает различий в регулировании и отсутствие в ст. 1211 ГК РФ 2013 г. положения, аналогичного п. 4 ст. 4 Регламента, согласно которому договор регулируется правом страны, с которой он имеет наиболее тесную связь, если подлежащее применению право не может быть определено на основании коллизионных норм либо основываясь на критерии характерного исполнения, поскольку общее положение о применении принципа тесной связи при невозможности определить применимое право содержится в п. 2 ст. 1186 ГК РФ.

Учитывая существенное сходство схемы определения применимого права, введенной ст. 1211 ГК

РФ 2013 г., с положениями Регламента "Рим I", для понимания нового коллизионного регулирования в российском законодательстве несомненно представляет интерес предложенное А.В. Асосковым пояснение к Регламенту "Рим I", в котором отражен двухступенчатый подход. На первом этапе суд устанавливает результат применения конкретных коллизионных норм ст. 4 (1) или непосредственно использует теорию характерного исполнения для договоров, прямо не перечисленных в ст. 4 (1). На втором этапе суд проверяет получившийся результат через призму механизма корректирующей оговорки, намеренно сформулированной в ограничительном ключе (ст. 4 (3)). Принцип наиболее тесной связи может получить непосредственное действие лишь в тех редких ситуациях, когда положения ст. ст. 4 (1) и 4 (2) окажутся вообще неприменимыми (ст. 4 (4)) <1>.

<1> См.: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. С. 393.

Некоторые изменения и дополнения внесены и в общие положения ст. 1211 ГК РФ 2013 г., завершающие новую статью. Положение о том, что к договору, содержащему элементы различных договоров, применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан, дополнено положением о том, что это справедливо, 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 (п. 10 ст. 1211). Согласно п. 11, если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев, обозначаемых соответствующими торговыми терминами.

Изменения в определении применимого права в ГК РФ 2013 г. коснулись и коллизионных норм, содержащихся в ст. 1212 "Право, подлежащее применению к договору с участием потребителя" и ст. 1214 с новым названием "Право, подлежащее применению к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица", которые, как и ранее, дополняют порядок определения применимого права, предусмотренный в ст. 1211 ГК РФ.

5.3. Сфера действия права, применимого к договорным обязательствам

Как при определении применимого права сторонами, так и при определении применимого права при отсутствии соглашения сторон правоприменяющими органами выбранное право регулирует комплекс вопросов, ограниченный рамками обязательственного статута - сферы действия права, применимого к договорным обязательствам. Определение сферы статута обязательств - права, регулирующего существо отношений (**lex causae**), имеет важное практическое значение, поскольку в связи с договорными отношениями сторон возникают разнообразные вопросы, требующие разрешения на основе применимого права. Эти вопросы могут относиться не только к обязательственному статуту, который могут выбрать стороны, но и к вещному статуту, где преобладают императивные нормы, или к личному статуту сторон договора, который определяется императивными нормами.

Специальная статья о сфере действия права, подлежащего применению к договору, была включена в законодательство Венгрии, Туниса, однако содержится не во всех законах о международном частном праве. Например, она отсутствует в известных законах о международном частном праве Австрии и Швейцарии. Специальные статьи содержатся в международных конвенциях, например, в Римской конвенции 1980 г., ст. 10 которой полностью воспринята Регламентом ЕС "Рим I" (ст. 12), в Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. (Конвенция Мехико). Анализируя соответствующие статьи различных международных конвенций, Н.Г. Вилкова отмечает, что встречается несколько вариантов определения сферы применения коллизионной нормы: в "позитивном", "негативном" и "смешанном" варианте <1>. Такая же характеристика может быть дана и соответствующим нормам национального законодательства.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко. М., 2010. С. 296.

В законодательстве РФ специальная статья, определяющая сферу действия права, подлежащего применению к договору (сферу действия обязательственного статута) впервые появилась в части третьей ГК РФ. Ранее исходным для определения круга вопросов, подпадающих под сферу обязательственного статута, являлось доктринальное толкование.

Как следует из текста ст. 1215 ГК РФ, в ней определяется сфера действия права, подлежащего применению к договору в соответствии с выбором права сторонами (ст. 1210 ГК РФ), а при его отсутствии

- в соответствии с правилами ст. 1211 ГК РФ, предусматривающей применение права страны, с которой договор наиболее тесно связан, а также сферу действия статута договора с участием потребителя (ст. 1212 ГК РФ), договора в отношении недвижимого имущества (ст. 1213 ГК РФ), договора о создании юридического лица с иностранным участием (ст. 1214 ГК РФ). Согласно ст. 1215 ГК РФ сфера обязательственного статута распространяется также на право, подлежащее применению к уступке требования. Как предусмотрено п. 1 ст. 1216 ГК РФ, право, подлежащее применению к соглашению между первоначальным и новым кредиторами об уступке требования, определяется в соответствии с п. п. 1 и 2 ст. 1211 ГК РФ.

Следует отметить, что нет единого мнения о том, распространяется ли обязательственный статут на односторонние сделки. Так, М.М. Богуславский пишет, что под обязательственным статутом в международном частном праве понимается право, подлежащее применению к обязательственным отношениям, возникающим, как в силу односторонних, так и в силу заключенных между сторонами сделок <1>.

<1> См.: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М., 2005. С. 266.

Вместе с тем в комментарии к ст. 1215 ГК РФ Н.Г. Вилкова высказывает мнение о том, что приведенный в указанной статье перечень относится не ко всем видам договорных и иных правоотношений, по которым в гл. 68 ГК РФ предусмотрены коллизионные нормы, а лишь к тем, относительно которых правила о применимости сформулированы в ст. ст. 1210, 1214, 1216 ГК РФ. Автор отмечает, что в ст. 1215 в сферу действия применимого права не включены односторонние сделки (наследование и завещание), обязательства, возникающие вследствие недобросовестной конкуренции и неосновательного обогащения <1>. Соглашаясь с таким ограничением сферы действия права, подлежащего применению к договору, хотелось бы все же отметить, что для тех случаев, когда неосновательное обогащение возникло в связи с существующим или предполагаемым договорным правоотношением (п. 2 ст. 1223 ГК РФ), ст. 1215 ГК РФ подлежит применению.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под ред. Н.И. Марышевой, К.Б. Ярошенко. С. 568.

Включение ст. 1215 в ГК РФ вполне очевидно вносит большую определенность и завершенность в регулирование применимого к договорам права. Вместе с тем, как и все статьи о сфере обязательственного статута, содержащиеся в законодательстве зарубежных стран и в международных конвенциях, она включает не исчерпывающий, а только примерный комплекс вопросов.

Примерный перечень, включающий шесть пунктов, начинается с вопроса о толковании договора. Арбитрам при применении российского права нередко приходится руководствоваться ст. 431 ГК РФ "Толкование договора" и принимать во внимание буквальное значение содержащихся в договоре слов и выражений, а в случае его неясности устанавливать это значение путем сопоставления с другими условиями и смыслом договора в целом. Несмотря на то что в ст. 1215 ГК РФ нет такого разъяснения, вполне обоснованно полагать, что имеется в виду толкование не только условий договора, но также и юридической природы договора.

Например, в решении от 21 июля 2008 г. по делу N 139/2007 по иску российской организации (лизингополучатель) к украинской организации (поставщик) на основании договора международной купли-продажи, отношения по которому стороны подчинили праву Украины, МКАС, руководствуясь п. 1 ст. 806 ГК Украины установил, что в данном случае имеет место косвенный лизинг, поскольку имущество было специально приобретено лизингодателем у продавца (поставщика) согласно установленным лизингополучателем спецификациям и условиям <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007 - 2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2010. С. 434.

Названные в перечне ст. 1215 ГК РФ тесно взаимосвязанные вопросы о правах и об обязанностях сторон договора и исполнении договора распространяют сферу действия обязательственного статута на широкий комплекс вопросов, включающих, например, определение срока и места исполнения обязательств, возможность исполнения по частям, исполнение обязательств, в которых участвуют несколько кредиторов или должников и иных вопросов, относящихся как к общей части обязательственного права, так и к регулированию прав и обязанностей сторон по конкретным договорам.

Включение в данный перечень последствий неисполнения или ненадлежащего исполнения договора подчиняет обязательственному статуту весь комплекс вопросов ответственности: основания

ответственности; обстоятельства освобождения от ответственности; возмещение убытков и взыскание штрафов и их соотношение, а также последствия неисполнения, не относящиеся к формам ответственности, но являющиеся средствами правовой защиты исправной стороны.

Согласно данному примерному перечню действие обязательственного статута распространяется на прекращение договора. Это включает, кроме прекращения обязательства исполнением, и такие виды прекращения, как зачет, новация, прекращение обязательства невозможностью исполнения и др. В доктрине в связи с подчинением обязательственному статуту вопроса о способах прекращения обязательств особое внимание обращалось на проблему, возникающую при погашении обязательства зачетом встречных требований, если первоначальное и встречное требования не имеют общего обязательственного статута. Отмечая различные подходы, имеющиеся в международной практике по этому вопросу, например применение закона суда, статута главного обязательства, Л.А. Лунц пришел к выводу о том, что в принципе зачет встречных требований возможен в той мере, в какой это допускается соответствующей нормой статутов обоих встречных требований, - как того, против которого заявлен зачет, так и того, которое предъявлено к зачету <1>.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002. С. 511 - 513.

В ГК РФ 2013 г. включена специальная ст. 1217.2 "Право, подлежащее применению к прекращению обязательства зачетом", согласно которой прекращение обязательства зачетом определяется по праву страны, подлежащему применению к отношению, из которого возникло требование, против которого заявляется о зачете встречного требования. Прекращение обязательства зачетом, производимое по соглашению сторон, определяется правилами настоящего Кодекса о праве, подлежащем применению к договору, т.е. в этом случае применяется обязательственный статут.

Примерный перечень вопросов ст. 1215 ГК РФ завершается вопросом о последствиях недействительности договора, но не включает вопроса об основаниях недействительности. Этот вопрос будет рассмотрен далее.

Нельзя не отметить, что перечень вопросов, включенных в ст. 1215, практически повторяет соответствующую статью Римской конвенции 1980 г. (ст. 10) и Регламента "Рим I" (ст. 12), но предельно краток по сравнению с другими национальными нормами. Примером наиболее полного перечня вопросов, подпадающих под сферу регулирования обязательственного статута, может служить § 30 Указа Венгрии 1979 г. N 13 "О международном частном праве", в котором предусмотрено, что право договора распространяется на все элементы обязательственных правоотношений, в частности на заключение договора, его действительность с материальной и формальной точки зрения, на действие вытекающих из него обстоятельств, а также, если стороны не установили иное или иное не следует из положений настоящего Указа, на соглашения об обеспечении исполнения договора (договор залога, поручительства и т.п.) и на допустимость зачета, уступку требования и перевод долга в связи с договором <1>.

<1> См.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. С. 506.

Однако, несмотря на столь краткий перечень вопросов в ст. 1215 ГК РФ, с учетом других норм ГК РФ, к обязательственному статуту следует обращаться за разрешением целого ряда других вопросов, что фактически расширяет сферу его применения.

Так, согласно ст. 1208 ГК РФ исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению, т.е. в тех случаях, когда соответствующие отношения вытекают из договора, обязательственный статут определяет исковую давность.

В практике МКАС при ТПП РФ немало примеров обращения к нормам об исковой давности права, применимого к договорным обязательствам.

Одним из примеров этому может служить решение МКАС от 15 ноября 2006 г. по делу N 30/2006 по иску австрийской фирмы к российской организации в связи с неполной оплатой товара. В нем арбитраж, установив, что применимым правом согласно положениям контракта является право РФ, при рассмотрении вопроса о пропуске срока исковой давности руководствовался соответствующими положениями ГК РФ (п. 1 ст. 196, ст. ст. 200, 203 ГК РФ) и пришел к выводу, что истец не пропустил срок исковой давности <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2008. С. 299 - 300.

Согласно ст. 1218 ГК РФ основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным

обязательствам определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему обязательству. Соответственно, если речь идет о договорных обязательствах, на основе обязательственного статута определяются основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам.

В решении МКАС от 1 октября 2008 г. N 5/2008 по иску финской фирмы к российской организации в связи с невозвратом суммы аванса за не поставленный продавцом товар по договору международной купли-продажи, который подчинялся Венской конвенции 1980 г. и субсидиарно праву РФ, при рассмотрении требования истца о взыскании процентов за пользование чужими денежными средствами состав арбитража, руководствуясь ст. 1218 ГК РФ, применил ст. 395 ГК РФ. В ст. 395 ГК РФ предусматривается, что размер процентов определяется существующей в месте нахождения кредитора (т.е. в Финляндии) учетной ставкой банковского процента (ставкой рефинансирования) на день исполнения денежного обязательства либо на день предъявления иска, либо вынесения решения. Поскольку истец не представил документального подтверждения размера учетной ставки и не указал точного расчетного периода взыскания процентов, состав арбитража оставил данное требование без рассмотрения <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007 - 2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 496 - 497.

Сфера применения обязательственного статута распространяется и на отношения при уступке требования при определении допустимости уступки требования, на отношения между новым кредитором и должником, на условия, при которых это требование может быть предъявлено к должнику кредитором и на вопрос о надлежащем исполнении обязательства должником (п. 2 ст. 1216 ГК РФ). Сфера действия права, подлежащего применению к договору, распространяется и на обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения, если неосновательное обогащение возникло в связи с существующим или предполагаемым договорным правоотношением, по которому приобретено или сбережено имущество (п. 2 ст. 1223 ГК РФ).

Существует и иное толкование вопросов, входящих в обязательственный статут. Так, Г.К. Дмитриева пишет, что за основу определения границ сферы действия обязательственного статута может быть взят главный элемент договорного обязательства - права и обязанности сторон договора. Любые вопросы, прямо не связанные с правами и обязанностями, не входят в сферу действия обязательственного статута. Однако это не означает неприменения обязательственного статута для решения вопросов, не входящих в его сферу, при наличии прямого указания в законе на то, что данный вопрос определяется обязательственным статутом. В этом случае, как пишет Г.К. Дмитриева, обязательственный статут выполняет функцию особой коллизионной привязки **lex causae**, которая означает закон страны, регулирующий существо отношения <1>.

<1> См.: Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2010. С. 290.

Названный перечень, как включенный в ст. 1215 ГК РФ, так и дополненный с учетом названных статей ГК РФ, полностью не охватывает все вопросы, которые могут регулироваться обязательственным статутом, например заключение договора, основания недействительности договора и некоторые другие. Незамкнутый перечень вопросов позволяет пополнить его, например, вопросами об акцессорных обязательствах, о переводе долга, который упоминается в Модельном Гражданском кодексе для стран СНГ.

Особого внимания заслуживает вопрос о моменте перехода риска случайной гибели товара, затронутый, в частности, в Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г. В ст. 12 Конвенции, содержащей перечень вопросов, которые подлежат регулированию правом, применимым к договору купли-продажи, в подп. "d" назван "момент перехода на покупателя риска в отношении товаров".

В отечественной доктрине и практике важным ориентиром в этом вопросе остается разъяснение, данное Л.А. Лунцем, о том, что "различение моментов перехода права собственности и риска с продавца на покупателя имеет особое значение для международного частного права: в одном случае (в отношении момента перехода риска) вопрос решается по обязательственному статуту, в другом (в отношении перехода права собственности), как правило, по закону местонахождения вещи в момент наступления обстоятельства, обусловившего переход" <1>, т.е. по статуту вещных прав.

<1> Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа. Коллизионные вопросы. М., 1972. С. 59.

Большая ясность в этом вопросе обеспечена включением в ГК РФ 2013 г. ст. 1205.1 о вещном статуте, в п. 5 которой названы возникновение и прекращение вещных прав, в том числе переход права собственности, а также включением в ст. 1206 "Право, подлежащее применению к возникновению и прекращению вещных прав" п. 3, согласно которому 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. При этом важно отметить, что если в п. 1 ст. 1210 ГК РФ 2002 г. расширена сфера обязательственного статута, выбранного сторонами, путем включения в него вопросов возникновения и прекращения права собственности и иных вещных прав на движимое имущество без ущерба для прав третьих лиц, то в соответствии с изменениями ГК РФ в 2013 г. данное положение исключено из п. 1 ст. 1210 ГК РФ в связи с его перенесением в п. 3 ст. 1206 ГК РФ.

Важно иметь в виду, что несмотря на то, что в ст. 1215 ГК РФ предлагается лишь примерный перечень вопросов, на которые распространяется обязательственный статут, его расширение не безгранично. Общеизвестно, что сфера права, применимого к договору, не распространяется на правосубъектность и правоспособность сторон договора, которые определяются личным статутом. Это положение неоднократно подтверждалось в практике МКАС при ТПП РФ.

Например, в Постановлении МКАС по делу N 163/2003 по иску российской организации к фирме из США отмечается, что вопросы ликвидации юридического лица относятся к личному статусу юридического лица, который регулируется не обязательственным статутом сделки, которым согласно положениям контракта являлось право РФ, а личным законом соответствующего лица. Руководствуясь ст. 1202 ГК РФ арбитраж определил, что личным законом ответчика является право США, где он учрежден и зарегистрирован и по законодательству которых проводится процедура банкротства. Арбитры обратились к Кодексу США о банкротстве в связи с выяснением вопроса о том, возможно ли ведение арбитражного разбирательства во время нахождения ответчика в стадии банкротства <1>.

<1> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2006. С. 220.

По праву, применимому к договору, не могут определяться также и вопросы, подпадающие под действие статута вещных прав (ст. 1205.1 ГК РФ 2013 г.), деликтного статута (ст. 1220 ГК РФ). До принятия части третьей ГК РФ в редакции 2013 г. такое же разграничение существовало и в отношении требований к форме сделки, что кардинально изменилось в связи с новой ст. 1209, предусматривающей, что форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке.

Большая ясность в делимитации статутов обеспечивается включением нового п. 2 в ст. 1215 ГК РФ, в котором предусмотрено, что если иное не вытекает из закона, положения п. 1 настоящей статьи не затрагивают, в частности, сферу действия права, подлежащего применению к вопросам, указанным в п. 2 ст. 1202 ГК РФ (вопросы, входящие в личный закон юридического лица), ст. 1205.1 (сфера действия права, подлежащего применению к вещным правам), п. 5 ст. 1217.1 (право, подлежащее применению к отношениям представительства) настоящего Кодекса.

Важно обратить внимание на то, что в обязательственный статут, независимо от включенных вопросов, входят только вопросы, регулируемые гражданским правом. В обязательственный статут не включаются нормы публичного права, например экспортно-импортного регулирования, права конкуренции. Эти нормы проникают в сферу регулирования договорных отношений через механизм применения сверхимперативных норм, которые согласно изменениям в ГК РФ получили название "нормы непосредственного применения" (ст. 1192) <1>.

<1> Более подробно о сверхимперативных нормах см. т. 1 настоящего учебника. С. 326 - 335.

5.4. Определение права, применимого к недействительности договора

Перечень вопросов, включенных согласно ст. 1215 ГК РФ в сферу действия права, подлежащего применению к договору, включает вопрос о последствиях недействительности договора. Однако нормы об определении права, применимого к основаниям признания договора недействительным, в ст. 1215 ГК РФ не содержатся. **Не включены они и в ст. 1215 ГК РФ 2013 г.** Как же определяются основания и другие вопросы, связанные с признанием сделки недействительной?

На этот вопрос, который можно отнести к одному из наиболее сложных в международном частном праве, не может быть дан однозначный ответ, поскольку, как отмечается в литературе, неспособность сделки произвести правовой эффект, на который она была рассчитана, может явиться следствием различных причин <1>.

<1> См.: Тузов Д.О. Теория недействительности сделок: опыт российского права в контексте европейской правовой традиции. М., 2007. С. 140.

Поскольку сделка представляет собой единство четырех элементов - 1) субъектов - лиц участвующих в сделке, 2) субъективной стороны - единства воли и волеизъявления, 3) формы и 4) содержания, порок любого или нескольких элементов сделки приводит к ее недействительности <1>. Выбор применимого права зависит от того, порок какого элемента является основанием ее недействительности.

<1> См.: Гражданское право / Под ред. А.П. Сергеева, Ю.К. Толстого. М., 2002. Т. 1. С. 250.

Вопрос о применимом праве имеет важное значение, поскольку в отношении признания договора недействительным практически не применяется материально-правовой метод регулирования. Международные конвенции, содержащие унифицированные материально-правовые нормы в области регулирования договорных отношений, не регулируют вопросов их недействительности. Например, в Венской конвенции 1980 г. установлено, что, поскольку иное прямо не предусмотрено в Конвенции, она не касается действительности самого договора или каких-либо из его положений (п. (а) ст. 4). В литературе отмечалось, что вопросы недействительности договора хотя и были разработаны, сознательно исключены из сферы регулирования. Предполагалось, что такие вопросы могут стать предметом отдельных специальных актов, в том числе своего рода спутников Конвенции (подобно Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже 1974 г.) <1>.

<1> См.: Лебедев С.Н. Листая страницы истории. Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров. К 10-летию ее применения Россией. М., 2001. С. 6.

В таком известном и весьма полном унификационном акте, как ОУП СЭВ 1968/1988, содержалось только положение о недействительности сделки при нарушении требования письменной формы сделок (§ 4), т.е. о формальной действительности.

Оставаясь за пределами международно-договорной унификации, положения о действительности содержатся в Принципах международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 г. (ранее в редакции 1994 г. и 2004 г.) в специальной гл. 3, которая, однако, затрагивает не все возникающие вопросы. Положения о недействительности содержатся также в гл. 4 Принципов европейского договорного права.

Однако Принципы УНИДРУА не могут быть отнесены к традиционному пониманию права, их включают в сферу современного **lex mercatoria** <1>. Они могут применяться на основе соглашения сторон как нормы права, применимые к существу спора только при рассмотрении спора международным коммерческим арбитражем. В ст. 28 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" 1993 г. предусмотрено, что третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Термин "нормы права" имеет специальное толкование, включающее не только нормы национального права какой-либо страны, но и нормы, которые не являются составной частью какой-либо правовой системы. Они получили название транснациональных норм, норм современного **lex mercatoria** <2>.

<1> О **lex mercatoria** более подробно см. т. 1 настоящего учебника. С. 170 - 184.

<2> См.: Комаров А.С. Прогрессивное развитие унификации правовых норм о международных коммерческих сделках (вступительная статья) // Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006. С. VI - VII.

При отсутствии соглашения сторон арбитры, которые согласно ст. 28 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" могут признать применимым право, а не нормы права, могут обращаться к Принципам УНИДРУА для толкования и для восполнения пробелов регулирования, принимая во внимание процесс их становления как международного обычая. Однако, передавая спор государственному арбитражу, стороны могут предусмотреть применение Принципов УНИДРУА только как договорных условий, в пределах действия диспозитивных норм ГК РФ или применимого права другого государства.

Таким образом, наличие положений о недействительности в Принципах УНИДРУА не влияет на общий вывод о том, что вопросы о признании договора недействительным в настоящее время остаются за рамками материальной международно-договорной унификации.

Международные конвенции, содержащие унифицированные коллизионные нормы в области определения права, применимого к договорам: Римская конвенция 1980 г. (в настоящее время Регламент

"Рим I"), Гагская конвенция 1986 г. (в силу не вступила), Конвенция Мехико 1994 г., - регулируют в основном определение применимого права к материальной и формальной действительности договора. Однако в них обходится вопрос о праве, применимом к недействительности договора на основе порока субъекта. Россия в названных Конвенциях не участвует. Киевское соглашение 1992 г. и Минская конвенция 1993 г. не содержат коллизионных норм о праве, применимом к действительности договора, оставляя его определение национальным коллизионным нормам - положениям ГК РФ.

В ГК РФ 2002 г. прямо предусмотрено определение применимого права для признания договора недействительным только на основании нарушения требований к форме (порок формы) или к формальной недействительности. В соответствии с общим положением ст. 1209 ГК РФ 2002 г. форма сделки подчинялась праву места ее совершения. Однако предусматривалось, что сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права. Таким образом, для сделки, совершенной за границей, положения российского права, предусматривающие требования к форме сделки, становились субсидиарным статутом, если сделка была заключена с нарушением требований к форме по праву места совершения.

Изъятие из общего правила ст. 1209 ГК РФ было предусмотрено для определения права, применимого к форме внешнеэкономических сделок, если хотя бы одной из сторон сделки являются российские участники внешнеэкономической деятельности. Это изъятие из общего правила имеет долгую предысторию и появилось еще в ОГЗ 1961 г. (ГК РСФСР 1964 г.), согласно которым устанавливалось, что форма внешнеэкономических сделок, совершаемых советскими организациями, и порядок их подписания независимо от места совершения этих сделок определяются законодательством Союза ССР. Эти требования состояли в обязательной письменной форме сделки и специально установленном порядке ее подписания, что было предусмотрено Постановлением Совмина СССР от 14 февраля 1978 г. N 122 "О порядке подписания внешнеэкономических сделок". Порядок подписания заключался в обязательном подписании внешнеэкономических договоров двумя уполномоченными лицами. Несоблюдение этого порядка подписания вело к недействительности сделки.

Императивная коллизионная норма, предусматривавшая в данном случае применение советского права независимо от места совершения сделки, обеспечивала применение норм о недействительности внешнеэкономических сделок, заключенных с нарушением формы и порядка подписания, содержащихся в ст. 14 ОГЗ 1961 г., ст. 45 ГК РСФСР 1964 г. В практике ВТАК при ТПП СССР (как в те годы назывался МКАС при ТПП РФ) имелось немало примеров, когда сделки и дополнения к сделкам признавались недействительными в соответствии с названными в этих статьях основаниями.

В связи с процессом либерализации регулирования внешней торговли в ст. 165 ОГЗ 1991 г. о недействительности внешнеэкономических сделок был исключен порядок их подписания. Это привело к созданию двух режимов формальной действительности внешнеэкономических сделок, применение которых зависело от даты их подписания. Сделки, подписанные до вступления в силу ОГЗ 1991 г., для признания их действительными должны были быть совершены с соблюдением формы и порядка их подписания. Сделки, совершенные после даты вступления в силу ОГЗ 1991 г., признавались действительными при условии их совершения в письменной форме, независимо от соблюдения особого порядка подписания двумя лицами.

С введением в действие части первой ГК РФ 1995 г. был создан единый режим для определения формальной действительности всех сделок независимо от даты их подписания в силу ст. 9 Вводного закона к части первой ГК РФ от 30 ноября 1994 г. N 52-ФЗ. В ней было установлено, что нормы Кодекса об основаниях и последствиях недействительности (ст. ст. 162, 165 - 180 ГК РФ) применяются к сделкам независимо от даты их совершения. Таким образом, независимо от времени совершения внешнеэкономических сделок они более не могли быть признаны недействительными на основании нарушения особого порядка подписания, установленного Постановлением Совмина СССР от 14 февраля 1978 г. N 122 <1>.

<1> См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. М., 2010. С. 522 - 524.

Сохранение нормы-изъятия в п. 1 ст. 1209 ГК РФ 2002 г. обусловлено сохранением требования обязательной письменной формы внешнеэкономических сделок, независимо от места совершения, с участием российского юридического лица или физического лица, осуществляющего предпринимательскую деятельность, личным законом которого в соответствии со ст. 1195 ГК РФ является российское право. Это было обусловлено сохранением требования обязательности письменной формы внешнеэкономических сделок, а также положением ГК РФ о том, что несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет ее недействительность (п. 3 ст. 162 ГК РФ) <1>. На практике вопрос о недействительности внешнеэкономической сделки в связи с нарушением требования соблюдения письменной формы чаще возникал в связи с дополнением или изменением сделки, которые также должны

быть совершены с соблюдением требований к ее форме.

<1> В соответствии с Федеральным законом от 7 мая 2013 г. N 100-ФЗ "О внесении изменений в подраздел 4 и 5 раздела I части первой и ст. 1153 части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации" п. 3 ст. 162 ГК РФ признан утратившим силу.

Например, в решении от 17 февраля 1997 г. по делу N 150/1996 по иску российской организации к японской фирме МКАС при ТПП РФ, применяя российское право, исходил из того, что любая договоренность между сторонами должна быть оформлена в простой письменной форме. Устная договоренность, даже если наличие таковой было надлежащим образом доказано заинтересованной стороной, признавалась бы недействительной в силу п. 3 ст. 162 ГК РФ <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ за 1999 - 2000 г. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 161.

Вопрос о формальной действительности сделок в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр РФ, - российскому праву, как предусмотрено в п. 3 ст. 1209 ГК РФ, являющемся вторым изъятием из общего порядка определения применимого к формальной действительности права.

Существенное изменение ст. 1209 в редакции ГК РФ 2013 г. кардинально изменило определение права, которое устанавливает требования к форме сделки. В п. 1 новой ст. 1209 предусмотрено, что форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке. Однако достаточно соблюдения права страны места совершения сделки. Такой общий подход в большей степени соответствует тенденции развития международного частного права в определении применимого права к форме сделки. При этом основной формулой прикрепления является в большинстве случаев не место совершения сделки, а именно право, применимое к договору (законодательство Венгрии), либо их альтернативное применение (законодательство Швейцарии).

В новой редакции п. 1 ст. 1209 ГК РФ предусматривается, что 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. **Самым существенным изменением ст. 1209 ГК РФ является исключение положения п. 2 о том, что форма внешнеэкономической сделки с участием российских лиц подчинена независимо от места совершения этой сделки российскому праву, которому предшествовало исключение п. 3 ст. 162 ГК РФ о недействительности внешнеэкономической сделки при несоблюдении простой письменной формы <1>.**

<1> См. подробнее: Бардина М.П. О праве, применимом к недействительности сделок на основе порока формы. Современное регулирование и ожидаемые изменения // Вопросы международного частного, сравнительного и гражданского права, международного коммерческого арбитража: Liber Amicorum в честь А.А. Костина, О.Н. Зименковой, Н.Г. Елисеева / Сост. и науч. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова, А.И. Муранов, Е.В. Вершинина. М., 2013. С. 40 - 52.

В ст. 1209 ГК РФ 2013 г. предусмотрены также иные важные новые коллизионные нормы для определения формальной действительности договора. В новом п. 2 ст. 1209 предусмотрено, что, если право страны места учреждения юридического лица содержит особые требования в отношении формы договора о создании юридического лица, форма таких сделок подчиняется праву этой страны.

Кроме того, ст. 1209 ГК РФ дополнена новым п. 3 (притом что прежний п. 3 остался без каких-либо изменений, он стал п. 4). Согласно новому п. 3, если сделка либо возникновение, переход, ограничение или прекращение прав по ней подлежат обязательной государственной регистрации в Российской Федерации, форма такой сделки подчиняется российскому праву. Следует отметить, что согласно ст. 165 ГК РФ сделки, заключенные без соблюдения требуемой законом нотариальной формы или государственной регистрации, ничтожны.

Одним из оснований признания сделки недействительной является порок субъекта. При рассмотрении этого вопроса в первую очередь определяются вопросы правового статуса стороны сделки и, соответственно, могут применяться ст. 1195 ГК РФ, определяющая личный закон физического лица, ст. 1201 ГК РФ, определяющая его возможность заниматься предпринимательской деятельностью, п. 1 ст. 1202 ГК РФ, определяющий личный закон юридического лица, ст. 1203 ГК РФ, определяющая личный закон организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву.

В случаях признания договора недействительным на основе порока субъекта важно учитывать

изъятия из личного закона физического и юридического лица, которые традиционно предусматриваются в нормах международного частного права в целях обеспечения стабильности отношений. Прежде всего имеется в виду п. 2 ст. 1197 ГК РФ, предусматривающий, что физическое лицо, не обладающее гражданской дееспособностью по своему личному закону, не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности по праву места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности. Необходимо также учитывать п. 3 ст. 1202 ГК РФ, согласно которому при совершении сделок иностранное юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий, не известное праву страны, в которой орган или представитель иностранного юридического лица совершает сделку.

Установив положения личного статута лиц - сторон сделки при решении вопроса о недействительности договора на основе порока субъекта, необходимо обратиться к норме закона, которая предусматривает, что сделка с таким пороком субъекта признается недействительной, и устанавливает последствия недействительности такой сделки.

Среди весьма разнообразных случаев, связанных с оспариванием действительности на основании порока субъекта <1>, часто встречаются ситуации, когда сторона утверждает, что при совершении сделки воля юридического лица была выражена его органом или представителем с превышением предоставленных полномочий. Приведем пример применения нормы права, которая определяет статут лица и недействительность сделки.

<1> См. подробнее: Бардина М.П. Некоторые аспекты проблемы недействительности внешнеэкономических сделок (отсутствие правоспособности и превышение полномочий) // Международное частное право: современная практика: Сб. статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланава. М., 2000. С. 70 - 83.

При рассмотрении спора МКАС при ТПП РФ по делу N 347/1995 ответчик - словацкая фирма - заявила о недействительности контракта, ссылаясь наряду с другими основаниями на то, что договор был подписан одним председателем правления, притом что в соответствии с выпиской из торгового реестра все договоры от имени данного акционерного общества должны подписываться двумя членами правления. МКАС, руководствуясь личным статутом ответчика, установил, что ответчик является акционерным обществом и согласно § 191 - 195 Торгового кодекса Словакии заключает сделки через коллегиальный уставный орган **predstavenstvo**, название которого переведено словацким присяжным переводчиком как "правление". Каждый член правления уполномочен совершать сделки от имени акционерного общества. Ограничения компетенции членов правления, установленные уставом общества, не имеют правового значения для третьих лиц. Также на основании словацкого права МКАС установил следующее: из материалов дела не усматривается, что истец мог узнать, что председатель правления акционерного общества не был уполномочен на подписание договора единолично. Таким образом, в силу § 16 ГК Словакии подписание договора одним лицом создало обязательства для данного акционерного общества <1>.

<1> См.: Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. Арбитражная практика за 1996 - 1997 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 1998. С. 101.

Серьезным основанием недействительности, которое может привести к ничтожности сделки, является порок содержания. Действующие в настоящее время коллизионные нормы не отвечают на вопрос о том, какое право подлежит применению при признании недействительности договора на основании противоречия его содержания закону. Как уже отмечалось, согласно ст. 1215 ГК РФ обязательственный статут включает только последствия недействительности, но не основание недействительности.

Следует отметить, что в статьях зарубежного законодательства о международном частном праве имеются примеры включения в сферу действия применимого к договору права (обязательственного статута) условий недействительности договора и последствий такой недействительности (Тунис). Закон Украины о международном частном праве от 23 июня 2005 г. в ст. 33 предусматривает, что действительность сделки, ее толкование и правовые последствия недействительности сделки определяются правом, которое применяется к содержанию сделки.

В чем же причина включения в перечень вопросов, входящих согласно ст. 1215 ГК РФ в обязательственный статут, только последствий недействительности и невключения в него оснований недействительности <1>?

<1> В данном случае мы не затрагиваем дискуссионного вопроса о том, говорится ли в ст. 1215 ГК

РФ о последствиях недействительности для признания сделок недействительными по различным основаниям, в том числе и по основаниям по иному праву, чем то, которое регулирует существо обязательства. Этот вопрос рассматривается И.С. Зыкиным (см.: Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: В 2 т. / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. 6-е изд., перераб. и доп. Т. 2: Части III, IV ГК РФ. С. 157).

Можно предположить, что при подготовке этой статьи, как и целого ряда других, был принят во внимание п. 1 ст. 10 Римской конвенции 1980 г. (воспроизведена в ст. 10 Регламента ЕС "Рим I"), который в примерном перечне вопросов, подпадающих под сферу действия применимого права, содержит только последствия недействительности договора, но не основания недействительности. Однако в Римской конвенции наряду с этой нормой имеются специальные статьи о праве, применимом к формальной (ст. 9) и материальной (ст. 8) действительности <1>, в то время как в ГК РФ содержится только ст. 1209, на основании которой решается вопрос о формальной действительности, а нормы об иных основаниях недействительности (о материальной действительности, хотя в ГК РФ такой термин не используется) отсутствуют.

КонсультантПлюс: примечание.

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

<1> См.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. С. 138 - 139.

Согласно Римской конвенции 1980 г. материальная действительность определяется правом, которое должно регулировать ее в соответствии с Конвенцией, если бы договор был действительным, т.е. обязательственным статутом (ст. 8). Таким образом, Римская конвенция 1980 г., а теперь и Регламент ЕС "Рим I", полностью воспринявший эти положения (ст. 10), исходят из характерного для современного коллизионного регулирования подчинения вопросов (материальной) действительности обязательственному статуту. Такой подход предусмотрен также в ст. 12 Конвенции Мехико 1994 г.

Поскольку в ГК РФ вопрос о праве, применимом к материальной действительности договора, не нашел разрешения, международный опыт в регулировании этого вопроса мог бы быть принят во внимание. Тем более что перечень, приведенный в ст. 1215 ГК РФ, не является исчерпывающим, а предусматривает, что им определяется, в частности, ряд вопросов, включая и последствия недействительности.

В пользу возможности такого подхода говорит и то, что распространенное в правовой литературе понимание сферы обязательственного статута, существовавшее до его законодательного закрепления в ст. 1215 ГК РФ, включало и вопрос о действительности сделок. Отечественная доктрина склонялась к применению в этом случае обязательственного статута. "Рассмотрим вопрос о действительности контракта, - писал Л.А. Лунц, - подчиняется ли он обязательственному статуту или закону суда? Практика многих стран решает вопрос в пользу обязательственного статута" <1>. В определении сферы обязательственного статута в авторитетном учебнике международного частного права 1984 г. отмечалось, что обязательственный статут сделки охватывает такие вопросы, как условия действительности сделки, практически начиная с этого вопроса перечень включаемых в сферу обязательственного статута вопросов <2>.

<1> Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 1975. Т. 2: Особенная часть. С. 211.

<2> См.: Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. М., 1984. С. 89.

К положениям обязательственного статута обращался МКАС при ТПП РФ при рассмотрении заявлений сторон спора о недействительности сделки на основании противоречия ее содержания требованиям закона.

Например, в решении МКАС по делу N 114/2004 по иску российской организации (продавца) к сирийской фирме (покупателю) рассматривалось заявление истца о недействительности подписанного сторонами Меморандума. Истец считал, что положение Меморандума об отказе истца от требования к ответчику об уплате неустойки нарушает императивное предписание ГК РФ (п. 4 ст. 575), запрещающее дарение в отношениях между коммерческими организациями. В связи с этим, ссылаясь на ст. 168 ГК РФ, истец настаивал на недействительности Меморандума. В решении МКАС было отмечено, что ГК РФ не предусматривает обязанности кредитора требовать уплаты неустойки и не содержит запрета на отказ от ее взыскания. Поскольку отказ истца от взыскания неустойки не нарушает норм применимого

законодательства, МКАС пришел к выводу об отсутствии оснований для признания Меморандума недействительной сделкой на основании ст. 168 ГК РФ, т.е. нормы, входящей в обязательственный статут <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 314 - 316.

Другим примером признания недействительности на основании порока содержания с применением обязательственного статута и обращением к положению международного договора РФ является решение МКАС от 30 января 2007 г. по делу N 129/2005. Состав арбитража нашел, что требование истца об исполнении ответчиком обязательства по уплате НДС 18%, включенного в цену за поставленный товар, основано на положении контракта, которое противоречит обязательному для сторон новому порядку взимания НДС, установленному межправительственным соглашением. Согласно п. 4 ст. 15 Конституции РФ данное соглашение входит в правовую систему страны. Основываясь на изложенном, МКАС посчитал, что условие контракта об уплате импортером НДС следует признать ничтожным на основании ст. 168 ГК РФ как не соответствующее требованиям закона и иным правовым актам. При этом, как предусмотрено ст. 180 ГК РФ, недействительность указанного условия контракта не влечет недействительности других его частей, поскольку есть все основания предположить, что сделка была бы совершена и без включения ее недействительной части <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2007 - 2008 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 57.

Решение вопросов действительности сделки на основании порока содержания не может исчерпываться только обязательственным статутом договора. В этом случае может возникнуть необходимость обращения к сверхимперативным нормам, названным в ст. 1192 ГК РФ 2013 г. **нормами непосредственного применения** права страны суда, которые в соответствии со ст. 1192 ГК РФ не умаляются применением иностранного права, а также сверхимперативным нормам права другой страны, имеющей тесную связь с отношением.

При рассмотрении вопросов о недействительности сделки в связи с несоответствием воли и волеизъявления, применимым традиционно также признается обязательственный статут.

Например, при рассмотрении МКАС спора по делу N 65/1997 по иску российской организации к австрийской фирме ответчик заявил о том, что заключенная между ними сделка была притворной, поскольку стороны не имели в виду, что за поставленные товары должны производиться платежи. Ответчик сослался на то, что поставки должны были осуществляться в счет погашения задолженности перед ответчиком, поскольку он произвел за истца расчеты с третьей организацией, в отношении которой у истца имелась задолженность. Отношения между сторонами регулировались Венской конвенцией о купле-продаже товаров, которая не содержит положений о действительности. Субсидиарно применимым было признано право РФ. Рассмотрев материалы дела и выслушав объяснения сторон, МКАС, основываясь на п. 1 ст. 170 ГК РФ, не согласился с тем, что заключенный контракт являлся притворной сделкой <1>.

<1> См.: Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 1999. С. 15.

Примером обращения к обязательственному статусу может служить также рассмотрение спора по делу N 118/2001 по иску израильской фирмы к германской фирме, в котором применимым было признано право РФ. Рассматривая утверждение ответчика о том, что контракт является притворной сделкой, совершенной с намерением прикрыть другую сделку, арбитры основывались на п. 2 ст. 170 ГК РФ (обязательственный статут) и нашли, что для такой квалификации необходимо наличие в обеих сделках одного и того же субъектного состава. Указанные ответчиком контракты подписывались им с разными юридическими лицами <1>.

<1> См.: Практика Международного коммерческого суда при ТПП РФ за 2001 - 2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. С. 259.

Таким образом, в связи с множественностью оснований недействительности сделок определение права, применимого к признанию договора недействительным, не ограничивается обязательственным статутом. Это может зависеть от того, какой из пороков договора рассматривается как основание его

недействительности, может потребовать применения сверхимперативных норм применимого права, права страны суда, права страны, имеющей тесную связь с договорным отношением, положений международных договоров, в которых участвует страна.

5.5. Исковая давность

Исторически сложилось так, что исковая давность в странах европейского континента и в России была институтом материального права, а в странах общего права (США, Великобритания, Австралия и др.) - процессуального права. В международном частном праве это различие проявлялось прежде всего при определении применимого права. В странах, где исковая давность является институтом материального права, к ней применяется право страны, подлежащее применению к соответствующему договорному или иному отношению (**lex causa**). Например, если в силу автономии воли сторон или норм международного частного права к конкретному договору должно применяться российское право, то и исковая давность к отношениям, возникающим из этого договора, будет определяться российским правом. В странах общего права традиционно применялись нормы об исковой давности той страны, в которой рассматривался конкретный спор (**lex fori**). Применение правил об исковой давности других стран исключалось.

В конце XX в. указанные различия стали постепенно нивелироваться. В Великобритании был принят Закон 1984 г. об иностранных сроках исковой давности, в силу которого суды Англии и Уэльса при применении иностранного права должны применять и право этой страны, относящееся к исковой давности <1>.

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

Очевидно, не без влияния этого Закона были приняты законы в некоторых штатах Австралии. Например, в Законе 1993 г. N 94 Нового Южного Уэльса о выборе права предусматривалось, что вопросы исковой давности должны рассматриваться как часть материального права. Аналогичное правило содержится и в Законе австралийского штата Виктория <1>.

<1> См.: Там же. С. 142 - 143.

В отечественной литературе отмечалось также, что и в практике судов США пробивает себе дорогу тенденция, направленная на отказ от характеристики института исковой давности в качестве процессуального <1>.

<1> См.: Садиков О.Н., Краснова Н.Л. Исковая давность в международном частном праве // Российский ежегодник международного права 1992. СПб., 1994. С. 138 - 142.

В 1966 г. была учреждена Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). На нее возлагалась, в частности, подготовка новых международных конвенций, типовых и единообразных законов в области права международной торговли. Не случайно, что первым документом, разработанным Комиссией, стал проект конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров. Это объяснялось, во-первых, тем, что в законодательстве различных стран содержались положения, базировавшиеся на различных концепциях (например, о понятии исковой давности, порядке ее применения и др.). Во-вторых, во внутреннем законодательстве государств существовала сложная система сроков, продолжительность которых была очень разнообразна (от 6 месяцев до 30 лет). В-третьих, проблема выбора применимого права при рассмотрении вопросов исковой давности осложнялась тем, что она в одних системах права была институтом материального, а в других - процессуального права.

Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров (далее - Конвенция об исковой давности, Конвенция) была принята в Нью-Йорке 14 июня 1974 г. В ней определяются условия, при которых требования покупателя и продавца друг к другу, вытекающие из договора международной купли-продажи товаров или связанные с его нарушением, прекращением либо недействительностью, не могут быть осуществлены вследствие истечения определенного периода времени. Такой период времени именуется в Конвенции сроком исковой давности. При этом договор купли-продажи считается международным, если в момент заключения договора коммерческие предприятия покупателя и продавца находятся в разных государствах.

В ст. 3 Конвенции установлены правила ее применения. Во-первых, коммерческие предприятия

сторон в момент заключения договора должны находиться в договаривающихся государствах (п. 1). Во-вторых, поскольку в Конвенции не предусмотрено иное, она применяется вне зависимости от права, которое могло бы подлежать применению в силу норм международного частного права (п. 2). Например, иное предусмотрено в ст. 23, в которой говорится об изменении срока исковой давности.

Вместе с тем Конвенция не применяется в тех случаях, когда стороны договора в ясно выраженной форме исключили ее применение (п. 3 ст. 3). Кроме того, она не применяется к продаже товаров, которые приобретаются для личного, семейного или домашнего пользования, судов водного и воздушного транспорта, электроэнергии и в других случаях, предусмотренных в ст. ст. 4 и 5 Конвенции.

Конвенцией установлен единый четырехлетний срок исковой давности. В соответствии со ст. 1 продолжительность года определяется по григорианскому (солнечному) календарю. Такая детализация связана с тем, что во многих странах применяется лунный календарь, продолжительность года по которому, по сравнению с солнечным календарем, короче приблизительно на десять дней.

По общему правилу течение срока начинается со дня возникновения права на иск. В Конвенции не содержится ответа на вопрос, когда это право возникает. Поэтому для определения начального момента возникновения права на иск необходимо обратиться к применимому национальному законодательству. Например, в силу ст. 200 ГК РФ течение исковой давности по общему правилу начинается со дня, когда лицо узнало или должно было узнать о нарушении своего права. В Германии общий срок исковой давности начинает течь с момента окончания календарного года, в котором: 1) возникло требование и 2) кредитор узнал о лежащих в основе требования обстоятельствах и о должнике либо должен был узнать об этом, если бы не проявил грубую неосторожность (§ 199 ГГУ).

В Конвенции, однако, определен начальный момент течения исковой давности для ряда конкретных требований. Например, право на иск, вытекающее из нарушения договора, считается возникшим в день, когда имело место такое нарушение; право на иск, вытекающее из дефекта или иного несоответствия товара условиям договора, возникает со дня фактической передачи товара покупателю или его отказа от принятия товара. Право на иск, основанное на обмане, совершенном до либо во время заключения договора или во время его исполнения, возникает со дня, когда этот обман был или разумно мог быть обнаружен.

В Конвенции предусмотрена возможность перерыва и продления срока исковой давности. Основанием для перерыва является совершение кредитором действия, которое по праву страны суда, где возбуждается дело, рассматривается как возбуждение судебного разбирательства против должника или как предъявление требования в ходе ранее начатого разбирательства против должника с целью получения удовлетворения или признания такого требования (ст. 13).

Если по соглашению сторон спор между ними подлежит разрешению в арбитраже, течение срока исковой давности прерывается, когда любая из сторон возбуждает арбитражное разбирательство в соответствии с порядком, который предусмотрен арбитражным соглашением или правом, применимым к такому разбирательству (ст. 14).

Следует обратить внимание на то, что в отличие от ст. 203 ГК РФ перерыв течения исковой давности по Конвенции наступает только в связи с возбуждением судебного или арбитражного разбирательства: совершение обязанным лицом действий, свидетельствующих о признании долга, не приводит к перерыву. Существенно различаются и последствия перерыва: по Конвенции, в отличие от ст. 203 ГК РФ, после перерыва течение исковой давности прекращается, а не начинается заново.

Из этого правила существует, однако, исключение. В силу ст. 19 Конвенции, если кредитор до истечения срока исковой давности совершает в государстве, где должник имеет свое коммерческое предприятие, какое-либо действие, которое не предусмотрено в соответствующих статьях Конвенции, но в соответствии с правом этого государства влечет за собой возобновление срока исковой давности, то наступает новый четырехлетний срок исковой давности, исчисляемый со дня, предусмотренного правом такого государства. Следует прежде всего обратить внимание на то, что речь в этой статье идет о действиях кредитора, а не должника. Например, в некоторых правовых системах требование кредитора исполнения должником его обязательства может вызвать возобновление срока исковой давности, даже если это требование и не связано с возбуждением иска.

В судебной и арбитражной практике возникает иногда ситуация, когда требование предъявлено в пределах срока исковой давности, но рассмотрение спора закончилось без вынесения решения по существу требования. В силу ст. 17 Конвенции в таком случае течение срока исковой давности не будет считаться прерванным. Если на момент такого окончания рассмотрения спора срок исковой давности истек или истекает менее чем через год, кредитор имеет право на предъявление требования в течение одного года, считая со дня окончания рассмотрения спора.

В тех случаях, когда кредитор не смог предъявить иск по независящим от него обстоятельствам, срок исковой давности не будет считаться истекшим до окончания одного года со дня прекращения действия соответствующего обстоятельства (ст. 21).

В отличие от ст. 203 ГК РФ признание в письменной форме должником своего обязательства в Конвенции квалифицируется не как перерыв исковой давности, а как ее продолжение. Однако последствия, которые при этом возникают, аналогичны тем, что предусмотрены в ст. 203 ГК РФ: наступает новый четырехлетний срок исковой давности. Уплата процентов или частичное исполнение обязательства должником влечет за собой те же последствия при условии, что такое поведение должника дает разумное основание считать признание им своего обязательства.

В Конвенции не нашла применения юридическая конструкция приостановления течения исковой давности, известная гражданскому законодательству России и других стран.

По общему правилу, установленному в Конвенции, срок исковой давности и порядок его применения не могут быть изменены путем заявления или соглашения между сторонами. Исключения из этого правила предусмотрены в п. 2 ст. 22: должник может в любое время в течение срока исковой давности продлить этот срок путем письменного заявления кредитору, причем такое заявление может быть сделано неоднократно. В Конвенции не установлен конкретный срок, на который каждый раз он продлевается. Однако в любом случае, в силу ст. 23, срок исковой давности истекает не позднее 10 лет со дня, когда первоначально началось его течение.

Вместе с тем Конвенцией признается действительным содержащееся в договоре купли-продажи условие, которое предусматривает, что арбитражный процесс должен быть начат в пределах срока, более короткого, чем четырехлетний. Это возможно, однако, только в том случае, если такое условие будет юридически действительным согласно праву, применимому к договору купли-продажи.

Истечение срока исковой давности принимается во внимание при рассмотрении спора только по заявлению стороны, участвующей в процессе.

Право требования не подлежит признанию и принудительному осуществлению при рассмотрении спора, начатого после истечения срока исковой давности. В исключение из этого правила сторона может заявить свое требование и после окончания этого срока в порядке возражения или для зачета против любого требования, предъявленного другой стороной. Причем для зачета это может быть сделано только в следующих случаях: 1) если оба требования вытекают из одного и того же или нескольких взаимосвязанных договоров или 2) если требования могли быть предъявлены к зачету в любое время до истечения срока исковой давности.

В случае исполнения своей обязанности должником по истечении давностного срока он не вправе на этом основании требовать возврата исполненного, хотя бы он и не знал в момент исполнения обязанности, что срок давности истек (ст. 26).

Судьба Конвенции об исковой давности тесно связана с Венской конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Лишь после вступления последней в силу (1 января 1988 г.) обрела свое действие и Конвенция об исковой давности. Это объясняется в основном тем, что 11 апреля 1980 г. был принят Протокол об изменении Конвенции об исковой давности (далее - Протокол 1980 г.), которым ряд положений этой Конвенции был приведен в соответствие с положениями Венской конвенции. Протоколом 1980 г. внесены существенные изменения главным образом в содержание ст. 3 первоначального текста Конвенции 1974 г., которой определены условия ее применения.

Новый текст п. 1 ст. 3 гласит: "Настоящая Конвенция применяется только в том случае, если а) в момент заключения договора международной купли-продажи товаров коммерческие предприятия сторон договора находятся в Договаривающихся государствах; либо б) согласно нормам международного частного права к договору купли-продажи применимо право Договаривающегося государства" (аналогичное правило установлено и в Венской конвенции 1980 г.).

Содержание подп. "а" п. 1 ст. 3 нового текста по существу ничем не отличается от первоначальной редакции п. 1 Конвенции. Принципиальные изменения содержатся в подп. "б" п. 1, который заменил п. 2 первоначальной редакции. В соответствии с новой редакцией Конвенция теперь может применяться и в тех случаях, когда коммерческое предприятие одной из сторон или даже предприятия обеих сторон договора международной купли-продажи не находятся в Договаривающихся государствах. Достаточно того, чтобы к отношениям сторон подлежало применению право Договаривающегося государства.

Как известно, согласно ст. 15 Конституции РФ международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Аналогичное правило существует во многих странах. Соответственно, если эти страны являются участниками Конвенции об исковой давности в редакции Протокола 1980 г., то Конвенция становится частью их национального права и может быть применима также к отношениям с предприятиями, не находящимися в Договаривающихся государствах.

При применении Конвенции об исковой давности возникают определенные сложности. Это связано с тем, что одни государства являются участниками Конвенции в первоначальной редакции 1974 г., другие - в редакции Протокола 1980 г. На июль 2013 г. участниками Конвенции являются 35 государств, из них присоединились к Протоколу 22: из европейских стран Беларусь, Венгрия, Молдова, Польша, Румыния, Словения, Чехия и Словакия.

В соответствии со ст. 8 Протокола 1980 г. присоединение к нему любого государства, которое не является Договаривающейся стороной Конвенции об исковой давности 1974 г., имеет силу присоединения к этой Конвенции с поправками, внесенными в нее Протоколом 1980 г. Однако государство, присоединяющееся к Протоколу, может сделать заявление, что оно не будет связано его первой статьей, которой внесены изменения в ст. 3 первоначальной редакции Конвенции. Такие заявления были сделаны Соединенными Штатами Америки и Чехословакией, после разделения которой ее правопреемницами стали Чехия и Словакия <1>.

<1> О Статусе Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. и Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров с внесенными в нее поправками 1980 г. см.: СПС "КонсультантПлюс".

Россия не является участницей Конвенции. Однако в ряде споров, которые рассматривались в МКАС, истцы ссылались на нее, когда применимым являлось российское право. Аналогичные ошибки по этому вопросу допускались и в российской юридической литературе <1>. Такие ошибки возникают, по-видимому, в связи с тем, что 14 июня 1974 г. Конвенция от имени СССР была подписана. Однако для участия в ней необходимо было ее ратифицировать или присоединиться к ней. Ни того ни другого не было сделано ни Советским Союзом, ни Российской Федерацией.

<1> Об этом см.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. М., 2007. С. 240 - 341.

Хотя Россия и не является в настоящее время участницей Конвенции, ее положения могут быть в определенных случаях применимы к договорам международной купли-продажи товаров, которые заключены российскими предприятиями. Например, Польша является участницей Конвенции об исковой давности с поправками, внесенными в нее Протоколом 1980 г. Соответственно, положения Конвенции входят в правовую систему Польши. Следовательно, если к договору купли-продажи, заключенному между польским и российским предприятиями, применимым будет польское право, то на их отношения будут распространяться положения Конвенции, хотя Россия и не является ее участницей.

В принципе возможна и такая ситуация, когда ни одна из сторон договора купли-продажи не находится в Договаривающемся государстве, но к их отношениям будут применяться положения Конвенции, например, если в договоре, заключенном российским и болгарским предприятиями в качестве применимого права будет предусмотрено право Венгрии - участницы Конвенции.

Помимо Конвенции, специально посвященной исковой давности, в международной купле-продаже, существуют и другие, в которых также регулируются вопросы исковой давности. Например, в 1969 г. была принята Международная конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 г. Протоколом от 27 ноября 1992 г. в нее были внесены изменения, и она получила новое наименование: Конвенция об ответственности 1969 г. Российская Федерация присоединилась к этому Протоколу в соответствии с Федеральным законом от 2 января 2000 г. В ст. VIII Конвенции, измененной Протоколом, установлено: "Право на возмещение, предусмотренное настоящей Конвенцией, погашается, если иск не будет предъявлен в соответствии с ее положениями в течение трех лет со дня причинения ущерба. Однако ни в коем случае иск не может быть предъявлен по истечении шести лет со дня, когда произошел инцидент, причинивший ущерб".

В настоящее время на основании Федерального закона от 11 марта 1997 г. N 48-ФЗ на территории Российской Федерации применяется Единообразный закон о переводном и простом векселе (приложение к Женевской конвенции 1930 г.) В ст. 70 этого Закона предусмотрено, в частности, что исковые требования векселедержателя против индоссантов и векселедателя погашаются истечением одного года со дня протеста, совершенного в установленный срок.

Что касается коллизионного регулирования исковой давности в российском законодательстве, то в нем не произошло никаких изменений в связи с принятием новой редакции ГК РФ. В ст. 1208 ГК РФ "Право, подлежащее применению к исковой давности" установлено: "Исковая давность определяется по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению". Такое же правило было закреплено еще в ОГЗ 1991 г. Формулировка ст. 1208 ГК РФ подразумевает: выбор сторонами договора права, применимого к нему, означает, что это право регулирует и вопросы исковой давности.

Глава 6. ДОГОВОР МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ

6.1. Общие положения

Прежде всего необходимо определить, о каких договорах пойдет речь и как соотносятся такие

понятия, как "договор купли-продажи", "внешнеэкономическая сделка", "договор международной купли-продажи товаров", "договор купли-продажи товаров с иностранным элементом", "договор купли-продажи с участием потребителя, осложненный иностранным элементом". Режим регулирования указанных разновидностей договоров не во всем совпадает, поэтому принципиально важно четко определить каждый из них.

В общем виде, без учета национальных различий, договор купли-продажи - это соглашение двух лиц, по которому одна сторона - продавец обязуется передать другой стороне товар и перенести право собственности на него, а другая сторона - покупатель обязуется принять товар и уплатить согласованную цену. Для определения понятия договора международной купли-продажи товаров следует обратиться к тексту международной Конвенции ЮНСИТРАЛ о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (далее - Венская конвенция 1980 г., Конвенция) <1>, так как в подавляющем большинстве случаев именно она применяется для регулирования таких договоров, а значит, предложенное в ней определение является основополагающим. Существо договора остается неизменным, а на его международный характер указывает следующий элемент: стороны контракта должны иметь коммерческие предприятия в разных странах, причем национальность сторон во внимание не принимается. Принципиальное значение имеет также и то, что сам контракт не должен иметь характер потребительской сделки, когда имущество приобретает для личного, семейного или домашнего использования. Это следует не только из текста Венской конвенции, но и из того, что понятие "внешнеэкономическая сделка" и "договор международной купли-продажи товаров" соотносятся как общее и частное. Характерным признаком внешнеэкономической сделки является ее предпринимательский характер, что предполагает необходимость исключения из этой категории так называемых "бытовых", или потребительских сделок, совершаемых не для целей бизнеса, а для удовлетворения личных потребностей индивида. Кроме того, в большинстве случаев внешнеэкономические сделки совершаются участниками на регулярной основе в отличие от потребительских сделок, носящих разовый характер.

<1> Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров, заключена в г. Вене 11 апреля 1980 г., вместе со Статусом Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров (Вена) от 11 апреля 1980 г. (по состоянию на 30 апреля 2013 г.). Вступила в силу с 1 января 1988 г. // Вестник ВАС РФ. 1994. N 1. СССР присоединился к Конвенции 23 мая 1990 г., положения применяются соответственно с 1 сентября 1991 г.

Таким образом, при рассмотрении вопроса выбора применимого права для договора купли-продажи товаров необходимо различать договор международной купли-продажи и потребительский договор купли-продажи, осложненный иностранным элементом в трех его классических проявлениях: субъект (продавец, покупатель), объект (продаваемый товар), юридический факт (заключение договора, осуществление поставки). Следует также уделить внимание договорам, заключающимся в сети Интернет, так как в этом случае могут возникнуть дополнительные трудности.

Договоры международной купли-продажи товаров регулируются прежде всего упомянутой Венской конвенцией. Не следует, однако, забывать, что в ней урегулированы не все вопросы, а кроме того, ее применение может быть исключено или ограничено волей сторон или международно-правовыми и национальными нормативными актами.

6.2. Понятие внешнеэкономической сделки

В современных реалиях мировая экономика отличается значительным увеличением экономических связей между государствами. Внешнеэкономические сделки занимают центральное место в правовом регулировании международного коммерческого оборота, являются ведущим правовым основанием, в силу которого возникают обязательства участников международного имущественного оборота. Внешнеэкономические сделки могут быть односторонними (выдача чека, векселя и т.п.) и двусторонними, последние часто принято именовать международными коммерческими контрактами (договорами).

Категория внешнеэкономической сделки появилась в отечественном законодательстве в начале 90-х годов прошлого столетия.

Ей предшествовало понятие внешнеторговой сделки. Применительно к внешнеэкономической сделке российское законодательство регулирует следующие вопросы:

- необходимость установления права, подлежащего применению к сделке;
- императивные требования в отношении письменной формы совершения сделки;
- разрешение споров, возникающих в связи со сделкой, как правило, в порядке международного коммерческого арбитража. Следует отметить, что российский закон никогда не содержал легального определения внешнеэкономической (внешнеторговой) сделки. Соответствующее определение

формировалось в доктрине и апробировалось на практике. При формулировании современного понимания данной категории следует учитывать некоторые документы международного характера, в частности Венскую конвенцию 1980 г., которая является частью российской правовой системы, а также другие документы ЮНСИТРАЛ (Конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже 1974 г., Типовой закон о международном коммерческом арбитраже и др.). Указанные акты в качестве ключевого критерия, которому должна отвечать внешнеэкономическая (международная) сделка, выделяют необходимость нахождения коммерческих предприятий (**places of business**) сторон сделки в разных государствах.

Необходимо отметить, что ранее в доктрине и практике использовался критерий различной национальной принадлежности сторон, который присутствовал (применительно к юридическим лицам), когда такие лица были созданы в соответствии с законодательствами различных государств. Венская конвенция 1980 г. в п. 3 ст. 1 содержит правило о том, что **"национальная принадлежность сторон"** не принимается **"во внимание при определении применимости настоящей Конвенции"**, что, в свою очередь, нельзя не учитывать при формулировании общего понятия внешнеэкономической сделки.

Вместе с тем названная Конвенция не раскрывает понятие **"коммерческое предприятие стороны"**. Комплексный анализ положений Конвенции позволяет сделать вывод, что речь идет о постоянном месте осуществления деловой активности или, иными словами, месте нахождения **"делового обзаведения"** сторон.

Как отмечается в доктрине и практике, **"коммерческое предприятие"** в Конвенции подразумевает постоянное место осуществления деловых операций, и коммерческим предприятием может являться место нахождения главной конторы юридического лица, а также его представительства, филиала <1>. Если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, для целей соответствующей сделки таким предприятием следует считать то, которое с учетом обстоятельств известных сторонам или предполагавшихся ими в любое время (**до или в момент совершения сделки**) имеет с ней или ее исполнением наиболее тесную связь (ст. 10 Конвенции).

<1> См.: Зыкин И.С. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. М., 1994. С. 10; см. также Постановление ФАС Уральского округа от 16 марта 2009 г. N Ф09-1236/09-С1 по делу N А47-4862/2008АК-106.

Таким образом, положения Конвенции не применяются к договору международной купли-продажи, если сторонами являются предприятия разной государственной принадлежности, но находящиеся на территории одного государства. В ином случае, если контракт заключен между предприятиями одной государственной принадлежности с местом нахождения в различных государствах, положения Конвенции подлежат применению.

Вторым отличительным критерием внешнеэкономической сделки является ее **предпринимательский характер**, что предполагает необходимость исключения из указанной категории так называемых **бытовых**, или потребительских сделок, совершаемых не для целей бизнеса, а для удовлетворения личных потребностей индивида. Данное соображение находит нормативное закрепление, в частности, в ст. 2 а Конвенции 1980 г., согласно которой она не применяется к продаже товаров, "которые приобретаются для личного, семейного или домашнего использования...".

Другие, иногда встречающиеся в литературе критерии, такие как **пересечение товаром таможенной границы** или **использование иностранной валюты в качестве средства платежа по сделке**, являются типичными, но отнюдь не необходимыми критериями общего гражданско-правового понятия внешнеэкономической сделки.

Таким образом, **к внешнеэкономическим следует относить имеющие предпринимательский характер сделки, совершаемые сторонами, имеющими свои коммерческие предприятия в разных государствах.**

В силу автономии воли стороны сами вправе согласовать правопорядок, который будет регулировать их взаимные права и обязанности по внешнеэкономическому договору. При отсутствии такого согласования правоприменительный орган в первую очередь обращается к нормам международных договоров, содержащих соответствующие нормы материального права, а в отсутствие таковых - к международным договорам, содержащим коллизионные нормы, или в отсутствие последних - к национальным коллизионным нормам <1>.

<1> Подробнее см. п. 5.2 "Определение права, применимого к договору на основе коллизионных норм" настоящего тома учебника.

6.3. Источники правового регулирования

На национальном уровне источники, которые регулируют выбор применимого к договору купли-продажи права (коллизионные нормы), могут предусматривать как общий для всех договоров критерий, так и конкретную привязку, относящуюся только к договору купли-продажи. Кроме того, они могут содержать особые правила для отдельных элементов договора; обычно это касается формы и ответственности (последнее - для потребительских договоров). В частности, ГК РФ содержит ряд статей, из которых ст. 1211 устанавливает общую привязку для договоров - критерий наиболее тесной связи, конкретизируя его в том числе для договора купли-продажи товаров (право страны продавца), а ст. ст. 1209 и 1217 регулируют вопросы формы и ответственности соответственно. Следует обратить внимание и на то, что не все связанные с договором отношения регулируются одним и тем же выбранным правом.

На наднациональном уровне, помимо разделения на коллизионные и материально-правовые источники, следует упомянуть о дихотомии: обязательные и рекомендательные акты, причем последние приобретают особое значение именно для внешнеэкономических сделок и, как следствие, для договоров международной купли-продажи товаров, как за счет принципа автономии воли, так и благодаря включению в их состав *lex mercatoria*.

Среди соглашений, обладающих обязательной юридической силой и содержащих материально-правовое регулирование, особое место занимает Венская конвенция 1980 г. Трудно переоценить ее значение и выявить иной документ, столь блестяще регулирующий отношения, возникающие из договора международной купли-продажи товаров. Следует тем не менее помнить о двух обстоятельствах - жесткие критерии применимости указанной Конвенции и наличие вопросов, выходящих за рамки ее регулирования.

В отношении коллизионного регулирования особое место занимает региональный унификационный акт - Регламент ЕС "Рим I" о праве, применимом к договорным обязательствам 2008 г. Помимо прекрасного примера унификации коллизионного регулирования он интересен тем, что предусматривает возможность применения права страны - не члена Европейского союза, т.е. потенциально - и российского права <1>.

<1> О Регламенте ЕС "Рим I" подробнее см. т. 1 настоящего учебника, с. 154.

Среди универсальных договоров можно выделить Конвенцию о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (Гаага, 1955 г.). Следует также назвать Гаагскую конвенцию о праве, применимом к отношениям, связанным с переходом права собственности по договору международной купли-продажи товаров, 1958 г. и Гаагскую конвенцию о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. Последние две Конвенции все еще не вступили в силу: Конвенцию 1958 г. ратифицировала лишь Италия, а подписана она была только Грецией, Конвенцию 1986 г. ратифицировала Аргентина, подписали ее Чехия, Словакия и Нидерланды.

Существует большое число двусторонних договоров, заключенных в сфере экономического сотрудничества. Эти международные договоры могут быть классифицированы следующим образом:

- договоры, определяющие международно-правовой режим экономических связей;
- договоры, регулирующие движение товаров и услуг через государственные границы. Эта группа распадается на следующие виды: а) торговые соглашения, б) соглашения об оказании услуг, в) соглашения о научно-техническом сотрудничестве и т.д.;

- договоры, регулирующие движение капиталов через государственные границы;
- договоры, регулирующие валютно-финансовые отношения между странами;
- соглашения о международном регулировании цен на сырьевые товары;
- соглашения о международном регулировании производства.

Одним из ведущих центров "частных кодификаций" в отношении важнейших вопросов международной торговли является Международная торговая палата. Под ее эгидой разработан целый ряд документов и типовых договоров, из которых наибольшую востребованность на практике получили ИНКОТЕРМС (Международные правила толкования торговых терминов) в редакции 2010 г., Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов в редакции 2006 г. и Унифицированные правила для инкассо в редакции 1995 г. Несмотря на изначально рекомендательное значение данных правил, за ними в ряде стран признается характер обыкновений, обычаев, а иногда и международных торговых обычаев. Украина признала для себя обязательный характер ИНКОТЕРМС, придав этому документу статус закона; в ст. 1211 ГК РФ предусматривается, что для применения ИНКОТЕРМС достаточно простого использования в договоре терминов, содержащихся в данном документе.

Все большее значение приобретают и Принципы международных коммерческих договоров, разработанные Международным институтом по унификации частного права - неправительственной

организацией, находящейся в Риме (Принципы УНИДРУА), на которые нередко дается ссылка в контрактах и таким образом они становятся условиями последних. Вместе с тем наблюдается тенденция применения данного документа и в отсутствие соглашения сторон контракта об этом. В таких случаях можно считать, что Принципы УНИДРУА выражают сложившиеся обычаи международной торговли, хотя ряд исследователей полагает их обычаями.

Таким образом, условиями применения источников рекомендательного характера являются: прямое указание сторонами в договоре на конкретный документ; выбор сторонами в качестве применимого права **lex mercatoria**, в состав которого включаются акты, носящие рекомендательный характер; решения арбитража о применении к регулированию отношений **lex mercatoria** при отсутствии выбора применимого права сторонами.

6.4. Форма внешнеэкономической сделки

В основе требований к форме контракта находится **контроль законности сделки и защиты публичных интересов**, однако форма внешнеторговой сделки должна также обеспечивать интересы контрагентов сделки. В этой связи необходимо, чтобы была выявлена **реальная воля совершающих сделку сторон**, чтобы волеизъявления соответствовали реальной воле сторон, чтобы не создавались дополнительные препятствия, формальности, которые затрудняли бы или значительно усложняли процесс заключения внешнеэкономической сделки.

Отечественное законодательство с середины 30-х годов прошлого столетия придает большое значение форме внешнеэкономических (внешнеторговых) сделок.

В российском праве всегда действовало непоколебимое правило **об обязательной письменной форме** внешнеэкономической сделки, хотя то, что понималось под самим понятием "письменная форма" постоянно изменялось.

Положениями ч. 2 ст. 161 ГК РСФСР 1964 г. устанавливалось, что письменный договор может заключаться как путем составления одного документа, так и путем обмена письмами, телеграммами, телефонограммами и т.п., подписанными стороной, которая их посылает. Далее п. 2 ст. 58 ОГЗ 1991 г. пополнил названный **незакрытый** перечень телетайпограммами.

В ГК РФ законодатель продвинулся еще дальше: в частности, в п. 2 ст. 434 ГК РФ раскрывается понятие письменной формы: **составление одного документа, подписанного сторонами; обмен документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной (очевидно, подразумевается факсимильная связь), электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору**. Долгое время помимо обязательной письменной формы соответствующие сделки со стороны советской организации подлежали подписанию двумя надлежаще уполномоченными лицами <1>. Указанный порядок подписания утратил силу, в то время как требование о необходимости письменной формы свое действие сохранило. Согласно п. 3 ст. 434 ГК РФ письменная форма также считается соблюденной, когда лицо, получившее письменную оферту, совершает действия **(отгрузка товара, уплата цены и т.п.)** по выполнению условий, предусмотренных в оферте. Как справедливо отмечалось <2>, практическая реализация такой возможности российскими участниками внешнеэкономических связей представляется проблематичной в свете действующих в России правил экспортного, валютного и таможенного контроля.

<1> Более подробно об этом см. п. 5.4 настоящего тома учебника.

<2> Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 2007. С. 27.

Вместе с тем, как отмечается в доктрине и практике, стороны должны действительно понимать, какое именно право регулирует форму внешнеэкономического договора <1>. Определение права, применимого к форме сделки, на основе сочетания закона места ее совершения (**lex loci actus**) и иных коллизионных привязок, включая привязку к закону, регулирующему соответствующие отношения (**lex causae**), характерно для современных зарубежных кодификаций международного частного права (Австрия, Германия, Румыния, Турция, Швейцария и др.). Некоторые кодификации закрепляют специальную коллизионную норму в отношении формы сделок, совершаемых лицами, которые находятся в разных странах <2>.

<1> Laborde Carolina M. Electronic Signatures in International Contracts. 2010. P. 140.

<2> Звекон В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007. С. 293.

В отношении формы внешнеэкономической сделки в российском законодательстве в связи с

принятием новой редакции разд. VI ГК РФ произошли кардинальные изменения. В них нашли отражение международное и зарубежное регулирование данного вопроса. По примеру многих стран основной коллизионной привязкой, закрепленной в п. 1 ст. 1209 ГК РФ, стала привязка **lex causa**: "Форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке". Это общее правило сопровождается двумя уточнениями, смягчающими жесткую коллизионную форму. Во-первых, сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права страны места совершения сделки к форме сделки. Другими словами, в определенных случаях наряду с **lex causa** может быть принято во внимание **lex loci contractus**.

Во-вторых, если одной стороной сделки выступает российское лицо, то сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права к форме сделки. Таким образом, в новом российском законодательстве к форме сделки могут применяться различные правовые системы в зависимости от конкретных обстоятельств - **lex causa, lex loci contractus**, российское право. Такой подход отражает современное стремление к смягчению регулирования и увеличению числа ситуаций, в которых может быть сохранена действительность сделки.

Эти изменения также продиктованы необходимостью отразить изменения ГК РФ в отношении формы внешнеэкономической сделки; речь идет об аннулировании п. 3 ст. 162 ГК РФ, в котором предусматривалось признание внешнеэкономической сделки недействительной в случае несоблюдения при ее заключении простой письменной формы.

В свое время правило п. 3 ст. 162 ГК РФ о недействительности внешнеэкономической сделки, заключенной без соблюдения простой письменной формы, было **введено в отечественный правовой порядок в условиях государственной монополии внешней торговли** и отражало особое отношение государства к таким сделкам <1>. В настоящее время подобное правило не оправданно и ставит стороны внешнеэкономических сделок в неравное положение по сравнению со сторонами обычных сделок.

<1> См. подробнее п. 5.4 настоящего тома учебника.

В континентальном и англо-американском праве нет императивных требований к форме сделок, в том числе внешнеэкономических, они могут совершаться и в письменной, и в устной форме (какие-то требования могут устанавливаться только для определенных видов сделок).

К примеру, совершение волеизъявления и заключение договора по немецкому праву в принципе не подчинено никакой обязательной форме, за исключением случаев, если закон предписывает определенную форму <1>. Параграфы 126 - 129 Германского гражданского уложения <2> указывают на различные виды письменной формы договора: законная, требуемая законодателем или произвольная форма договора, выбранная по соглашению сторонами (**согласованная форма**), электронная форма, официальное свидетельствование (§ 129 ГГУ) и императивное предписание о соблюдении формы при нотариальном удостоверении (§ 128 ГГУ).

<1> Bernstorff Christoph Graf von. Vertragsgestaltung im Auslandsgeschäft. Frankfurt am Main, 2013.

<2> ГГУ (BGB), от 18 августа 1896 г., Vollzitat: Bürgerliches Gesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 2 Januar 2002 (BGBl. I S. 42, 2909; 2003 I S. 738), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 20 Februar 2013 (BGBl. I S. 277) geändert worden ist. Neugefasst durch Bek. V. 2.1.2002 I 42, 2909; 2003, 738; zuletzt geändert durch Art. 1 G v. 20.2.2013 I 277.

Сделка, при совершении которой не была соблюдена форма, установленная законом согласно § 125 ГГУ, недействительна, если только не подлежат применению исключительные положения. Несоблюдение формы, определенной условиями самой сделки, если не доказано иное, влечет за собой недействительность сделки. Данные ссылки на немецкое право имеют значение, так как, к примеру, требование о нотариальном удостоверении в том виде, в котором оно присутствует в немецком праве <1>, едва ли можно найти в других правовых порядках.

<1> § 128 ГГУ: "Если законом установлено нотариальное удостоверение договора, достаточно, чтобы вначале оферта, а затем акцепт были удостоверены нотариусом".

Вопросу о праве, применимом к форме договора, уделено внимание и в Регламенте ЕС "Рим I" <1>. В ст. 11 закреплено следующее:

<1> Regulation (EC) N 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law

applicable to contractual obligations (Rome I). L 177/6 EN. (Strasbourg) (см.: <http://eur-lex.europa.eu>).

"1. Договор, заключенный между лицами, которые или представители которых в момент его заключения находятся в одной стране, является действительным по форме, если он отвечает условиям в отношении формы, предусмотренным правом, которое регулирует его по существу согласно настоящему Регламенту, или правом страны, где он был заключен.

2. Если лица или их представители в момент заключения договора находятся в разных странах, контракт является действительным по форме, если отвечает условиям в отношении формы, предусмотренным правом, регулирующим существо самого договора, или правом страны, где в момент его заключения находится любая из сторон или ее представитель, или правом страны, где в этот момент имела свое обычное место жительства любая из сторон".

Венская конвенция 1980 г. также содержит нормы относительно формы договора международной купли-продажи товаров, причем ее подход к регулированию данного вопроса, в котором отражается сложившаяся практика международной торговли, - **не предъявлять к форме договора каких-либо формальных требований** - принципиально отличается от существующего в российском законодательстве. **Конвенция исходит из принципа свободы формы договора**, характерного для права многих стран и исходящего из посылки, что предприниматели (**по определению профессиональные участники рынка**) должны обладать возможностью самостоятельно решать, каким образом оформлять договорные отношения. Согласно ст. 11 Конвенции письменная форма договора не требуется: **его существование может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания**.

Поскольку некоторые государства, включая Советский Союз, не были готовы отказаться от закрепленного в их национальном праве принципа обязательности письменной формы, был найден непростой компромисс, отраженный в ст. 12 (**единственное императивное правило**) и ст. 96 названной Конвенции, позволивший этим государствам участвовать в Конвенции. Смысл данного компромисса состоит в том, что при вступлении в Конвенцию они могли сделать оговорку о неприменении положений Конвенции о свободе формы договора (**оферта, акцепт, иное выражение намерения**), если хотя бы одна из сторон договора имеет свое коммерческое предприятие в государстве, сделавшем оговорку. Такие оговорки были, в частности, сделаны Аргентиной, Белоруссией, Венгрией, Латвией, Литвой, Украиной, СССР (Россия), Чили. Вместе с тем не следует полагать, что Конвенцией тем самым были установлены какие-либо позитивные правила в отношении обязательности письменной формы контракта.

Таким образом, вопрос о применении или неприменении письменной формы, а также связанная с ним возможная недействительность договора, решаются в зависимости от предписаний подлежащего применению национального права, с учетом, в частности, того, что согласно прямому указанию ст. 4 а Конвенции она **не касается действительности самого договора**.

6.5. Электронная форма сделки

В настоящее время в сфере международной торговли все более широкое применение получают электронные средства связи. Отчетливо проявляется тенденция к сокращению обмена бумажными сообщениями между участниками коммерческой деятельности и, как следствие, переходу к передаче юридически значимой информации в электронном виде <1>, поскольку Интернет, электронная торговля являются новой формой ведения деловых и торговых отношений <2>. Эти объективные обстоятельства заставляют более подробно рассмотреть электронную форму заключения сделок, востребованность которой на сегодняшний день набирает обороты. Электронную форму можно считать допустимой при удовлетворении требования о том, что доказательства, которые предоставили стороны, позволяют достоверно установить, что документы в форме, к примеру, факсимильных сообщений исходят от сторон по договору.

<1> Международное частное право / Отв. ред. Н.И. Марышева. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2010. С. 374.

<2> Atreya M., Hammond B., Paine S., Starrett P., Wu S. Digital Signatures. 2002. P. 7.

К тому же законом, иными правовыми актами или соглашением сторон может быть предусмотрено использование в ходе обмена документами факсимильного воспроизведения подписи с помощью средств механического или иного копирования, электронной цифровой подписи либо иного аналога собственноручной подписи <1>.

<1> Вершинин А.П. Внешнеэкономическое право. Введение в правовое регулирование

внешнеэкономической деятельности. М., 2001. С. 63.

Вместе с тем М.Г. Розенберг полагает, что заключение контракта посредством обмена факсами может привести к последующим недоразумениям: "Эта форма связи не гарантирует того, что полученный по факсу текст полностью соответствует отправленному. В некоторых случаях, как показывает практика МКАС, оказывалось, что из-за несовпадения отправленного и полученного по факсу текста предложения и акцепта не совпадало мнение сторон о содержании заключенного ими контракта. Встречались и случаи, когда у сторон оказывался несовпадающий по содержанию единый текст контракта, подписанный обеими сторонами путем обмена факсами" <1>.

<1> Розенберг М.Г. Международная купля-продажа: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М., 2006. С. 72.

При рассмотрении в МКАС одного из споров ответчик утверждал, что он вообще не направлял истцу предложения по факсу, а оно, по-видимому, исходило из другой организации. Поэтому он считал, что не находится в договорных отношениях с истцом <1>.

<1> См.: Николюкин С.В. Форма контракта внешнеторговой купли-продажи: вопросы теории и арбитражная практика // Внешнеторговое право. 2009. N 2. С. 10.

Учитывая, что факс предназначен в принципе для использования при осуществлении оперативной связи, рекомендуется либо вообще не применять такую форму связи для заключения контрактов, либо при ее использовании обязательно повторять условия предложения и акцепта путем направления другой стороне соответствующего письма, а при оформлении контракта в виде одного единого документа - путем представления для подписания письменного текста контракта <1>.

<1> См.: Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 2007. С. 28.

Необходимо отметить, что расширение использования электронных сообщений повышает оперативность, эффективность коммерческой деятельности. Это укрепляет торговые связи, открывает доступ к новым возможностям для ранее удаленных сторон и рынков и играет тем самым основополагающую роль в содействии торговле и экономическому развитию как на национальном, так и на международном уровне. Вследствие того что все большее количество сделок заключается в электронной форме, вопросы действительности сделок имеют принципиальное значение.

По мнению Т.Ю. Кулик, договорное основание для использования электронных средств связи имеет ряд положительных моментов:

а) реализуются основные принципы гражданского права - **принципы диспозитивности и свободы договора**;

б) стороны имеют **возможность самостоятельно избирать наиболее эффективные условия**, которые обеспечивали бы максимальную защиту и осуществление именно их интересов в конкретной сделке.

Таким образом, можно утверждать, что проявляется некоторая гибкость правового регулирования правоотношений <1>.

<1> См.: Кулик Т.Ю. Правовое регулирование договоров, заключаемых в электронной форме. М., 2008. С. 14, 15.

Особенностью контракта в электронной форме является его заключение с использованием электронных средств связи, исключая непосредственное взаимодействие сторон, с участием информационных посредников (**провайдеров**), путем обмена электронной информацией.

В соответствии с положениями Федерального закона от 10 января 2002 г. N 1-ФЗ "Об электронной цифровой подписи" <1> электронный документ - это документ, в котором информация представлена в электронно-цифровой форме. Стоит отметить, что этот Закон подвергался серьезной критике: он допускал использование только одного вида электронно-цифровой подписи - выданной аккредитованным удостоверяющим центром. При этом перед началом использования экземпляры всех подписей в цифровом и бумажном виде должны были быть переданы в корневой удостоверяющий центр. Этим были объяснены начавшиеся еще в 2005 г. работы над новым Законом "Об электронной подписи".

<1> СЗ РФ. 2002. N 2. Ст. 127.

В результате новый Закон был принят в 2011 г. (действует в редакции 2013 г.) <1>. Документ предусматривает более либеральный подход и предполагает три типа электронных подписей: простую, усиленную (выдается удостоверяющим центром) и квалифицированную усиленную (выдается аккредитованным удостоверяющим центром). С 1 июля 2013 г. прекратил свое действие старый Закон N 1-ФЗ. Подписи, выданные согласно этому Закону, приравниваются к квалифицированным.

<1> Федеральный закон от 6 апреля 2011 г. N 63-ФЗ "Об электронной подписи" // СЗ РФ. 2011. N 15. Ст. 2036.

Однако применение положений Федерального закона "Об электронной подписи" на практике крайне затруднительно. Прежде всего, при использовании электронной подписи не гарантируется защита от неправомерного доступа к системе и подписанию документа. Кроме того, данный Закон направлен на одну конкретную технологию идентификации, которая на сегодняшний день **считается универсальной**. В то же время, к примеру, Центральный банк России использует несколько альтернативных технологий электронной идентификации, хотя изначально участвовал в разработке названного Закона.

Проблема признания электронного договора, совершенного с соблюдением письменной формы сделки, имеет особое значение при осуществлении внешнеэкономической деятельности.

Закон "Об электронной подписи" устанавливает, что электронная подпись - это информация в электронной форме, которая присоединена к другой информации в электронной форме (подписываемой информации) или иным образом связана с такой информацией и которая используется для определения лица, подписывающего информацию.

Однако в данном Законе и в других нормативных актах нет указания на то, что электронная подпись является обязательным и **необходимым реквизитом** электронного документа, отсутствие которого влечет недействительность или ничтожность документа. Исходя из этого можно сделать вывод, что отсутствие в материалах переписки, например, между банками электронной подписи **не может свидетельствовать о недействительности внешнеэкономического договора купли-продажи**, который был заключен путем обмена документами посредством электронной связи.

Важно упомянуть и ст. 7 Закона "Об электронной подписи", которая называется "Признание электронных подписей, созданных в соответствии с нормами иностранного права и международными стандартами" и устанавливает следующее:

"1. Электронные подписи, созданные в соответствии с нормами права иностранного государства и международными стандартами, в Российской Федерации признаются электронными подписями того вида, признакам которого они соответствуют на основании настоящего Федерального закона.

2. Электронная подпись и подписанный ею электронный документ не могут считаться не имеющими юридической силы только на том основании, что сертификат ключа проверки электронной подписи выдан в соответствии с нормами иностранного права".

Комментаторы Закона подчеркивают, что, по общему мнению, отсутствие норм о процедурах признания иностранных документов, подписанных электронной подписью на основании зарубежного законодательства, не препятствует их признанию на практике. Имеются отдельные сложности, но в целом российская практика готова к использованию электронного документа с электронной подписью, созданной на основании норм иностранного законодательства <1>. При этом все же необходимо подчеркнуть, что вопросы признания иностранных сертификатов электронной цифровой подписи в электронной форме, а также вопросы признания действительными иностранных электронных подписей российским законодательством не урегулированы, а решение суда при возникновении спорной ситуации предсказать нельзя.

<1> См.: Амелин Р.В., Бевзюк Е.А., Волков Ю.В., Марченко Ю.А., Холодная Е.В. Комментарий к Федеральному закону от 06.04.2011 N 63-ФЗ "Об электронной подписи" // СПС "КонсультантПлюс". 2012.

Крайне важна идентификация лица, уполномоченного на подписание договора; для этого используются специальные технические или программные средства, которые позволяют создать **аналог собственноручной подписи**. Различие факсимильного воспроизведения подписи и использования аналога собственноручной подписи заключается в том, что в первом случае речь идет только о **копии подписи лица**; к примеру, совершение подписи рукоприкладчиком тоже не может рассматриваться как аналог собственноручной подписи, поскольку ставится оригинальная подпись другого лица <1>.

<1> См.: Кулик Т.Ю. Правовое регулирование договоров, заключаемых в электронной форме. С. 14,

15.

На международном уровне в 2001 г. Комиссией ООН по праву международной торговли был принят Типовой закон об электронных подписях. Типовой закон был создан как **рекомендуемый** образец, который законодатели могут использовать при принятии своего внутреннего законодательства <1>.

<1> UNCITRAL Model Law on Electronic Signatures with Guide to Enactment, 2001. United Nations Publications, 2002. P. VII.

Таким образом, в случае заключения договора в электронной форме отсутствует непосредственный контакт между его сторонами. Стороны договора общаются посредством электронного обмена данными. При заключении договора в электронной форме необходимо участие информационных посредников, отвечающих за программное обеспечение и обеспечивающих хранение и передачу информации. Поскольку в таком случае происходит обмен данными, закрепленными в электронной форме, сторонам договора важно обратить внимание на особенности защиты информации при передаче и хранении, способ установления лица, создавшего электронный документ, возможность хранения копии электронного документа на бумаге.

Важно отметить, что в рамках ЮНСИТРАЛ в 2005 г. была принята Нью-Йоркская конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных контрактах <1>. Конвенция была открыта для подписания в Нью-Йорке с 16 января 2006 г. по 16 января 2008 г., открыта для присоединения с 16 января 2006 г. Россия подписала Конвенцию 25 апреля 2007 г. (распоряжение Правительства РФ от 27 декабря 2006 г. N 1821-р), но не ратифицировала ее. Принятие Конвенции ознаменовало этап развития регулирования электронного обмена информацией при заключении и (или) исполнении международных контрактов. Конвенция об электронных сообщениях 2005 г. применяется к использованию электронных сообщений в связи с заключением или исполнением контрактов между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах. Одна из проблем при заключении сделок с использованием электронных средств заключается в определении места нахождения коммерческого предприятия. В этой связи важнейшим положением Конвенции является то, что ни государственная принадлежность сторон, ни их гражданский или торговый статус, ни гражданский или торговый характер контракта не принимаются во внимание при определении применимости указанной Конвенции. Конвенция, несомненно, развивает положения Типовых законов ЮНСИТРАЛ. При этом она более ориентирована на заключение сделок между торговыми партнерами, которые не установили договорных отношений традиционным способом <2>. Конвенция не применяется к электронным сообщениям, относящимся к:

<1> Принята Резолюцией 60/21 Генеральной Ассамблеи ООН от 23 ноября 2005 г.

<2> Boss Amelia H., Kilian Wolfgang. The United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts: An In-depth Guide and Sourcebook. Kluwer Law International, 2008. P. 9.

- контрактам, заключенным в личных, семейных или домашних целях;
- сделкам на регулируемом фондовом рынке;
- межбанковским платежным системам, межбанковским платежным соглашениям или расчетно-клиринговым системам для ценных бумаг или других финансовых активов или инструментов;
- передаче обеспечительных прав на ценные бумаги, другие финансовые активы и инструменты, хранящиеся у посредника, их продаже, ссуде, владению ими или соглашению об их обратной покупке.

Кроме того, Конвенция об электронных сообщениях не применяется к переводным и простым векселям, транспортным накладным, коносаментом, складским распискам и любым оборотным документам, которые предоставляют бенефициару право требовать поставки товаров или платежа денежной суммы.

Конвенция явилась первым актом унификации, целью которой было устранение барьеров использования электронных сообщений при заключении и (или) исполнении международных контрактов. Конвенция представляет собой пример универсальной унификации, что создает условия для вовлечения в торговый оборот большого числа государств, а не только участников региональных объединений. Важнейшей презумпцией, закрепленной в Конвенции является следующая: сообщение или договор не могут быть лишены действительности или исковой силы на том лишь основании, что они составлены в форме электронного сообщения (п. 1 ст. 8) <1>.

<1> Текст Конвенции см.: http://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/elect_com.shtml.

6.6. Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

6.6.1. Условия применения

Условиями применения Венской конвенции 1980 г. являются нахождение коммерческих предприятий сторон в разных странах и непотребительский характер сделки (очевидный для продавца). Помимо этого, страны, в которых находятся стороны договора, должны быть участницами Венской конвенции, или право страны-участницы должно подлежать применению в силу выбора сторон по договору или на основании коллизионной привязки, как указывает ст. 1 Конвенции.

В Конвенции установлен целый ряд договоров, к которым она не применяется, - кроме уже упомянутых потребительских договоров, к ним относятся договоры, связанные с изготовлением товара из материала заказчика, договоры оказания (по сути договоры купли-продажи) услуг, договоры купли-продажи ценных бумаг, судов, электроэнергии, а также те из них, которые совершаются на аукционе или в порядке исполнительного производства.

Есть также ряд вопросов, не подпадающих под сферу регулирования Конвенции: действительность договора, последствия перехода права собственности, ответственность за вред, причиненный товаром; не содержит она и положений о неустойке.

Сама Венская конвенция устанавливает, что не урегулированные в ней вопросы разрешаются на основании общих принципов, на которых она построена, что, очевидно, не всегда возможно.

Для восполнения пробелов обычно применяется субсидиарный статут - право, применимое к договору в соответствии с выбором сторон или на основании применимых коллизионных норм. Оно же приходит на помощь, если Венская конвенция вообще не подлежит применению.

Помимо этого, в Конвенции прямо предусматривается право сторон своим соглашением исключить ее применение (ст. 6).

Трудность заключается в том, что Конвенция не указывает, каким образом стороны должны обозначить такой отказ: не ясна ни точная формулировка, ни направления толкования. Таким образом, указанная возможность вызывает множество вопросов. Причем в различных государствах и правовых системах эти трудности неодинаковы. Чаще всего суд или арбитраж в процессе рассмотрения спора пытается установить истинную волю сторон путем опроса. Итальянские судьи, игнорируя прямое указание самой Конвенции, не применяют, если стороны избрали в договоре применимым, право страны-участницы, обосновывая это тем, что международные акты - не часть национального права.

Еще одним затруднением может являться указание сторон на нежелание применения к их отношениям основных принципов и обычаев международного права. В этом случае правоприменитель нередко полагает, что есть основания для исключения применения Венской конвенции.

6.6.2. Определение применимого права <1>

<1> Общие вопросы определения применимого права рассматриваются в гл. 5 настоящего тома учебника.

В первую очередь необходимо обратить внимание на предлагаемые национальными и наднациональными актами коллизионные привязки, установленные для договоров купли-продажи. Следует напомнить, что право, избранное на основании данных привязок, регулирует не все отношения, связанные с договором. Например, ст. 1215 российского ГК устанавливает следующий перечень:

- 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.

Неохваченными остаются статус сторон, форма договора, переход права собственности на товар, порядок заключения договора, исковая давность и пр.

Для определения права, подлежащего применению к регулированию договоров купли-продажи товаров, осложненных иностранным элементом, ГК РФ предлагается критерий "характерного исполнения", который сформулирован в п. 1 ст. 1211 как "право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора". Причем для облегчения труда

правоприменителя в следующем пункте установлено, что для договора купли-продажи такой стороной будет являться продавец. Особые правила установлены для купли-продажи, совершаемой на аукционе, на бирже и в порядке конкурсного производства, - в этих случаях по общему правилу должно применяться право страны, где проводится аукцион или конкурс либо находится биржа (п. 5 ст. 1211 ГК РФ).

Тот же критерий устанавливается для договоров купли-продажи и в Регламенте "Рим I" - право страны продавца (или право страны, где проводится аукцион, если речь идет о купле-продаже товара на аукционе).

Гаагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., придерживаясь в целом указанного критерия, устанавливает дополнительные условия: во-первых, локализация возможна не только по месту нахождения продавца, но и конкретно по месту нахождения его предприятия, а во-вторых, возможно применение права страны покупателя, если товар был получен в этой стране самим продавцом или его агентом.

Как ГК РФ, так и некоторые другие акты предусматривают в качестве дополнительного критерия принцип наиболее тесной связи. Так, в Регламенте "Рим I" критерий наиболее тесной связи устанавливается в качестве субсидиарного критерия по отношению к характерному исполнению, если почему-либо оказывается, что выбранное на основании общего правила применимое право недостаточно связано с договором или его применение по каким-либо причинам менее логично. Такой же порядок определения применимого права установлен в п. 9 ст. 1211 ГК РФ.

В отношении купли-продажи товаров, находящихся в пути, могут применяться две противоположные привязки: право страны назначения товара или право страны отправления товара (ст. 1206 ГК РФ).

Определение права, применимого к обстоятельствам, не урегулированным **lex causa**, осуществляется следующим образом. Вопросы, касающиеся право- и дееспособности сторон, разрешаются их личным законом, за исключением права физического лица заниматься предпринимательской деятельностью - оно определяется по месту регистрации лица в качестве предпринимателя (ст. 1201 ГК).

В отношении формы договора <1> российский законодатель, вслед за общемировой тенденцией, все большее предпочтение отдает системе **favor contractus**, что выражается, во-первых, в представленной в последней редакции ГК РФ идее о действительности формы по одной из трех систем: **lex causa, lex loci actus**, российскому праву; а во-вторых, в отказе от обязательной письменной формы для внешнеэкономических сделок с участием российских физических и юридических лиц, за исключением случаев необходимости государственной регистрации.

<1> Более подробно о форме договора см. п. 6.4 настоящей главы.

Порядок заключения договора в Венской конвенции 1980 г. урегулирован достаточно подробно, но она применяется не всегда. ГК РФ умалчивает о том, какое право подлежит применению к оферте и акцепту, их содержанию, вопросам действительности, моменту заключения договора. Регламент "Рим I" также ничего об этом не говорит, как и большинство других конвенций и национальных законов. Исключение составляет случай публичной оферты. Например, § 12 Вводного закона к ГГУ предусматривает применение к публичной оферте права страны совершения данной оферты. Если использовать логику, свойственную большей части коллизионных норм, то можно предположить, что к регулированию содержания и иных вопросов, связанных с офертой и акцептом, применяется то право, которое применялось бы к договору, если бы он был уже заключен. Обоснованием этого может являться тот факт, что споры, связанные с заключением договора, возникают, как правило, после его заключения и применимое к договору право установить возможно.

Вопрос определения права для регулирования момента перехода права собственности и риска случайной гибели является принципиальным не только в силу значимости такого перехода, но и в связи с существованием двух различных систем перехода риска. В одних странах риски переходят одновременно с переходом права собственности. Идея прямой юридической связанности этих двух моментов находит закрепление во французском (ст. 1138 ФГК) и английском праве (ст. 20 Закона о продаже товаров).

В других странах, в частности в ФРГ (§ 446 ГГУ) и США (ст. ст. 2 - 509 ЕТК), переход рисков связывается с моментом передачи товара <1>. Такое правило нашло свое закрепление и в ст. 67 Венской конвенции 1980 г.

<1> См.: Гражданское и торговое право зарубежных стран: Учебник / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М., 2005. Т. II. С. 34.

Также актуален вопрос определения момента перехода права собственности для договоров международной купли-продажи товаров, так как они чаще всего связаны с необходимостью

осуществления перевозки. Самое подробное регулирование этого вопроса содержится в ИНКОТЕРМС, но применение этого документа ограничено в силу его рекомендательного характера. Существует довольно давний международный договор, именуемый Общие условия поставок товаров между внешнеторговыми организациями СССР и внешнеторговыми организациями КНДР (ОУП СССР - КНДР 1981 г.). Этот двусторонний международный договор межведомственного характера является единственным международным договором, имеющим нормативно-обязательную силу. Момент перехода права собственности и риска с продавца на покупателя содержится в гл. II Договора, где установлена - в том, что касается базиса поставки, - одновременность перехода права собственности и риска с продавца на покупателя, а именно:

- при железнодорожных перевозках - с момента передачи товаров с железной дороги страны продавца железной дороге, принимающей товар;

- при водных перевозках при поставках на условиях FOB, CIF или CAF - порт согласно контракту - с момента перехода товаров через борт судна в порту отгрузки. Тот же принцип о моменте перехода права собственности и риска касается поставок товаров при воздушных перевозках и при почтовых отправлениях <1>.

<1> Аналогичное регулирование было установлено в еще более раннем международном документе Общие условия поставок товаров между организациями стран - членов СЭВ 1968 г., дополненные в 1988 г. (СЭВ - Совет экономической взаимопомощи, интеграционное объединение восточноевропейских стран, существовавшее с 1949 по 1991 г.).

Наиболее подробное регулирование указанного аспекта содержится в Гагской конвенции о праве, применимом к отношениям, связанным с переходом права собственности по договору между народной купли-продажи товаров, 1958 г., которая, к большому сожалению, в силу до сих пор не вступила, так как подписана только Грецией, а ратифицирована Италией. В частности, ст. 2 данной Конвенции устанавливает:

"Право, которое применимо к договору купли-продажи товаров, определяет для сторон:

1) момент, вплоть до которого продавец сохраняет право на плоды и иные приращения в отношении проданного товара;

2) момент, до которого на продавце лежат риски в отношении проданного товара;

3) момент, после которого продавец теряет право на возмещение убытков в отношении проданного товара;

4) действие оговорок об удержании продавцом права собственности" <1>.

<1> См. текст на французском языке: <http://www.hcch.net/f/conventions>.

Часто в национальных и наднациональных нормах предусмотрены особые правила выбора применимого права к договорам с участием потребителя. Это связано с необходимостью защиты слабой стороны в договоре. В частности, в ст. 1212 ГК РФ установлено, что выбор права сторонами договора не может затрагивать действие императивных норм права страны места жительства потребителя, защищающих потребителя. А в случае отсутствия выбора применению подлежит право страны, в которой потребитель проживает. Регламент "Рим I" устанавливает сходные защитительные меры: "Потребители должны быть защищены правилами страны их обычного места жительства, от которых не разрешается отступать посредством соглашения, при условии, что договор с потребителем был заключен в рамках предпринимательской деятельности, осуществляемой предпринимателем в соответствующей стране. Аналогичная защита должна быть гарантирована в том случае, если предприниматель при осуществлении собственной предпринимательской деятельности в стране, где имеет свое обычное место жительства потребитель, любыми средствами направляет собственную деятельность в данную страну или в несколько стран, включая данную страну, и если договор заключен в рамках этой деятельности" (п. 25).

Кроме того, так же, как и ГК, Регламент "Рим I" устанавливает для потребительских договоров общую привязку к праву страны места жительства потребителя, обуславливая, впрочем, ее применение рядом дополнительных критериев, а именно теми условиями, что предприниматель:

"а) осуществляет свою предпринимательскую деятельность в стране, где имеет свое обычное место жительства потребитель, или

б) любыми средствами направляет эту деятельность в данную страну или в несколько стран, включая данную страну, и что договор заключен в рамках этой деятельности" (п. 1 ст. 6).

С учетом всего вышеизложенного необходимо заметить, что к большей части договоров международной купли-продажи товаров подлежит применению Венская конвенция 1980 г., поэтому следует подробнее остановиться на ее содержании.

6.6.3. Заключение договора

Заключению договора посвящена весьма компактная ч. II Конвенции (ст. ст. 14 - 24).

В данной части содержится регулирование заключения договора между отсутствующими, т.е. когда происходит обмен офертой и акцептом между лицами, находящимися в разных местах. Разумеется, договор, заключенный между присутствующими, при соблюдении ранее названных условий также будет подпадать под действие Конвенции, однако порядок заключения такого договора в Конвенции отсутствует.

Оферта. Согласно Конвенции офертой признается предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, если в нем: а) прямо обозначен товар и прямо или косвенно устанавливаются количество и цена либо предусматривается порядок их определения; б) выражено намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта (ст. 14.1). Конвенцией также допускаются публичные оферты (адресованные неопределенному кругу лиц), если о таком характере оферты прямо заявлено оферентом.

Особого внимания применительно к определенности содержания оферты заслуживает вопрос о возможности существования договоров купли-продажи без указания в них цены.

Казалось бы, согласно п. 1 ст. 14 такая ситуация невозможна, так как без прямого или косвенного указания на цену предложение не считается офертой. Однако согласно ст. 55, помещенной в ч. III Конвенции и отражающей в целом подход англо-американского права, в тех случаях, "когда договор был юридически действительным образом заключен, но в нем прямо или косвенно не устанавливается цена или не предусматривается порядок ее определения, считается, что стороны... подразумевали ссылку на цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такие товары, продававшиеся при сравнимых обстоятельствах в соответствующей области торговли".

Предпосылки для применения ст. 55 следующие:

- а) в договоре отсутствует какое-либо указание на цену;
- б) договор является действительным.

Поскольку Конвенция не касается действительности самого договора или каких-либо из его положений (ст. 4 "а"), этот вопрос должен решаться в соответствии с применимым национальным правом. В ряде стран, прежде всего с англо-американской правовой системой, цена не считается существенным условием договора и, следовательно, он может признаваться действительным и без указания цены. Аналогичная ситуация возникла и в Российской Федерации в связи с введением в действие ГК РФ (п. 3 ст. 424 и п. 1 ст. 432). Если же применимое национальное право квалифицирует отсутствие в договоре цены в качестве основания для признания договора недействительным, то ст. 55 Конвенции не применяется.

Оферта может быть отменена, если сообщение об отмене получено адресатом оферты раньше, чем сама оферта, или одновременно с ней (п. 2 ст. 15).

Весьма компромиссное правило содержится в Конвенции относительно возможности отзыва оферты. В качестве на первый взгляд общего правила установлен принцип отзывности оферты в любое время до отправки акцепта (п. 1 ст. 16).

Нетрудно, впрочем, заметить, что исключения, предусмотренные в п. 2 ст. 16, по сути перекрывают указанное правило. Так, в частности, оферта не может быть отозвана, если в ней предусмотрен срок для акцепта или иным образом установлено, что она является безотзывной.

Акцепт. Конвенция также содержит понятие акцепта как согласия с офертой, выраженное в заявлении или действии. Молчание или бездействие сами по себе не являются акцептом (п. 1 ст. 18). Последнее указание следует понимать таким образом, что в некоторых случаях, в частности с учетом практики, сложившейся между партнерами, молчание или бездействие могут выступать в качестве акцепта.

Договор купли-продажи, как правило, считается заключенным, когда акцепт получен оферентом, причем это должно произойти в пределах срока, предусмотренного в оферте, либо в разумный срок (п. 2 ст. 18).

В определенных случаях допускается акцепт в виде конклюдентных действий, относящихся к уплате цены или поставке товара. Такая возможность может быть предусмотрена в самой оферте, может следовать из предшествующей практики сторон либо из применимого обычкновения. В подобных случаях акцепт вступает в силу в момент совершения такого действия.

Следует заметить, что молчание, бездействие или действие не могут выступать в качестве акцепта со стороны участников внешнеэкономических связей, имеющих коммерческие предприятия в государстве, сделавшем оговорку относительно сохранения обязательности письменной формы.

Конвенция не обошла вниманием вопрос о возможности отклонения от условия оферты. Вначале декларируется долгое время использовавшийся консервативный принцип, согласно которому ответ на оферту, содержащий какие-либо дополнения, означает отклонение оферты и представляет собой

встречную оферту (п. 1 ст. 19).

Между тем современная коммерческая практика, базирующаяся на обмене стандартными, зачастую неидентичными, проформами, признанная во многих странах, признает целесообразным допускать некоторые несущественные отклонения от условий первоначальной оферты. Такой подход отражен в п. 2 ст. 19 для случаев, если ответ не меняет существенно условий оферты и если offerent без неоправданной задержки не возразит против имеющихся изменений. С практической стороны указанное правило предполагает большее внимание со стороны offerenta в отношении содержания акцепта, ибо если изменения не существенны и offerent молчит, то условиями договора будут являться условия оферты с изменениями, содержащимися в акцепте.

Наконец, в п. 3 ст. 19, регулирующей содержание акцепта, содержится примерный перечень условий, отклонение от которых означает существенное отклонение от оферты: цена, платеж, качество и количество товара, место и срок поставки, объем ответственности, разрешение споров.

Конвенция также содержит регулирование ситуаций, когда акцепт по тем или иным причинам запаздывает. В тех случаях, когда опоздание имеет место по причинам, связанным с акцептантом, акцепт может сохранить силу, если offerent (который не утратил интереса к контракту) без промедления известит об этом адресата оферты (п. 1 ст. 21). Если же речь идет о запоздавшем письменном акцепте, из которого видно, что он был отправлен таким образом, что при нормальных обстоятельствах достиг бы offerenta своевременно, он может сохранить силу в отсутствие какой-либо реакции со стороны offerenta. Если же offerent не желает такого результата, ему следует без промедления информировать адресата оферты о том, что он считает свою оферту утратившей силу (п. 2 ст. 21).

6.6.4. Права и обязанности сторон

Контракты купли-продажи, регулируемые Венской конвенцией 1980 г., играют особую роль в силу отмеченной ранее широчайшей автономии воли сторон в плане установления взаимных прав и обязанностей.

Таким образом, положения контракта имеют приоритет перед нормами Конвенции. Отсюда следует практический вывод - чем полнее и детальнее условия договора, тем меньше потребность в обращении к нормам права вообще и Конвенции в частности. Современная практика заключения договоров в международном торговом обороте свидетельствует о том, что участники соответствующих отношений используют различные стандарты - проформы, разработанные ими самими, которые, в свою очередь, базируются на факультативных документах, рекомендуемых международными неправительственными организациями, таких как ИНКОТЕРМС, Принципы УНИДРУА, Принципы европейского договорного права, Общие условия поставок (применительно к различным видам товаров), разработанные ЕЭК ООН, и др.

Соответственно, Конвенция в данном вопросе зачастую выполняет сугубо вспомогательную роль в ситуациях, когда стороны не урегулировали должным образом те или иные условия контракта.

Обязанности продавца. В силу природы договора купли-продажи у продавца, как правило, возникает больше обязанностей, чем у покупателя.

Продавец обязан поставить товар, передать относящиеся к нему документы и передать право собственности на товар в соответствии с требованиями договора и Конвенции (ст. 30).

В Конвенции далее раскрываются понятия места и срока поставки.

Определение места сдачи товара (осуществление поставки), в свою очередь, указывает на дату поставки и момент перехода рисков случайной гибели или повреждения товара.

Во внешней торговле типичной является перевозка товара, и в Конвенции на этот случай установлено, что местом поставки считается место сдачи товара первому перевозчику для передачи покупателю. Если договор касается товара, определенного индивидуальными признаками, или товара, подлежащего индивидуализации в месте, о котором стороны знали в момент заключения договора, то обязанность поставки будет считаться исполненной в случае предоставления товара покупателю в данном месте. В остальных случаях местом поставки будет место нахождения коммерческого предприятия продавца, которое стороны имели в виду при заключении договора (ст. 31).

В отношении срока поставки предусмотрены следующие правила (ст. 33):

- поставка должна произойти в определенную дату, которая либо прямо установлена договором, либо в нем установлена возможность ее определения (такие случаи во внешней торговле нетипичны);
- поставка должна произойти в любой момент в пределах согласованного периода времени, если только дата поставки не назначается покупателем;
- в разумный срок после заключения договора.

В связи с обязанностью передать право собственности на товар необходимо иметь в виду, что Конвенция, так же как и ИНКОТЕРМС, не регулирует момент перехода права собственности и последствий такого перехода для третьих лиц (ст. 4 "b"). Таким образом, переход права собственности

регулируется либо соглашением сторон по этому вопросу, либо применимым национальным правом, которое в разных странах имеет свои особенности.

Продавец обязан поставить товар надлежащего качества и количества и несет ответственность за несоответствие товара, которое имеется в момент перехода риска на покупателя (ст. ст. 35 и 36).

Еще одной важной обязанностью продавца является обеспечение того, чтобы товар был свободным от прав третьих лиц, которые основаны на промышленной или иной интеллектуальной собственности.

Обязанности покупателя. Основными обязанностями покупателя является уплата цены и принятие поставки (ст. 53).

В Конвенции достаточно подробно раскрывается, что включается в понятия уплаты цены, места и сроков такой уплаты. Покупатель должен принять все меры и соблюсти формальности, которые проистекают из договора или применимого закона, чтобы осуществить платеж (ст. 54). В ст. 54 не указано, законы и предписания какого государства должны соблюдаться покупателем для выполнения им своей обязанности. Естественно, что в первую очередь покупатель должен учитывать и соблюдать предписания государства, из которого осуществляются платежи и в котором, как правило, находится коммерческое предприятие покупателя, имеющее наиболее тесную связь с договором купли-продажи. Вместе с тем, если согласно договору платеж осуществляется в другом государстве, покупатель в принципе должен соблюдать предписания и этого государства. Обычно формальности по получению платежей в международной торговле (если таковые вообще существуют) весьма необременительны. Сложность не столько в том, что ряд таких формальностей практически может выполнить только продавец, сколько в том, как определить те формальности, которые для осуществления платежа в стране продавца или в третьей стране реально не может выполнить покупатель. Если в соответствующей стране такие формальности существуют, разумнее всего предусмотреть в договоре обязанность продавца выполнить их.

В отсутствие согласования места уплаты цены последняя должна быть уплачена в месте нахождения коммерческого предприятия продавца, либо, если платеж должен быть произведен против передачи товаров или документов, - в месте их передачи (ст. 57). Место уплаты цены может иметь важное значение с точки зрения выполнения покупателем своей основной обязанности в условиях существования в ряде стран жестких мер государственного регулирования и контроля в отношении перевода валютных средств за границу. Поэтому контрагенты должны избрать такое место платежа, которое было бы минимально подвержено воздействию этого регулирования.

В случае если в договоре не указан срок для уплаты цены, она должна быть уплачена, когда продавец передает в распоряжение покупателя либо сам товар, либо относящиеся к нему товарораспорядительные документы, причем, согласно Конвенции, продавец вправе обусловить передачу товара или документов осуществлением платежа (ст. 58).

6.6.5. Средства правовой защиты

Что касается средств правовой защиты, то необходимо учитывать, что в Венской конвенции 1980 г. основной целью их применения служит сохранение договора и деловых отношений между сторонами, защита интересов обеих сторон. Именно поэтому расторжение договора применяется только как крайняя мера, и такое значительное место занимает исполнение в натуре, применение которого в англо-американской практике фактически сведено на нет.

В тексте Конвенции средства правовой защиты условно делятся на три группы: продавца, покупателя и общие. Если сравнивать первые две группы, то покупатель обладает более обширными возможностями, что проистекает из того, что обязанности продавца, несмотря на такое же их количество, детализированы в большей степени и обладают большей индивидуальностью. Это можно отнести к одной из основных обязанностей продавца - поставить товар. Со стороны покупателя с ней корреспондирует обязанность уплатить оговоренную цену. Но понятие "товар" гораздо шире понятия "цена", поскольку в связи с его содержанием у продавца возникает множество побочных обязательств, неисполнение которых дает возможность применить разнообразные средства правовой защиты, что, таким образом, увеличивает их количество на стороне покупателя.

Некоторые современные юристы, занимающиеся исследованиями проблем применения Венской конвенции 1980 г., предлагают следующую классификацию средств правовой защиты <1>:

<1> В частности, первым предложил подобную схему Е.Н. Коржов (см.: Коржов Е.Н. Средства правовой защиты по Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.: Дис. ... к.ю.н. М., 2008).

- основные:

- реализационные;
- компенсационные;
- дополнительные.

При этом к реализационным средствам относится исполнение в натуре, а к компенсационным - взыскание убытков.

Обращает на себя внимание и формулировка статей, посвященных средствам правовой защиты. Статья 45 Конвенции наделяет покупателя правом прибегнуть к различным средствам правовой защиты, "если продавец не исполняет какого-либо из своих обязательств по договору или по настоящей Конвенции". Сходное регулирование содержится в ст. 61 в отношении продавца. Пункт 3 обеих статей предусматривает также отсутствие у суда или арбитража права, предусмотренного законодательством ряда государств, - назначить для должника дополнительный срок, чтобы он смог исполнить обязательства по договору. Конвенция предусматривает, что такой дополнительный срок может быть предоставлен только кредитором. Такие полномочия предоставляются суду, например во французском праве, где расторжение договора возможно только на основании решения суда, он же может предоставлять отсрочку. Однако указанная правовая конструкция была сочтена слишком громоздкой для международных торговых отношений и поэтому Конвенция напрямую исключает такие требования и полномочия суда.

Одной из причин такого ограничения можно считать желание уменьшить дискреционные полномочия суда в регулировании отношений между сторонами <1>. Помимо этого, такое ограничение устраняет неопределенность, непредсказуемость результата. Во-первых, суд ориентируется на внутренние нормы, а контрагенты - в первую очередь на устоявшуюся практику деловых отношений, в том числе и международную, которая часто учитывает, какой дополнительный срок принят при исполнении подобных договоров. Во-вторых, сторона может просто не знать как о наличии у контрагента такой возможности, так и о вероятном решении суда.

<1> См.: п. 5 комментария Секретариата к ст. 47 Венской конвенции 1980 г.

В Конвенции предусмотрены следующие средства правовой защиты:

- исполнение в натуре (ст. 46);
- замена несоответствующего договору товара (ст. 46);
- устранение недостатков (ст. 46);
- назначение дополнительного срока для исполнения обязательств по договору (ст. 47);
- снижение покупной цены (ст. 50);
- уплата процентов (ст. 78);
- возмещение убытков (ст. ст. 74 - 77);
- расторжение договора (ст. 49).

Очевидно, что этот перечень не является исчерпывающим и что ряд статей Конвенции предусматривает право сторон указать в договоре иные средства правовой защиты, дополняющие или исключаящие перечисленные в Конвенции <1>.

<1> См., например: ст. 6 Конвенции.

Важно заметить, что в Конвенции установлен ряд условий, позволяющих прибегнуть к указанным средствам. Разумеется, основным является нарушение договора. Но не любое нарушение может повлечь за собой применение средств правовой защиты. В частности, деление происходит по видам обязательств: основные и акцессорные. Кроме того, существуют обязательства, нарушение которых никак не влияет на право прибегнуть к этим средствам, например нарушение покупателем обязанности осмотреть товар (ст. 38) лишь ограничивает ответственность продавца за последующее обнаружение явных недостатков товара. Но было бы неразумно предположить, что в такой ситуации продавец потребует возмещения убытков из-за невнимательности покупателя.

Для того чтобы одна из сторон могла воспользоваться определенными средствами правовой защиты, выдвигается дополнительное условие - существенный характер нарушения договора. Это относится к расторжению договора или замене товара. Статья 25 Конвенции устанавливает, что нарушение будет считаться существенным, если сторона лишается большей части того, что она рассчитывала получить. Такое указание связано с тем, что одним из принципов Венской конвенции 1980 г. является максимально достижимое сохранение договорных отношений, и, таким образом, необходимо, по возможности, ограничительное толкование термина "существенное нарушение" для снижения риска применения наиболее радикальных санкций. Логически можно обнаружить еще один необходимый критерий для оценки нарушения как существенного - это то обстоятельство, что неисправная сторона могла предвидеть, что ее нарушение может стать существенным. Обычно такая возможность оценивается

судом на момент заключения договора, по аналогии с суммой убытков.

Что касается возмещения убытков, то большинство юристов, за исключением, пожалуй, представителей англо-саксонской правовой школы, полагают, что недостаточно одного только факта нарушения обязательств, чтобы сторона получила возможность требовать возмещения убытков <1>. Необходимо в том числе в каждом случае рассматривать размер действительного ущерба, его значительность. Однако такое толкование не вытекает напрямую из содержания Конвенции. Во-первых, ст. ст. 45 и 61 прямо указывают, что кредитор имеет право требовать возмещения убытков при наличии любого нарушения должником своих обязательств, подразумевая при этом достаточность самого факта. Во-вторых, косвенно такую позицию подтверждает следующее соображение. В Конвенции применяется критерий разумного лица, трудно предположить, что такое разумное лицо обратится в суд или арбитраж для взыскания небольшой суммы убытков. Международный торговый оборот требует мобильности, чему судебное разбирательство никак не способствует. Если же кредитор потребует возмещения убытков, размер которых существенно превышает действительно наступивший ущерб, то суд такое требование удовлетворит частично, что будет соответствовать идее справедливости.

<1> Enderlein Fritz, Maskow Dietrich. International Sales Law: Commentary. Oceana Publications, 1992.

Более важным, на этот раз формальным, ограничителем можно считать необходимость направления извещения должнику, прежде чем прибегать к средству правовой защиты. Так следует действовать даже при возникновении притязаний третьих лиц (ст. ст. 43, 44). Причем отсутствие такого извещения в ряде случаев лишает покупателя права требовать от продавца возмещения убытков.

Помимо перечисленного, Венская конвенция 1980 г. предусматривает специфическую правовую схему, выполняющую функцию поощрения добросовестного должника. Если же последний не воспользуется предоставляемой возможностью, то, соответственно, будет применяться более жесткая схема ответственности. Речь идет о назначении дополнительного срока для осуществления обязательств. В течение такого срока покупатель лишен возможности использовать любые иные средства правовой защиты. Исключением является только право требовать возмещения убытков за просрочку исполнения. Таким образом, в Конвенции регулируется вопрос соотношения и сочетания форм ответственности или средств правовой защиты.

Венская конвенция гласит: "Осуществление покупателем (продавцом) своего права на другие средства правовой защиты не лишает его права требовать возмещения убытков" (ст. 45). Напрашивается однозначный вывод о том, что требование о возмещении убытков сочетается с любым другим средством, однако это не совсем так. Суды ряда государств приходят к выводу, что такое сочетание ни в каком случае не должно приводить к возможности двойного возмещения <1>. Рассмотрим соотношение указанного средства со всеми остальными на основании положений Конвенции.

<1> См.: дело Delchi Carrier, S.p.A. v. Rotorex Corp. US. 1994.

Мораторные убытки подлежат взысканию одновременно с требованием об исполнении в натуре: основанием в таком случае можно считать просрочку исполнения. Если такое требование сопряжено с назначением дополнительного срока, то он также полностью учитывается при определении просрочки. В связи с отсутствием прямого указания можно также предположить, что сходные условия применяются и в случае замены товара. В связи с необходимостью замены увеличивается срок исполнения договора, что может повлечь за собой дополнительные расходы со стороны покупателя, подлежащие взысканию с продавца. Однако такие расходы могут быть возмещены только в той части, в которой продавец мог предвидеть их возникновение в момент заключения договора.

Что касается устранения недостатков товара, при таких условиях возможны два варианта возмещения в зависимости от того, кем это устранение было произведено. На основании положения Конвенции покупатель должен известить продавца о недостатках товара. Если продавец устраняет их самостоятельно, то убытки возмещаются таким же образом, как и при замене товара. Покупатель может устранить дефекты за свой счет, что возможно, если выполнение таких действий продавцом "является неразумным с учетом всех обстоятельств" (п. 3 ст. 46). В данной статье речь прямо не идет о самостоятельном устранении недостатков, но такое расширительное толкование представляется возможным. В указанном случае помимо возмещения убытков за просрочку подлежат возмещению и расходы покупателя на устранение таких недостатков. Ограничение величины указанной суммы в случае спора определяется судом самостоятельно или на основании применимого национального права.

Как указано выше, покупатель по общему правилу может сочетать требование о возмещении убытков с любыми иными средствами правовой защиты. Несколько удивительно, что это относится и к требованию о снижении покупной цены <1>. Конвенция прямо этого не предусматривает, но исследование

судебной практики применения Венской конвенции 1980 г. позволяет прийти к выводу о наличии такой возможности. Единственным условием является то, что подлежащие возмещению убытки должны вытекать из оснований иных, нежели качество товара. Возможно, более разумным покажется предусмотреть для покупателя возможность учесть при уменьшении цены не только фактическое снижение стоимости товара в связи с недостатками или порчей, но и иные разумно исчисленные понесенные убытки. Если суд сочтет расчет снижения покупной цены неправильным, он сможет его скорректировать. В такой ситуации не будет идти речь о выплате какой-либо дополнительной суммы. А если покупатель еще не оплатил товар (требовать снижения можно и после оплаты), то исполнение судебного решения может быть проще.

<1> См.: Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ, дело N 248 Schweizerisches Bundesgericht, Швейцария, 28 октября 1998 г.

Согласно положениям ст. 78 Конвенции кредитор имеет право требовать уплаты процентов за пользование денежными средствами "без ущерба для любого требования о возмещении убытков, которые могут быть взысканы на основании статьи 74". Следует пояснить, что такое требование может возникнуть не только у продавца в связи с неуплатой покупной цены, но и у покупателя, если, например, продавец должен вернуть часть полученной оплаты в связи со снижением цены товара.

Наконец, расторжение договора во всех случаях сочетается с требованием о возмещении убытков. Сторона, заявляющая о расторжении договора, имеет право взыскивать с неисправной стороны компенсаторные убытки, но не мораторные, поскольку компенсаторные их в данном случае поглощают. Исключением будет являться ситуация, при которой договор исполнен частично (продажа партиями) и расторгнут только в неисполненной части. Тогда в отношении одного и того же договора могут быть истребованы как мораторные, так и компенсаторные убытки в соответствующем соотношении.

На основании положений ст. 46 Конвенции покупатель может потребовать у продавца исполнения обязательств, если только он "не прибег к средству правовой защиты, не совместимому с таким требованием". Какое средство можно считать несовместимым? Во-первых, требовать исполнения в натуре имеет смысл только до осуществления продавцом своих обязательств по поставке. Таким образом, ни замена товара, ни снижение покупной цены, ни устранение недостатков не могут быть заявлены одновременно с исполнением в натуре. Следует, однако, учитывать, что право требовать исполнения подлежит ограничению в отношении исполнения в натуре, как указано в ст. 28. Если рассматривающий дело суд не предоставляет такого средства правовой защиты по своему собственному национальному праву, он не обязан предоставлять его в соответствии с Конвенцией. В таких случаях кредитор может требовать возмещения компенсаторных убытков, но не исполнения самого обязательства. Но в Конвенции это средство правовой защиты возглавляет список по той причине, что ее основополагающим принципом является сохранение договора и его исполнение в соответствии с первоначальными намерениями сторон. Вышеуказанная уступка была сделана, скорее всего, в пользу государств с англо-американской правовой системой, где исполнение в натуре практически не применяется, что следует учитывать как при выборе применимого права, так и при заключении соглашения о подсудности или формулировании арбитражной оговорки.

Назначение покупателем дополнительного срока напрямую связано с исполнением в натуре, поскольку именно для такого исполнения назначается данный срок. Следует лишь учитывать, что дополнительный срок назначается чаще всего в досудебном порядке, поэтому вопрос сочетаемости не возникает. При этом следует отметить, что при отсутствии исполнения по истечении установленного срока чаще всего уже не возникает вопроса об исполнении в натуре, так как очевидна его невозможность. Таким образом, последовательное использование этих двух средств правовой защиты представляется невозможным.

Если сторона намерена расторгнуть договор, значит, она более не заинтересована получить исполнение в натуре. При этом в отличие от англо-американского права, где предпочитают возмещение компенсаторных убытков исполнению в натуре, в международной торговле о расторжении договора заявляют чаще в тех ситуациях, когда исполнение в натуре невозможно, например по истечении дополнительного срока или в случае предвидимого нарушения в связи с невозможностью исполнения. Таким образом, эти две формы ответственности взаимозаменяемы, однако обычно вначале происходит требование исполнения в натуре, а затем, если оно не исполнено, о расторжении договора. Так что эти средства правовой защиты можно еще назвать последовательными.

Та же ст. 46 Конвенции, наделяющая покупателя правом требовать исполнения в натуре, содержит еще два средства правовой защиты: требование замены товара или устранения недостатков. Все три расположены "по убыванию степени неисполненности обязательства". Если обязательство не исполнено вообще, можно требовать исполнения в натуре, если исполнено, но с существенным нарушением условий

договора - замены товара, если поставленный товар имеет незначительные недостатки - устранения недостатков. Таким образом, можно заключить, что все эти три средства являются взаимозаменяемыми и их применение зависит от "качества" исполнения.

Поскольку замена товара и устранение недостатков сходны по своей природе, рассмотрим их в комплексе. Как уже указано выше, оба эти средства прекрасно сочетаются с требованием о возмещении убытков за просрочку, причем это может быть осуществлено даже если продавец устранил недостатки в "разумный срок". Последнее несколько выбивается из общей картины Конвенции, поскольку приобретает карательный оттенок, что для нее не характерно.

Недостаточно прояснен вопрос о назначении дополнительного срока. В ст. 46 установлено, что дополнительный срок назначается для осуществления исполнения, т.е. исполнения основного обязательства. Действия, связанные с устранением недостатков, возможно считать осуществлением исполнения, тем более что это служило бы дополнительной гарантией для продавца, поскольку в течение дополнительного срока покупатель не имеет права прибегать к иным средствам правовой защиты, так что, начав, например, осуществлять замену товара, продавец защищен от расторжения договора до окончания поставки.

Следует также прояснить возможность снижения цены на товар с недостатками, если он заменен или отремонтирован. Статья 50 Конвенции содержит четкие указания на этот счет: если продавец устранил имеющиеся дефекты, то покупатель не имеет права требовать снижения цены. Причем ограничителем будет являться не только факт исправления, но и факт предложения такого исправления, если оно отвергнуто покупателем <1>. Сделано это с тем, чтобы покупатель действовал добросовестно и не выбирал из двух средств наиболее выгодное лично ему.

<1> См.: Прецедентное право по текстам ЮНСИТРАЛ, дело N 282 Oberlandesgericht Koblenz, Германия, 31 января 1997 г.

При расторжении договора, понимается, происходит возврат товара, и речь не идет ни о какой замене товара или об устранении недостатков. Но если до расторжения договора недостатки, например, части товара были самостоятельно исправлены покупателем, он вправе требовать возмещения таких расходов.

Требование о снижении покупной цены и назначение дополнительного срока для осуществления исполнения вполне совместимы, если заранее известно, что товар ненадлежащего качества (например, если задержка вызвана остановкой в пути или часть товара уже прибыла покупателю). Исследование судебной практики показывает, что ст. 47 Конвенции разрешает покупателю установить дополнительный срок для любого обязательства, которое не исполнил продавец. Таким образом, как и п. 3 ст. 46, это положение касается всех обязательств, которые согласился исполнить продавец. Однако дополнительный срок не может рассматриваться как предварительная стадия перед расторжением договора, если только продавец не нарушил своего обязательства поставить проданный товар.

Непростой является проблема начисления процентов на неуплаченную покупную цену, если продавцу назначен дополнительный срок для осуществления поставки. По общему правилу до истечения указанного срока не только покупатель не имеет права прибегать к средствам правовой защиты, но и продавец не будет считаться исполнившим обязательство, так что обязанность уплатить покупную цену не наступает до истечения такого срока, а если исполнение не предоставлено, то и после его окончания.

Очевидна взаимосвязь назначения дополнительного срока для исполнения и расторжения договора. Эти меры не могут применяться одновременно, поскольку, как уже отмечалось, во время течения дополнительного срока покупатель не вправе прибегать к иным средствам правовой защиты. Но если по истечении указанного срока исполнение не предоставлено, то за этим следует расторжение договора: "Покупатель может заявить о расторжении договора... в случае непоставки, если продавец не поставяет товара в течение дополнительного срока, установленного покупателем" (п. 1 "b" ст. 49). Так что прекращение действия одного средства правовой защиты ведет к немедленному применению другого. Однако происходит это только в тех случаях, когда дополнительный срок назначен для осуществления основного исполнения, т.е. при отсутствии поставки.

Сочетание снижения покупной цены и уплаты процентов возможно в двух вариантах: однонаправленное и противоположно направленное. Даже если покупатель требует снижения покупной цены, он обязан в случае своей просрочки выплатить продавцу процент за пользование чужими денежными средствами. В такой ситуации необходимо знать, имеет ли удовлетворение требования о снижении цены обратный эффект, т.е. необходимо ли пересчитывать проценты, начисленные на сумму первоначального долга до заявления и удовлетворения такого требования. Скорее всего, ответ на этот вопрос положительный. Требование снижения основано на недостатках товара, причем не появившихся позднее, а существовавших изначально, даже если они были скрыты. Следовательно, цена должна быть

снижена на весь товар с момента его поставки, поскольку на тот момент дефекты уже были в наличии. Тогда и проценты должны начисляться на сниженную, а не на установленную в договоре цену.

Если покупатель уже оплатил товар, а потом установил, что товар обладает рядом недостатков, снижающих его стоимость, то он может затребовать у продавца снижения покупной цены и принудить его вернуть часть уже переданных продавцу денег. Статья 50 Конвенции прямо наделяет покупателя таким правом, устанавливая, что он имеет право требовать уменьшения "независимо от того, была ли цена уже уплачена". Если продавец не возвращает исчисленную сумму в оговоренный разумный срок, то на данную сумму будут начисляться проценты.

Расторжение договора является средством правовой защиты, которое используется как крайняя мера (**ultima ratio**), если более нельзя рассчитывать на то, что покупатель или продавец сохранит договор. Количество связанных с расторжением договора ограничений и условий подтверждает данную позицию. Неисследованным остался вопрос соотношения обязательств об уплате процентов и последствий расторжения договора. Статья 84 Конвенции указывает, что "если продавец обязан возратить цену, он должен также уплатить проценты с нее, считая с даты уплаты цены". Так что со стороны покупателя возможно одновременное требование как расторжения договора, так и уплаты положенных процентов.

А что происходит, если товар невозможно вернуть, но при этом покупатель не утратил права на расторжение договора (например, при нормальном потреблении в коммерческом обороте) или о расторжении заявляет продавец? Например, если покупатель продал товар или иным образом получил доход от его использования, то подлежат ли начислению на эту сумму проценты? Если договор был расторгнут вследствие существенного нарушения со стороны покупателя, то такая мера представляется справедливой, поскольку, если бы указанный товар сохранялся у продавца, он мог бы сходным образом извлекать из него доход, как и в случае с оборотом денежных средств. Таким образом, наделение продавца правом требовать в таких случаях уплаты процентов с дохода от товара было бы разумным для сохранения справедливого баланса отношений.

Глава 7. ДОГОВОР МЕЖДУНАРОДНОГО ФИНАНСОВОГО ЛИЗИНГА

7.1. Общие положения

Термин "лизинг" (от англ. **leasing** - аренда) в русском языке в настоящее время приравнен к понятию финансовый лизинг. "Финансовый лизинг" означает коммерческую операцию, при которой одно лицо (как правило, лизинговая компания или иной финансовый институт) приобретает оборудование по договору купли-продажи, покупая его у поставщика (как правило, изготовителя оборудования либо его дилера и т.п.) для передачи лизингополучателю (либо арендодателю, пользователю).

Первое лицо передает купленное оборудование, становясь лизингодателем или арендодателем (**lessor**), во временное пользование за периодические платежи на основании отдельного договора (договора "собственно лизинга") лизингополучателю (**lessee**) <1>. При этом на практике роли продавца и лизингополучателя могут совпадать (например, при так называемом возвратном лизинге). Для лизингодателя, имеющего в этих отношениях чисто финансовый интерес, особенности передаваемого по лизингу оборудования имеют второстепенное значение.

<1> Представляется предпочтительным для обозначения участников лизинговых отношений использовать термины "лизингодатель", "лизингополучатель" и "поставщик". Такая терминология используется в Федеральном законе "О лизинге" 1998 г. Вместе с тем ГК РФ и официальный русский перевод Конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г. оперируют терминами "арендодатель" и "арендатор". Подобные различия связаны с разными подходами. Концепция лизинга, нашедшая отражение в ГК РФ, сводится к его пониманию как к разновидности аренды. Это дало основание для имевшего место перевода наименований сторон "конвенционной" лизинговой сделки, при конструировании которой за основу был взят как раз иной подход.

Использование лизинга выгодно всем трем участвующим в рассматриваемых отношениях лицам:

- лизингополучателю - тем, что помогает без первоначального капитала и с более "низкой планкой", чем традиционное кредитование, приобретать новое высокоэффективное оборудование (более производительное и экологически безвредное, менее энергозатратное);
- лизингодателю - обладателю финансовых ресурсов - тем, что позволяет выгодно вложить средства в операции с меньшим, чем многие иные формы кредитования, риском;
- продавцам, в том числе производителям оборудования, - тем, что расширяются возможности его сбыта. Часто предметом лизинга выступает дорогостоящее оборудование, например водные и воздушные

суда.

Потребность в использовании лизинга была обусловлена, с одной стороны, развитием прикладной науки и появлением новой техники, которую необходимо было продвигать на рынок (в дальнейшем развитие лизинга генерировала постоянно учащающаяся смена поколений оборудования). С другой стороны, вызванное теми же научно-техническими достижениями "перепроизводство" товаров и услуг усиливало конкуренцию как среди производителей оборудования, так и в кругу его пользователей.

Таким образом, подобный "тройственный союз" выгоден всем 5 его участникам, позволяя при грамотной организации (в том числе юридическом оформлении) соответствующих операций каждому из них успешно конкурировать в своей нише рынка, максимально уменьшая расходы и риски.

Ключевую роль в лизинговых отношениях играют лизинговые 6 компании, которые фактически осуществляют финансовую операцию, предоставляя денежные средства на покупку оборудования на началах возмездности и срочности, не принимая на себя никаких рисков за это оборудование. Поэтому многие из лизинговых компаний действуют на базе банков либо в тесной связи с ними, а сама схема взаимоотношений получила название "финансовый лизинг" (**financial leasing**), чем подчеркивается значимость финансового аспекта сделки, а также сугубо финансовая роль лизинговой компании.

Описанная схема финансового лизинга является наиболее распространенной. Вместе с тем международная коммерческая практика знает ряд разновидностей финансового лизинга, в основном классифицируемых по распределению обязанностей по обслуживанию лизингового имущества, а также по количеству участников сделки.

При чистом лизинге (**net leasing**) лизингополучатель несет все расходы по техническому и ремонтному обслуживанию оборудования, и его лизинговые платежи являются "чистыми", поскольку не включают в себя возмещение каких-либо дополнительных услуг лизингодателя.

Полный лизинг, или мокрый лизинг (**wet leasing**), напротив, предполагает возложение обязанностей оказывать соответствующие услуги на лизингодателя.

При частичном лизинге обязанности по обслуживанию оборудования распределяются между лизингодателем и лизингополучателем.

Возвратный лизинг - разновидность лизинга, при котором лизинговая компания покупает у собственника предмет лизинга и возвращает на лизинговой основе этот же предмет этому же собственнику. Первоначальный собственник-продавец утрачивает право собственности, становясь лизингополучателем, обязанным, в частности, выплачивать периодические платежи за некогда собственное имущество. Подоплека операции превращения собственника в лизингодателя в том, чтобы использовать налоговые преимущества лизинга, разгрузить баланс и т.п. Этот вариант лизинга нагляднее других демонстрирует его финансовую суть.

При так называемом раздельном лизинге (**leveraged leasing**) на стороне лизингодателя в договорные отношения с лизингополучателем вступают несколько лиц, что обычно обусловлено реализацией крупномасштабных проектов.

Револьверный или возобновляемый, лизинг дает лизингополучателю право в течение срока действия договора в соответствии с установленным договором периодичностью и (или) определенными основаниями требовать замены одного вида оборудования другим.

Иной правовой характер имеет оперативный лизинг, который, исходя из объема обязанностей лизингодателя и неоднократного использования оборудования (предмет лизинга здесь может многократно передаваться разным лизингополучателям, а срок владения и пользования этим предметом прямо не связан с его амортизацией), рассматривается в континентальных правовых системах, в том числе и в России как разновидность договора обычной аренды.

Росту удельного веса лизинговых отношений в экономике способствует стимулирование многими государствами их использования путем предоставления разнообразных налоговых и таможенных льгот.

Частное право и практика в различных странах по-разному восприняли отношения, возникающие в связи с использованием лизинга. В результате в различных государствах было принято заметно отличающееся гражданско-правовое регулирование лизинговых сделок. И сегодня международные документы, национальное законодательство и судебная практика, доктрины по-разному определяют и квалифицируют договор лизинга - либо как "новый", "особый" вид договора **sui generis** либо в качестве разновидности традиционных, пришедших из классического римского частного права договоров (аренды, займа, купли-продажи и др.).

Исторически с появлением первых "квазилизинговых" договорных конструкций возникла потребность в их нормативно-правовой регламентации, которая сначала осуществлялась путем применения к подобным отношениям аналогии закона. Вновь принимаемые нормы встраивались в те типичные массивы (группы) норм, которые в зависимости от тех или иных национальных правовых традиций регулировали наиболее близкие (сходные) отношения. Поэтому регулирование по сути одного и того же, с социально-экономической точки зрения, явления приобрело различные национальные правовые формы.

ГК РФ рассматривает договор лизинга как разновидность аренды, называя лизинг также финансовой арендой (§ 6 гл. 34). Как представляется, этим умалывается финансовая суть сделки.

Все это дало почву современным исследователям по-разному оценивать правовую природу лизинга: как с точки зрения их принадлежности к тому или иному виду договорных обязательств, так и с позиции юридической структуры самой конструкции лизинга (два двусторонних договора или один трехсторонний договор и т.п.). Споры на эту тему в цивилистической науке в последние годы не утихают <1>.

<1> См., в частности: Громов С.А. Предмет лизинга в гражданском обороте // Объекты гражданского оборота / Отв. ред. М.А. Рожкова. М., 2007 (статья размещена в СПС "КонсультантПлюс"); Иванов А.А. Договор финансовой аренды (лизинга) в новых условиях // Правоведение. 2002. N 2. С. 222 - 231; Савранский М.Ю. Еще раз о правовой природе лизинга // Право и жизнь. 2001. N 40. С. 194 - 207; Суханов Е.А. Полемика о будущем, которое закладывается сегодня (рецензия проф. Е. Суханова на статью С. Шаталова) // Хозяйство и право. 2001. N 9. С. 130 - 131; Шаталов С.С. Композитарная трактовка лизинга // Эж-Юрист. 2005. N 29.

Таким образом, лизинговые отношения в широком смысле слова носят трехсторонний характер и включают в себя по меньшей мере два основных взаимоувязанных и взаимообусловленных блока вопросов, опосредуемых традиционными договорами: 1) по возмездной передаче имущества в собственность (между продавцом и лизингодателем) и 2) по возмездной передаче имущества в пользование (собственно договор лизинга).

Осложнение этих отношений иностранным элементом нередко ведет к специфическим для международного частного права проблемам: конфликту квалификации, расщеплению коллизионной привязки и др. Помимо этого вызывают трудности различная оценка структуры и характера данных отношений в рамках той или иной национальной системы права, необходимость решения вопросов частноправового регулирования внешнеэкономических сделок (соотношение и взаимодействие договорных условий, актов международного и национального регулирования и др.).

Сделка международного лизинга может регламентироваться значительным рядом нормативных и иных актов. Это международные конвенции, содержащие соответствующее коллизионное и материально-правовое регулирование, национальное законодательство тех или иных стран, применяемое в качестве основного либо субсидиарного статута, контрактные условия, обычаи и обыкновения. Все из перечисленных "регуляторов" могут быть призваны к регламентации отдельной сделки в соответствии с различными основаниями, на разных стадиях реализации правоотношений из сделки и в различном порядке, что делает первостепенным определение последовательности их применения в каждом конкретном случае.

7.2. Оттавская конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г.

Важнейшим международным актом, содержащим унифицированное частноправовое регулирование сделок международного лизинга, является Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г., разработанная под эгидой УНИДРУА (далее - Оттавская конвенция 1988 г., или Конвенция) <1>.

<1> Об этом международном документе, в частности, см.: Кабатова Е.В. Лизинг: правовое регулирование, практика. М., 1998; Савранский М.Ю. Значение Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге и проблемы ее применения в России // Международное частное право. Современная практика: Сб. статей / Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланава. М., 2000. С. 83 - 109.

Оттавская конвенция 1988 г. готовилась рабочей группой в рамках UNIDROIT (УНИДРУА) - Международного института по унификации частного права, находящегося в Риме. Римский институт является авторитетнейшим учреждением в сфере унификации международного частного права и специализируется в основном на разработке конвенций и модельных актов, содержащих унифицированные нормы в сфере договорных обязательств.

Работа по подготовке проекта Конвенции началась в 1974 г. Группа, в состав которой вошли авторитетные юристы из разных стран, представители деловых кругов, банков, лизинговых компаний, проанализировала национальные нормативные акты различных стран по регулированию лизинга, материалы судебной и договорной практики, а также подходы к пониманию юридической природы лизинга.

По итогам изучения этих материалов был представлен первоначальный проект единообразных правил, вынесенный на обсуждение на 2-й сессии рабочей группы UNIDROIT, которая проходила в 1979 г.

в Риме.

С самого начала авторы проекта исходили из признания лизинга трехсторонней сделкой **sui generis**, имеющей некоторые общие черты с известными правовыми институтами, например арендой, условной куплей-продажей, поручением, но ни при каких обстоятельствах к ним не сводимой. Попытки "подогнать" лизинг под какой-либо известный правовой институт каждый раз приводили к неразрешимым противоречиям, поскольку такой институт оказывался прокрустовым ложем для лизинга <1>.

<1> Гражданское и торговое право зарубежных государств: Учебник / Под ред. Е.А. Васильева, А.С. Комарова. М., 2005. С. 104 - 108 (автор раздела - Е.В. Кабатова).

В 1980 г. на 3-й сессии рабочей группы был решен вопрос о том, какую сделку лизинга можно считать международной. Критерием "международности" сделки договорились считать местонахождение предприятий - контрагентов лизингодателя и лизингополучателя - в разных странах. Местонахождение поставщика было признано не имеющим квалифицирующего значения.

В 1988 г. в Оттаве состоялась дипломатическая конференция, на которой был представлен проект Конвенции о международном финансовом лизинге. В работе конференции, на которой 26 мая 1988 г. Конвенция была принята, участвовали представители 55 государств, в том числе и СССР. Конвенцию подписали 14 государств <1>. Она вступила в силу 1 мая 1995 г., для России - с 1 января 1999 г. <2>.

<1> Бельгия, Чехия, Финляндия, Франция, Гана, Гвинея, Италия, Марокко, Нигерия, Панама, Филиппины, Словакия, Танзания и США.

<2> В настоящее время участниками Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге являются 10 государств: Франция, Италия, Нигерия (вступила в силу с 1 мая 1995 г.), Венгрия (с 1 декабря 1996 г.), Панама (с 1 октября 1997 г.), Латвия (с 1 марта 1998 г.), Россия (с 1 января 1999 г.), Белоруссия (с 1 марта 1999 г.), Узбекистан (с 1 февраля 2001 г.), Украина (с 1 июля 2007 г.). Текущий статус Конвенций УНИДРУА поддерживается на официальном интернет-сайте Института: www.unidroit.org.

Основная идея Конвенции, провозглашенная в преамбуле, состоит в том, чтобы шире поощрять использование лизинга на межгосударственном уровне. Для этого важно устранить определенные правовые препятствия в отношении международного финансового лизинга оборудования, одновременно поддерживая справедливое равновесие между интересами различных сторон сделки.

Составители Конвенции могли бы свободно распределить права и обязанности по сделке между лизингодателем, лизингополучателем и поставщиком на основе беспристрастности, справедливости и коммерческой выгоды, достигнув этим некоего идеального баланса интересов. Однако принятый текст Конвенции во многом отражает сложившуюся практику национального и международного лизинга, в том числе и в этой части. В ином случае практический эффект от Конвенции был бы меньшим.

Среди задач Конвенции - сделать международный финансовый лизинг наиболее доступным. Этот тезис адресован в первую очередь тем странам, компании которых имеют острую потребность в инвестициях, поскольку возможность ввоза лизингового оборудования из-за рубежа во многом обусловлена наличием правовых гарантий для собственности иностранных лизингодателей.

Формулировка преамбулы Конвенции о том, что "правовые нормы, регулирующие традиционный договор аренды, нуждаются в адаптации к самостоятельным трехсторонним отношениям, возникающим из сделки финансового лизинга", - отредактированный в ходе работы над проектом вариант. Сначала на месте слов "нуждаются в адаптации" были слова "не пригодны".

Хотя предыдущая формулировка и в большей мере соответствовала действительному положению дел, замена слов свидетельствовала скорее о нежелании в какой-то степени умалить национальные законодательства, а также поставить под сомнение их соответствие современным потребностям экономического развития.

Необходимость установления единообразных норм хотя бы по существенным аспектам регулирования международного лизинга была очевидна, однако понятно было и то, что унификация всех его аспектов невозможна. Поэтому важнее было выявить основные принципы международного финансового лизинга, сформулировать понятие лизинговой сделки и выявить ее характерные признаки, поскольку учитывалось, что на основе норм Конвенции будет создаваться новое национальное законодательство о лизинге в различных странах, многие из которых не являются участниками Конвенции <1>.

<1> Один из разработчиков Конвенции отмечал, что ее шансы на успех только увеличились бы при "ее концентрации на ограниченном ряде основных моментов, способных к выполнению нетипичной природы сделок финансового лизинга, а не при ее стремлении добиться системной унификации всех

юридических аспектов по предмету" (Stanford M.J. Ibe UNIDROIT Convention on International Financial Leasing. Report. New Delhi, 4/5 February 1994. P. 13).

При этом отмечается, что самый значительный недостаток существующих национальных правовых систем, преодолеть который была призвана Конвенция, заключался в "невозможности этих правовых систем признать особую трехстороннюю взаимосвязь, которую привносит с собой финансовый лизинг оборудования" <1>.

<1> Stanford M.J. Op. cit.

Так, в России и во многих странах СНГ трехсторонний комплекс лизинговых отношений включает два юридически не связанных договора: договор купли-продажи между поставщиком и лизингодателем и договор аренды (вернее, собственно договор лизинга как разновидности аренды) между лизингодателем и лизингополучателем. Такая конструкция, во-первых, не признает тот факт, что лизингополучатель является предполагаемым пользователем покупаемых товаров и, соответственно, лицом, самым непосредственным образом заинтересованным в выполнении обязательств, возлагаемых на поставщика. Во-вторых, на лизингодателя налагаются ряд обязательств по выполнению операций непосредственно с оборудованием, которые не свойственны его функциям финансиста.

Одной из отправных точек Конвенции является определяющая роль лизингополучателя - он является инициатором всей сделки, выбирает оборудование, поставщика и несет практически все риски собственника, не являясь таковым юридически. Ей корреспондирует иного рода роль лизингодателя, чье участие в сделке сведено к предоставлению финансирования. Срок, на который заключается договор лизинга, должен позволять лизингодателю вернуть свои капиталовложения в оборудование, т.е. должен приближаться к сроку амортизации оборудования.

Конвенция состоит из 25 статей, сгруппированных в три главы: гл. I "Сфера применения и общие положения", гл. II "Права и обязанности сторон", гл. III "Заключительные положения".

Конвенция базируется на ряде принципиальных положений. Красной нитью через многие нормы Конвенции проходит принцип неразрывности договоров поставки и собственно лизинга и признания их единой трехсторонней сделкой (ст. ст. 1, 5, 8, 10, 11). Второй общий принцип, во многом производный от первого, - принцип установления баланса интересов сторон при определяющей роли лизингополучателя как инициатора сделки и "фактического" собственника оборудования. Из этого вытекают положения об одобрении условий договора поставки лизингополучателем и ответственности последнего в отношении оборудования перед третьими лицами, уведомлении поставщика о лизинговом предназначении имущества и его ответственности перед лизингополучателем (ст. ст. 1, 8, 10). Конвенция закрепляет принцип компенсационной роли лизинговых платежей - они должны позволить арендодателю вернуть свои вложения в оборудование (п. 2 ст. 1).

В Конвенции установлены ряд принципов, определяющих предметно-целевые ограничения в ее применении: по видам имущества (п. 1 "а" ст. 1) и неприменение Конвенции к потребительским сделкам (п. 4 ст. 1); приоритет вещных прав лизингодателя перед правами кредиторов лизингополучателя (ст. 7); надлежущая забота о полученном в лизинг оборудовании и использовании его разумным образом (ст. 9); надлежущее исполнение обязательств сторонами и установление соразмерных мер воздействия на контрагента, их не исполняющего, вплоть до расторжения договора с компенсацией понесенных другими контрагентами убытков (ст. ст. 12, 13) и др.

Указанные принципы Конвенции находят свое отражение при закреплении в ней прав и обязанностей участников лизинговой сделки.

Лизингодатель обязан:

- заключить по спецификации лизингополучателя договор поставки с поставщиком;
- заключить договор лизинга с лизингополучателем;
- обеспечить правовое состояние, при котором спокойное владение лизингополучателя не будет нарушено лицом, имеющим преимущественный титул или право либо заявляющим о преимущественном титуле или праве и действующим по уполномочию суда, если только такой титул, право или претензия не являются результатом действия или упущения лизингополучателя.

Лизингодатель освобождается от ответственности за нарушение спокойного владения также в том случае, если такое нарушение явилось результатом грубой небрежности, упущения или умысла самого лизингополучателя.

Последнее положение стало единственной нормой Конвенции, в отношении которой любое присоединяющееся государство вправе сделать заявление и заменить его положениями своего внутреннего права (ст. 20 Конвенции). Этим правом, сделав соответствующие заявления в отношении п. 3 ст. 8, воспользовались Россия и Франция.

Лизингополучатель обязан:

- проявлять надлежащую заботу в отношении имущества, использовать его разумным образом и возвратить лизингодателю (если договором не предусмотрена покупка лизингополучателем этого имущества) в том состоянии, в котором оно ему было передано с учетом естественного износа (ст. 9 Конвенции);

- своевременно выплачивать периодические платежи лизингодателю за пользование оборудованием.

Лизингополучатель вправе:

- до получения надлежащего оборудования приостановить периодические платежи (п. 3 ст. 12);

- расторгнуть договор лизинга или отказаться от оборудования, если оборудование не поставлено или поставлено с просрочкой или не соответствует условиям договора поставки (п. 1 ст. 12);

- в случае расторжения договора лизинга получить обратно любые периодические платежи, выплаченные авансом (п. 4 ст. 12).

При этом в п. 5 ст. 12 установлено, что "лизингополучатель не вправе предъявлять лизингодателю никаких других претензий за непоставку, просрочку в поставке или поставку не соответствующего условиям договора оборудования, если только это не явилось результатом действия или упущения лизингодателя". Этим пунктом усиливается положение о том, что лизингополучатель может отказаться от оборудования или расторгнуть договор лизинга в случае непоставки, или поставки с просрочкой, или не соответствующего условиям договора оборудования, но не может предъявлять лизингодателю каких-либо иных претензий. Такая возможность у лизингополучателя появляется только в том случае, если причина для предъявления претензии - непоставка, несвоевременная поставка или поставка несоответствующего условиям договора оборудования - возникла в результате действий или упущений самого лизингодателя.

Вместе с тем предъявление каких-либо претензий лизингодателю не препятствует лизингополучателю предъявлять претензии поставщику в соответствии со ст. 10 Конвенции (п. 6 ст. 12).

Как известно, в традиционном договоре аренды арендатор вправе предъявлять арендодателю претензии в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения последним своих договорных обязательств. В случае с лизингом, исходя из принципа "лизингодатель не несет перед лизингополучателем никаких обязанностей, связанных с имуществом" (ст. 8 Конвенции), стала очевидной необходимость логического продолжения этого начала при обеспечении завершенности самой правовой конструкции лизинга. Поэтому была сформулирована норма, согласно которой эти обязанности возложены на поставщика. Статья 10 Конвенции закрепила, что "обязанности поставщика по договору поставки распространяются и в отношении лизингополучателя, как если бы последний являлся стороной такого договора, а оборудование поставлялось непосредственно ему". Таким образом, данной статьей была введена фикция наличия договорных отношений между поставщиком и лизингополучателем, позволившая возложить на поставщика обязанности, связанные с оборудованием, по отношению к лизингополучателю.

Возможность лизингополучателя обращаться непосредственно к поставщику ограничена в двух случаях: во-первых, поставщик не несет ответственность за один и тот же ущерб перед лизингодателем и лизингополучателем; во-вторых, лизингополучатель не наделяется правом прекращать действие договора поставки или его аннулировать без согласия лизингодателя.

Для закрепления прав лизингополучателя, установленных в ст. 10 Конвенции, в ст. 11 включено условие, согласно которому договор поставки не может изменяться таким образом, чтобы нарушались права лизингополучателя, если только он сам не согласился на такие изменения.

Отличное от договора традиционной аренды распределение прав и обязанностей между участниками лизинга и наличие третьего "фигуранта" предопределили и особое разделение мер ответственности. Итак, по общему правилу "лизингодатель освобождается от ответственности перед лизингополучателем в отношении оборудования, если иное не установлено в Конвенции или договоре лизинга". Из этого правила есть исключение: "лизингодатель несет ответственность перед лизингополучателем за убытки, причиненные вследствие того, что лизингополучатель при выборе поставщика и оборудования "полагался на опыт и суждение лизингодателя". Данное изъятие обусловлено тем, что, хотя в подавляющем числе случаев лизингополучатель самостоятельно выбирает поставщика и оборудование, в ряде случаев лизингодатель может помочь ему это сделать, и такая возможность допускается в п. 2 "а" ст. 1 Конвенции. Если это происходит - лизингополучатель "полагается на опыт и суждение лизингодателя", - то вполне естественно возложить на лизингодателя неблагоприятные последствия его "советов".

Лизингодатель также освобождается от ответственности перед третьими лицами "в случае причинения оборудованием вреда их жизни, здоровью или имуществу".

Конвенция устанавливает последствия нарушения договора лизинга лизингополучателем. Как и в Венской конвенции 1980 г., возможные нарушения разделены на две группы - существенные и

несущественные.

Несущественное нарушение договора лизингополучателем дает лизингодателю право требовать причитающиеся ему невыплаченные периодические платежи, а также понесенные убытки (п. 1 ст. 13).

При существенном нарушении договора лизинга лизингополучателем лизингодатель вправе также требовать досрочной выплаты сумм будущих периодических платежей или расторжения договора (п. 2 ст. 13).

В п. 4 ст. 13 установлено следующее соотношение мер правовой защиты, предоставленных лизингодателю при существенном нарушении договора лизингополучателем: в случае расторжения договора лизинга лизингодателем он не вправе требовать досрочной выплаты будущих периодических платежей, однако при исчислении суммы убытков лизингодатель может включить в нее сумму таких периодических платежей.

7.3. Применение Оттавской конвенции УНИДРУА 1988 г. и вопросы коллизионного регулирования

Сфера действия Оттавской конвенции 1988 г. по кругу лиц определяется в ст. 3, исходя из местоположения субъектов сделки международного финансового лизинга и их отношений с государством - участником Конвенции.

При определении международного характера лизинговой сделки в качестве критерия Конвенция закрепила факт нахождения двух ключевых (из трех) ее участников - лизингодателя и лизингополучателя - в разных государствах. В противном случае сделка не признается международной с точки зрения Конвенции. Местонахождение поставщика при этом не имеет значения.

Такое разграничение субъектно-территориальной сферы применения Конвенции к сделке финансового лизинга, которая может считаться международной, близко, в частности, к Венской конвенции 1980 г.

Мотивом придания квалифицирующего значения лизинговому соглашению (в узком смысле слова) стало нежелание излишне ограничивать сферу применения Конвенции, однако такой подход был частично отвергнут комитетом правительственных экспертов, который с учетом имеющихся в Конвенции положений п. 1 ст. 10 посчитал, что недопустимо полностью игнорировать связь местонахождения поставщиков с государством - участником Конвенции. В противном случае сомнительной становилась эффективность прав лизингополучателей по отношению к поставщикам. Поэтому в п. 1(а) ст. 3 Конвенции было закреплено положение, что для применения Конвенции (минуя коллизионные нормы) места деятельности трех субъектов сделки международного финансового лизинга (включая поставщика) должны находиться в странах - участницах Конвенции.

В п. 2 ст. 3 Конвенции уточняется, что, если сторона имеет более, чем одно "коммерческое предприятие", для целей Конвенции будет учитываться то из них, которое "в наибольшей степени связано с соответствующим договором и его исполнением с учетом известных сторонам обстоятельств или предполагаемых ими в тот или иной момент до заключения или при заключении данного договора". Подобное уточнение в свою очередь создает неясность другого рода. Так, например, если один офис компании более тесно связан с заключением договора, а второй - с его исполнением, то нерешенным остается вопрос о том, какой из них следует считать "коммерческим предприятием" компании. Однако определенным преодолением этого затруднения выступает учет субъективного фактора - осведомленности контрагентов об этих фактах до момента подписания договора.

Таким образом, вторым необходимым условием применения Конвенции является определенная связь всех субъектов "лизинговой сделки" либо входящих в нее договоров - поставки и собственно лизинга с государством - участником Конвенции. Эта связь может проявляться в двух основных вариантах, из которых для применения Конвенции достаточно одного:

а) коммерческие предприятия, имеющие решающую связь с соответствующим договором, каждой из трех сторон сделки (арендодателя, арендатора, продавца), находятся в государствах - участниках Конвенции;

б) оба договора, входящие в лизинговую сделку (поставки и непосредственно лизинга), регулируются правом государства, являющегося участником Конвенции.

При первом варианте в государствах - участниках Конвенции она применяется непосредственно, независимо от действующих в этих странах коллизионных норм.

Второй вариант, при котором как договор поставки, так и договор лизинга регулируются правом одного из государств - участников Конвенции, не означает, что оба договора обязательно должны регулироваться правом одного и того же государства - участника Конвенции, ибо применение к договорам права любого ее участника приводит к применению Конвенции.

Данный вариант применения Конвенции на практике может проявляться в нескольких

разновидностях: 1) стороны в силу автономии воли выбрали в качестве применимого права право государства - участника Конвенции (в этом случае обязательным будет применение Конвенции с учетом соответствующих законов о ее введении и оговорок, сделанных соответствующими государствами-участниками при ее подписании). По вопросам, Конвенцией не урегулированным, будут применяться нормы внутреннего законодательства; 2) стороны не выбрали применимое право либо оговорка о его выборе признана недействительной, и в силу определенных судом или арбитражем коллизионных норм либо иным образом подлежащим применению будет признано право государства - участника Конвенции.

Однако и при наличии соответствующих условий для применения Конвенции стороны в силу ст. 5 Конвенции могут отказаться от ее применения, что должно быть недвусмысленно выражено тремя участниками лизинговой сделки и закреплено ими в обоих договорах, ее составляющих.

Кроме того, если стороны не исключают применение Конвенции, в силу п. 2 ст. 5 они вправе отступать от ее положений либо вносить изменения в возможные их последствия с учетом особенностей конкретной сделки международного финансового лизинга, однако это не распространяется на конвенционные положения, регулирующие вопросы ответственности сторон (положения п. 3 ст. 8, подп. (б) п. 3 и п. 4 ст. 13).

Особенностью национального коллизионного регулирования лизинговых отношений с иностранным элементом является то, что коллизионное право формировалось применительно к традиционным видам договоров, поэтому в большинстве правовых систем имеются лишь коллизионные нормы, устанавливающие применимое право для обязательств, которые рассматриваются как родовые по отношению к лизинговым.

При этом коллизионные подходы, закрепленные в международных конвенциях, и национальное коллизионное право разных стран в отношении выбора применимого права для обязательств, которые рассматриваются как родовые по отношению к лизинговым, совпадают не полностью.

В российском праве отдельная коллизионная норма, определяющая применимое право для договора финансового лизинга с иностранным элементом, отсутствует.

В соответствии с п. 2 ст. 1211 ГК РФ в этом случае применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся, по терминологии ГК РФ, арендодателем в договоре аренды. Поскольку договор финансового лизинга помещен в гл. 34 "Аренда" ГК РФ, коллизионная норма в отношении договора аренды может быть применена и к договору финансового лизинга как разновидности договора аренды. Такой же результат даст и использование общего коллизионного подхода, закрепленного в п. 9 ст. 1211 и отсылающего, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве, к праву страны, с которой договор наиболее тесно связан. Данный коллизионный критерий совпадает с основными принципами, зафиксированными наиболее удачными региональными унификациями (Регламентом ЕС "Рим I" 2008 г., Межамериканской конвенцией 1994 г.), а также "новыми" коллизионными законодательствами многих стран.

Вместе с тем имеется одно исключение. Сделки с недвижимостью (в том числе лизинг недвижимости) считаются наиболее тесно связанными со страной, где эта недвижимость находится (специальная презумпция).

Таким образом, если к договору международного финансового лизинга будет применяться российское право, то к отношениям сторон, не урегулированным договорными условиями, будет применяться Оттавская конвенция 1988 г., а субсидиарно - правила ГК РФ, прежде всего предписания § 6 гл. 34 ГК РФ.

В разных странах действуют различные коллизионные подходы, используемые при определении применимого права для родовых по отношению к лизинговым обязательств - купли-продажи и найма имущества. Интерес представляет урегулирование этих вопросов в законодательстве таких стран, как Мексика, Польша, Чехия.

Гражданский кодекс Мексики 1928 г. (с изм. от 1987 г.) <1> в ст. 13 устанавливает, что для договоров найма и временного использования как недвижимого, так и движимого имущества применимым правом является право его местонахождения, даже если обладателями титула на него являются иностранцы. В отношении иных обязательств допускается выбор права сторонами при субсидиарном использовании **lex loci solutionis**.

<1> Текст Кодекса на рус. яз. см.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001. С. 427 - 434.

В Законе Польши 1965 г. о международном частном праве <1> в отсутствие выбора права сторонами к большинству договоров (купли-продажи, подряда, поручения, хранения, перевозки и др.) предусматривается применение коллизионных привязок, отсылающих к праву страны, где находится в

момент заключения договора сторона, осуществляющая исполнение, имеющее решающее значение для договора. Примерами могут служить отсылка к праву страны продавца применительно к договору купли-продажи, право страны нахождения комиссионера в договоре комиссии, право страны нахождения хранителя в договоре хранения и др. (ст. 27). К обязательствам, не упомянутым в Законе (в том числе по временному пользованию имуществом), применяется правило **lex loci contractus** (ст. 29) <1>.

<1> См.: Там же. С. 467 - 476.

В ряде стран в качестве единственной субсидиарной привязки после генерального правила **lex voluntatis** в отношении исследуемых обязательств закреплена формула **lex loci solutionis** (Вьетнам, Куба). В Законе Турции 1982 г. о международном частном праве и международном гражданском процессе <1> указанная привязка предваряет закрепленное для субсидиарного применения в третью очередь гибкое коллизионное правило, отсылающее к праву места, имеющего наиболее тесную связь с договором (ст. 24).

<1> См.: Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 573 - 586.

Вместе с тем следует учитывать, что приведенные подходы во многом характерны для коллизионного законодательства середины XX в. В большинстве из этих стран готовятся проекты новых законодательных актов, регулирующих как лизинговые отношения, так и вопросы международного частного права, которые базируются на принятых в современном коммерческом обороте принципах.

Приведенные примеры коллизионных норм показывают возможность возникновения "скрытой коллизии" при квалификации в рамках разных правопорядков соответствующих отношений как лизинговых. Национальные подходы в определении применимого права могут также различаться в зависимости от того, к какому виду обязательств в этих странах практика и доктрина относят трехсторонний комплекс лизинговых отношений (две двусторонние сделки или одна трехсторонняя).

Все это наглядно демонстрирует то, что в условиях развития международного экономического оборота (включая появление новых договорных конструкций, особенно таких непростых, как лизинг) использование "жестких" коллизионных привязок, основанных на каком-либо одном формальном критерии, не всегда приводит к выбору права, способного адекватно регулировать эти отношения. И напротив, использование "гибких начал" для установления компетентного правопорядка с учетом всех обстоятельств конкретной сделки международного лизинга в большей степени отвечает потребностям надлежащего регулирования.

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что определение права, применимого к лизинговым отношениям, выходящим за пределы одного государства и не регулируемым Оттавской конвенцией 1988 г., на основе традиционных подходов в силу показанных особенностей этих отношений способно вылиться в непростую и противоречивую процедуру, итогом которой может стать неадекватный и неоднозначный результат. Поэтому в подобной ситуации выбор судом или арбитражем материального права, наиболее тесно связанного с правоотношением, или наиболее благоприятного права является предпочтительным.

7.4. Конвенция СНГ о межгосударственном лизинге 1998 г.

В 1998 г. в Москве несколькими государствами - участниками СНГ (Российская Федерация не вошла в их число) была подписана Конвенция о межгосударственном лизинге (далее - Конвенция СНГ), которая вступила в силу 30 августа 2001 г. Конвенцию подписали Армения, Белоруссия, Киргизия, Таджикистан, Украина, а ратифицировали Белоруссия, Армения и Таджикистан <1>.

<1> Текст Конвенции см.: Содружество. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. N 3 (30). С. 171 - 185; СПС "КонсультантПлюс".

Конвенция СНГ содержит 23 статьи, составляющие четыре раздела: разд. I "Общие положения и область применения", разд. II "Договоры. Обязанности и права субъектов межгосударственной лизинговой деятельности", разд. III "Гарантии", разд. IV "Заключительные положения".

По структуре и содержанию Конвенция СНГ близка к первоначальному варианту Федерального закона от 29 октября 1998 г. N 164-ФЗ "О финансовой аренде (лизинге)" <1>, который в 2002 г. был существенно усовершенствован. Конвенция СНГ частично восприняла положения Оттавской конвенции УНИДРУА 1988 г., однако многие статьи Конвенции СНГ регулируют вопросы, которые целесообразно регламентировать национальным законодательством либо которые вполне могли бы решать сами участники конкретных лизинговых сделок. Все это, по мнению авторитетных экспертов, никак не

способствует успешной унификации лизинга в рамках СНГ.

<1> СЗ РФ. 1998. N 44. Ст. 5394.

Конвенция СНГ, согласно содержащейся в ней ст. 5, применяется только в том случае, если осуществление лизинговых проектов ведут лизинговые компании и хозяйствующие субъекты не менее двух государств - участников Конвенции. При этом в Конвенции СНГ нет определений понятий "лизинговый проект", "договор лизинга", "лизинговая деятельность", "лизинг", поэтому установить их легальное соотношение весьма затруднительно. Кроме того, приведенная формулировка не регламентирует, какие из участников "проектов" должны происходить из указанных стран, что делает сферу применения Конвенции СНГ еще более неопределенной.

Конвенция СНГ содержит несколько коллизионных норм, которые сформулированы также неудачно. Не вполне понятно, каким правом должен регулироваться "обязательственный статут" договора лизинга. В подп. "а" п. 6.2 ст. 6 установлено: "форма договора лизинга, **права и обязанности его Сторон определяются национальным законодательством государства, в котором заключается этот договор**, и настоящей Конвенцией" (выделено нами. - Авт.). Обращает на себя внимание то, что в данной норме закреплена привязка **lex loci contractus**, которая уже практически не используется в современном коллизионном регулировании коммерческих контрактов.

Однако основная проблема заключена в том, что в следующем подп. "б" п. 6.2 установлена другая коллизионная привязка: "при отсутствии соглашения между Сторонами относительно права, которое должно применяться к договору лизинга, **применяется право государства, где учреждена, имеет свое местонахождение или основное место деятельности Сторона, являющаяся лизингодателем в договоре лизинга**" (выделено нами. - Авт.), т.е. используется привязка к праву страны нахождения лизингодателя.

Таким образом, в Конвенции предусматривается одновременное применение безальтернативной коллизионной привязки **lex loci contractus**, допускается выбор сторонами применимого права, т.е. принцип **lex voluntatis** (что общепризнанно при регулировании подобных отношений), и (если выбор не сделан) наблюдается попытка использовать принцип характерного исполнения.

В результате помимо конкуренции коллизионных норм не учтено распределение прав и обязанностей участников лизинга, при котором роль лизингодателя, как указывалось, преимущественно финансовая, в отличие от договора аренды, по аналогии с которым, по-видимому, была использована данная коллизионная привязка. В этой связи стоит вспомнить, что стороной, деятельность которой имеет решающее значение для исполнения договора в доктрине, законодательстве и судебной практике, признается не лицо, финансирующее сделку, а лицо, продающее товар, выполняющее работу или оказывающее услугу.

7.5. Конвенция УНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования 2001 г.

16 ноября 2001 г. на дипломатической конференции в Кейптауне 20 государств подписали Конвенцию УНИДРУА о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования (Convention on International Interests in Mobile Equipment) <1>. Конвенция вступила в силу с 1 апреля 2004 г. и действует в Эфиопии, Нигерии, Омане, Пакистане, Панаме и США.

<1> Текст Конвенции на рус. и англ. языках, а также статус Конвенции см. на сайте УНИДРУА: www.unidroit.org. Подписали Конвенцию 28 государств, в том числе Франция, Германия, Италия, Швейцария, Великобритания, Украина и др.

Разработчики данной Конвенции намеревались распространить предусмотренный Оттавской конвенцией УНИДРУА 1988 г. принцип приоритета принадлежащих лизингодателю вещных прав по отношению к требованиям необеспеченных кредиторов лизингополучателя (в частности, при банкротстве последнего) на регулирование обеспечительных прав на подвижное оборудование, когда оно является предметом международных сделок <1>.

<1> Подробнее см.: Goode R. Transcending the Boundaries of Earth and Space: the Preliminary Draft Unidroit Convention on International Interests in Mobile Equipment // UNIDROIT official web site: <http://www.unidroit.org/english/publications>.

Термины, которыми оперирует данная Конвенция, непривычны для российской правовой системы.

Во-первых, перевод словосочетания **International Interests** как "международные гарантии" не оптимален. Конвенция, по сути, регламентирует так называемые обеспечительные интересы (**secured interests** - изначально термин англо-американской системы права) в имуществе трех категорий участников международных сделок: залогодателя, потенциального продавца и лизингодателя. Широкое использование в международном обороте залога, предварительной продажи и лизинга поставило перед перечисленными лицами проблему защиты их прав и интересов в иностранных юрисдикциях, поскольку на национальном уровне устанавливаются различные требования в отношении оформления и реализации прав залогодателей, потенциальных продавцов и лизингодателей.

В Конвенции унифицируются порядок и последствия возникновения интересов указанных категорий лиц в оборудовании при осуществлении международного торгового оборота, а также конкретные средства правовой защиты этих лиц в случае нарушения должником своих обязательств. Основные способы защиты прав лизингодателя устанавливаются в ст. 10 Конвенции - в случае неисполнения должником своих обязательств лизингодатель вправе "прекратить действие соглашения и вступить во владение любым объектом, к которому относится это соглашение, либо установить контроль над ним, а также обратиться в суд".

Условием действительности и реализации обеспечительного интереса по Конвенции является его регистрация в соответствии с установленной Конвенцией международной системой регистрации. При невыполнении требования Конвенции о международной регистрации "обеспечительный интерес" залогодержателя, потенциального продавца или лизингодателя не сможет быть реализован и защищен.

Наиболее ярко эта проблема проявилась в отношении имущества, перемещение которого из одной страны в другую является способом его обычного использования, - самолетов, морских судов, подвижного состава железнодорожного транспорта. Все эти средства транспорта и иные подобные предметы именуется в данной Конвенции как *Mobile Equipment* ("подвижное" или "мобильное" оборудование).

Особенность данной Конвенции заключается в разработке протоколов по отдельным видам подвижного оборудования. В настоящее время разработан пока только один Протокол по авиационному оборудованию к Конвенции, который был представлен для подписания одновременно с Конвенцией. Однако условия его вступления в силу отличаются от Конвенции - требуется восемь ратификаций в отличие от трех ратификаций, необходимых для Конвенции. К настоящему моменту протокол ратифицировали только шесть государств (те же, что ратифицировали и Конвенцию, - Эфиопия, Нигерия, Оман, Пакистан, Панама и США), поэтому он пока не действует. Уже подготовлены проекты еще двух Протоколов - по железнодорожному и космическому оборудованию <1>.

<1> С текстами проектов Протоколов можно ознакомиться на сайте УНИДРУА: www.unidroit.org.

7.6. Руководства по заключению договоров международного лизинга

На заседании Всемирного совета по лизингу в 1988 г. было решено подготовить Руководство для документации по сделкам международного лизинга, которое, базируясь на Оттавской конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г., учитывало бы расхождения между правоприменительной практикой в странах с англо-американской и континентальной системами права. Работа по подготовке указанного Руководства была выполнена Правовым комитетом Европейской федерации ассоциаций лизинговых компаний (**Leaseurope**). В Руководстве детализированы права и обязанности сторон лизинговой сделки, причем распределены они между контрагентами достаточно сбалансированно.

В России под эгидой ТПП РФ на основе упомянутого Руководства был разработан модельный договор международного лизинга, при формулировании статей которого авторы исходили из двух предпосылок: 1) применимым правом к договору является право Российской Федерации; 2) к договору применяется Конвенция УНИДРУА о международной финансовой аренде (лизинге) 1988 г. <1>.

<1> Кувшинов В.А. Международный лизинг: модельный договор: Комментарии. М., 2005 (см. также: интернет-сайт ТПП РФ: www.tpprf.ru).

Глава 8. МЕЖДУНАРОДНАЯ ПЕРЕВОЗКА ГРУЗОВ И ПАССАЖИРОВ

8.1. Понятие и виды международных перевозок

Транспорт представляет собой важнейший связующий элемент современной мировой экономики и мирового сообщества в целом, поскольку обеспечивает перемещение товаров и граждан практически в любую точку земного шара. Перевозки грузов и пассажиров между двумя и более странами в отличие от

перевозок в пределах одной страны именуется **международными перевозками** или **международным сообщением**.

Особенностью правоотношений, возникающих при международной перевозке, является наличие в них иностранного элемента. Перевозка выполняется из одной страны в другую, и иностранный элемент связан с процессом транспортировки, перемещения. Поэтому, например, присутствие иностранного пассажира на внутреннем рейсе не делает соответствующую перевозку международной. Для признания перевозки международной важен факт заключения договора международной перевозки. При этом не требуется, чтобы она фактически осуществлялась по территории двух или нескольких стран. Достаточно начать такую перевозку. Груз или пассажир могут и не пересечь государственной границы (например, в случае утраты груза во время следования его в пределах страны отправления), однако их перевозка будет подпадать под правовой режим международной перевозки. Перевозка может выполняться несколькими транспортными организациями, последовательными перевозчиками и при этом оставаться международной, даже если некоторые из соперевозчиков выполняют свою часть перевозки в пределах границ своего государства.

Существуют различные виды международных сообщений. В зависимости от характера транспортных организаций и способа перемещения различают перевозки отдельными видами транспорта: морские, железнодорожные, автомобильные, воздушные, внутренние водные (речные) и перевозки в смешанном сообщении. В зависимости от периодичности транспортных операций выделяют перевозки регулярные и нерегулярные. В зависимости от предмета перевозки различают грузовое и пассажирское сообщение. Различают также перевозки между двумя граничащими странами, перевозки в транзитном сообщении (с пересечением территории третьего государства) и перевозки в сквозном сообщении (если пункты отправления и назначения находятся в одном и том же государстве, но в ходе перевозки пересекается территория иностранного государства).

Процесс функционирования международного транспорта складывается из двух различных по своему содержанию сфер, являющихся предметом правового регулирования. Обе сферы отношений регулируются международными соглашениями, которые существуют на каждом виде транспорта.

Первая сфера включает отношения между государствами по поводу организации транспортного сообщения и использования международных транспортных путей, а также деятельности международных транспортных организаций. Эта сфера является предметом публичного права. Так, правовой режим морей, океанов и мореплавания, который должен способствовать прежде всего международным сообщениям, определяется Конвенцией ООН по морскому праву 1982 г., подписанной в Монтего-Бей (Ямайка). В области автомобильного транспорта действуют две принятые в Вене в 1968 г. Конвенции: Конвенция о дорожном движении и Конвенция о дорожных знаках и сигналах. Общие вопросы международного воздушного сообщения получили свое решение в рамках Чикагской конвенции о международной гражданской авиации 1944 г. Такие многосторонние конвенции создают правовую базу для международных соглашений об установлении сообщения тем или иным видом транспорта между конкретными государствами. Они в свою очередь, исходя из принципа суверенитета государств над своей территорией и прилежащим морским и воздушным пространством, предусматривают круг транспортных организаций, осуществляющих перевозки, их права и обязанности, регламентируют маршруты перевозок, определение тарифов, расследование происшествий, обязательное страхование гражданской ответственности владельцев транспортных средств, таможенные, налоговые и иные условия транспортного сообщения. Примером таких соглашений являются межправительственные соглашения об установлении международного автомобильного сообщения, воздушного сообщения. На морском транспорте организация международных перевозок определяется соглашениями двух видов: о сотрудничестве в области морского судоходства и об установлении регулярных морских линий. На железнодорожном транспорте возникает необходимость в соглашениях о порядке передачи подвижного состава и грузов при переходе государственной границы, об эксплуатации совместных пограничных станций, о создании общего парка вагонов, единой контейнерной системы и т.п.

Вторую сферу составляют отношения между транспортными организациями и их клиентурой, связанные с перевозкой пассажиров, грузов и багажа. Имеющиеся в этой области соглашения являются многосторонними с весьма широким кругом участвующих государств и носят глобальный или региональный характер. Они содержат унифицированные гражданско-правовые нормы об условиях договора международной перевозки, в рамках которого достигается цель транспортных операций - перемещение грузов и пассажиров к месту назначения. Эти отношения и являются предметом регулирования международного частного права.

Особенностью правового регулирования перевозок грузов, пассажиров и багажа в международном сообщении на большинстве видов транспорта является высокая степень унификации материально-правовых норм. На каждом виде транспорта имеются одно или несколько таких соглашений (конвенций), разнообразных по своему характеру, объему и содержанию. **Наиболее важными**

международными многосторонними договорами РФ, регулируемыми условия перевозок, являются: на автомобильном транспорте - Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (Женевская конвенция 1956 г. (ЦМР)); на воздушном - Конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (Варшавская конвенция 1929 г.); на морском - Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаментах (Брюссельская конвенция 1924 г.), Конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа (Афинская конвенция 1974 г.). На железнодорожном транспорте действуют многостороннее Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении 1950 г. (СМГС) и Соглашение о международном железнодорожном пассажирском сообщении 1950 г. (СМПС). 17 июля 2009 г. в России принят Федеральный закон N 152-ФЗ о присоединении к Бернской конвенции о международных железнодорожных перевозках 1980 г. <1> (КОТИФ - Convention relative aux transports internationaux ferroviaires), устанавливающей подробные правила перевозок между странами в Западной и Центральной Европе, некоторых странах Северной Африки, Ближнего Востока.

<1> СЗ РФ. 2009. N 29. Ст. 3589.

Почти все из названных международных договоров в последующем были изменены и дополнены соответствующими протоколами. На некоторых видах транспорта приняты новые многосторонние документы, призванные заменить устаревшие. Так, например, действующая Варшавская конвенция 1929 г. постепенно утрачивает свое значение с вступлением в 2003 г. в силу Монреальской конвенции 1999 г., устанавливающей новый правовой режим международных воздушных перевозок. На морском транспорте действует Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г. (Гамбургская конвенция). Существует целый ряд других важных многосторонних транспортных конвенций, в которых Россия по разным причинам не участвует. Однако их положения учитываются как в практике правового регулирования соответствующих международных перевозок, так и при совершенствовании российского внутреннего законодательства.

Во всех отраслях международного транспорта (кроме воздушного) регламентация грузовых и пассажирских перевозок осуществляется посредством отдельных соглашений. Это обусловлено особенностями пассажирских и грузовых перевозок, традициями их правового регулирования.

Практика выработала два типа соглашений об условиях перевозок грузов и пассажиров. На железнодорожном и автомобильном транспорте действуют соглашения, которые содержат **детальную систему норм** об условиях международных перевозок, что является весьма удобным, поскольку сводит к минимуму применение внутреннего законодательства государств. Однако такая система порождает трудности (по существу и по времени) при пересмотре и обновлении транспортных конвенций с учетом технических и коммерческих нововведений.

Иной характер имеют соглашения об условиях морских и воздушных перевозок: Варшавская 1929 г. и Брюссельская 1924 г. конвенции определяют **лишь основные условия** международных перевозок. Такая регламентация оставляет без ответа многие вопросы, возникающие на практике, и вынуждает решать их на основе норм внутреннего права, которое различно и часто не учитывает специфику международного сообщения <1>.

<1> Подробнее см.: Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981. С. 35 - 37.

И все же практика идет по пути расширения содержания международных соглашений об условиях перевозок. Наглядным примером является Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г. С другой стороны, идет поиск путей и возможностей более оперативного обновления содержания конвенций, детально регламентирующих условия перевозок, например, на железнодорожном транспорте. Свидетельство тому - Конвенция о международных железнодорожных перевозках 1980 г. (КОТИФ), объединившая две Бернские конвенции о железнодорожных перевозках: пассажирскую 1923 г. (МПК) и грузовую 1890 г. (МГК), получившие статус приложений соответственно "А" и "Б" к КОТИФ. Основной текст КОТИФ носит публично-правовой характер и регламентирует деятельность созданной ею Межправительственной организации международных железнодорожных перевозок, включая упрощенную процедуру пересмотра МПК и МГК.

Международные транспортные конвенции разнообразны по своему характеру, объему и содержанию. Однако в них можно выделить и общие черты. Все они, как правило, предусматривают:

1) что международная перевозка грузов, пассажиров и багажа осуществляется на основании договора перевозки, который оформляется путем выдачи транспортного документа соответствующего содержания, включающего важнейшие права и обязанности сторон этого договора;

2) основания и довольно невысокие пределы ответственности перевозчика при международных перевозках. Пределы ответственности, как правило, фиксируются в условных золотосодержащих валютных единицах и (или) в специальных правах заимствования Международного валютного фонда (СПЗ). Ответственность наступает при наличии вины, которая презюмируется. Исключение составляет уникальная в этом отношении Монреальская конвенция 1999 г., которая предусматривает объективную ответственность перевозчика за причинение вреда жизни и здоровью пассажиров, грузу, багажу и возмещение вреда, причиненного жизни и здоровью пассажира, в полном объеме;

3) порядок урегулирования споров между сторонами договора перевозки в отношении груза и багажа, территориальную подсудность исков из договора перевозки и сроки исковой давности.

С точки зрения применения международных соглашений об условиях перевозок грузов и пассажиров на отдельных видах транспорта имеют одно очень важное различие. В международном праве общепризнано, что международный договор не создает обязательств или прав для третьего государства, не являющегося его участником. Применительно к транспортным конвенциям это означает, что они должны распространяться на перевозки, **пункт отправления и пункт назначения которых находятся в различных государствах**, каждое из которых является участником конвенции. Наиболее четко это начало выражено в соглашениях о международных железнодорожных сообщениях, Варшавской 1929 г., Монреальской 1999 г. конвенциях. Другие транспортные конвенции, и к их числу относятся Гамбургская 1978 г., Брюссельская 1924 г. и Женевская 1956 г. (ЦМР) конвенции, содержат нормы, расширяющие территориальную сферу их действия. Так, согласно ст. 10 Брюссельской конвенции ее положения должны применяться ко всякому коносаменту, выданному в одном из договаривающихся государств. В соответствии с п. 1 ст. 1 ЦМР данная Конвенция применяется к договору автомобильной перевозки, если место принятия груза и место выдачи груза находятся в двух различных государствах, **из которых хотя бы одно является участником Конвенции**. Это обеспечивает применение норм Конвенции в качестве договорного права, согласованного сторонами при заключении договора перевозки, в тех странах, которые участниками Конвенции не являются.

Нормы международных конвенций о перевозках, как и нормы внутреннего транспортного законодательства государств, преимущественно носят **императивный характер**. Это объясняется необходимостью единообразной защиты интересов огромного числа потребителей услуг, оказываемых транспортными организациями, а также сложностью технологий эксплуатации транспорта, массовостью операций и рисками, связанными с использованием транспортных средств, которые, как известно, являются источником повышенной опасности.

Международные соглашения в области перевозок, как правило, не относятся к перевозке почты. При перевозке почтовых отправлений перевозчик несет ответственность только перед соответствующей почтовой администрацией в соответствии со специальными правилами, применяемыми к отношениям между ними.

Для регулирования международного транспорта большое значение имеют соглашения о международных тарифах. Такие соглашения устанавливают правила исчисления провозной платы, транспортных сборов и штрафов. Они заключаются в рамках объединений (союзов) железных дорог, между авиапредприятиями, назначенными для эксплуатации международной линии в соответствии с двусторонними соглашениями о воздушном сообщении. Согласованные тарифы дополняют соглашения о линейных конференциях на морском транспорте. Тарифные соглашения заключаются транспортными организациями, но должны получить санкцию со стороны компетентных государственных органов.

Значительное влияние на правовое регулирование международных сообщений оказывают **международные транспортные организации**, как правительственные, так и неправительственные, которые существуют для каждого вида транспорта. В рамках первых, как правило, разрабатываются и принимаются международные транспортные конвенции и соглашения.

Деятельность же неправительственных международных организаций в области транспорта направлена на разработку типовых правил перевозок, форм перевозочной документации, согласованной тарифной политики на каждом виде транспорта на основе анализа его работы и обобщения опыта регулирования. Неправительственные организации не наделены правомочиями властного характера и, следовательно, не вправе принимать какие-либо нормативные предписания, обязательные для третьих лиц. Акты этих организаций служат основой для разработки перевозчиками, а часто и национальными государственными органами нормативной, типовой и иной транспортной документации, включая и правила перевозок.

8.2. Коллизионные вопросы международных перевозок

Международные транспортные конвенции определяют лишь наиболее важные правила, отражающие специфику международных перевозок. Наличие большого числа международных соглашений

в этой области не устраняет вопроса о применении внутреннего права государств. Прежде всего имеющиеся международные конвенции и соглашения не затрагивают многие важные транспортные операции, полностью оставляя их в сфере регулирования внутреннего права. Это касается, например, порядка предъявления грузов к перевозке и выдачи их в пункте назначения, условий выполнения погрузочно-разгрузочных операций, задержания груза в пути, эксплуатации подъездных железнодорожных путей, особых условий чартерных перевозок. Регулирование этих отношений, весьма специфических и сложных по своему характеру, как правило, требует издания значительного числа юридико-технических предписаний и поэтому их проще подчинить внутренним нормам страны отправления или назначения перевозки.

Практическое применение положений конвенций об условиях возмещения причиненного вреда выявляет пробелы, восполнение которых возможно только путем обращения к внутреннему праву.

За рамками международных соглашений часто остаются вопросы определения объема ответственности перевозчика и порядка компенсации вреда, круга лиц, имеющих право на его возмещение, и т.д.

Некоторые государства по разным причинам не являются участниками международных транспортных конвенций, в силу чего существуют международные перевозки, которые никакими международными конвенциями не регулируются.

Во всех этих случаях следует обращаться к внутреннему праву, что ведет к необходимости определять, право какой страны подлежит применению. Договор перевозки, как правило, не содержит ответа на этот вопрос. Коллизионное регулирование отдельных стран не отличается едиными подходами.

Специальных конвенций о применимом праве в области перевозок не существует. Транспортные конвенции содержат нормы, отсылающие к внутреннему праву государств. Однако они немногочисленны, а коллизионные привязки обычно отсылают к закону суда, рассматривающего спор. Относительно полные и разработанные коллизионные нормы имеются только в соглашениях о железнодорожном сообщении.

Подробный анализ состояния коллизионных проблем в международном транспортном праве содержится в работах О.Н. Садикова, изданных еще в 80-х годах прошлого столетия ^{<1>}. Однако большинство положений и выводов автора в отношении вопросов унификации коллизионного регулирования актуальны и поныне. За прошедшие годы, к сожалению, ситуация в этой области мало изменилась.

^{<1>} См.: Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981; Sadikov O.N. Conflict of Law in International Transport Law // Recueil des Cours. Vol. 190 (1985-I). P. 199 - 270.

В отличие от коллизионных норм транспортных конвенций, которые, как правило, являются императивными, коллизионные привязки во внутреннем праве государств чаще носят диспозитивный характер.

Особенностью коллизионных норм в сфере международных перевозок является наличие как общих, так и специальных коллизионных привязок.

1. Российское законодательство (ст. 1211 ГК РФ) содержит **общую коллизионную норму**, отсылающую к праву страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Согласно ч. 2 ст. 1211 ГК РФ такой стороной в договоре перевозки является перевозчик. Право страны перевозчика необходимо определять в соответствии со ст. 1202 ГК РФ, в силу которой в указанных случаях применяется закон страны, где соответствующая транспортная компания учреждена (инкорпорирована). Норма ст. 1211 ГК РФ является диспозитивной и применяется в случаях, когда стороны договора не согласовали иного подлежащего применению права.

Исключения составляют отношения, возникающие в связи с причинением вреда жизни и здоровью пассажиров. Статья 800 ГК РФ изымает их из сферы специального транспортного законодательства, подчиняя ответственность перевозчика в этих случаях общим правилам об обязательствах из причинения вреда (гл. 59 ГК РФ). Это приводит к необходимости применять право страны, где имело место причинение вреда (ст. 1219 ГК РФ). Сфера действия устанавливаемого на основании норм ст. 1219 ГК РФ статута обязательства из причинения вреда определяется правилами ст. 1220 ГК РФ с учетом приоритета над нормами российского права положений применяемых международных договоров.

2. Сложность транспортных отношений, необходимость учитывать особенности их отдельных элементов, которые тяготеют в процессе выполнения перевозки к различным правопорядкам, обусловили наличие наряду с общими коллизионными привязками **специальных коллизионных привязок**, подчиняющих внутреннему праву определенный круг правоотношений в рамках транспортных обязательств. При этом следует считать неправильным обращение к общей коллизионной привязке, если по спорному вопросу имеется коллизионная отсылка специального характера ^{<1>}. Особенностью

коллизии норм в сфере международного транспорта является подчинение договора перевозки действию нескольких коллизионных привязок. Грузы и пассажиры следуют по территории нескольких государств, в каждом из которых подлежат выполнению соответствующие транспортные операции: отправление груза, посадка пассажира, транспортировка, перегрузка, пересадка, прибытие, выдача груза и т.д. Подчинение этих разных этапов перевозки одному правопорядку создавало бы очевидные неудобства при выполнении транспортных операций <2>.

<1> См.: Садиков О.Н. Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981. С. 59.

<2> Там же. С. 60.

Среди специальных коллизионных привязок, предусмотренных международными соглашениями и внутренним законодательством, следует назвать закон составления перевозочного документа, закон страны отправления (порта погрузки), закон страны следования, задержания груза, закон страны, в которой производится изменение договора перевозки, закон страны происхождения, закон местонахождения груза, закон места составления акта о состоянии груза, закон страны назначения (порта разгрузки), закон страны, где предъявлена претензия, закон суда и др.

По своему существу названные коллизионные привязки, как правило, соответствуют коллизионным привязкам, используемым в международном частном праве применительно к другим обязательствам. Так, закон страны отправления груза является, как правило, законом места заключения договора (**lex loci contractus**), закон страны задержания груза - это вариант коллизионной привязки закона местонахождения вещи (**lex rei sitae**), закон страны назначения представляет собой закон места исполнения договора (**lex loci solutionis**) <1>.

<1> Там же. С. 63.

8.3. Международные железнодорожные перевозки

Правовой режим международных железнодорожных перевозок пассажиров и грузов во многих регионах мира определяется международными соглашениями или общими тарифами. Наибольшее значение среди них имеют Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении 1950 г. и Соглашение о международном железнодорожном пассажирском сообщении 1950 г., регулирующие перевозки между странами на территории Восточной Европы и Азии, включая Россию, а также Бернская конвенция о международных железнодорожных перевозках 1980 г., участниками которой являются большинство стран Европы, некоторые страны Северной Африки и Ближнего Востока, всего около 50 стран. В 2009 г. Россия стала участницей также и этой Конвенции, правда, в весьма ограниченном формате.

8.3.1. СМГС и СМПС

Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС) (с изм. и доп. от 1 июля 2012 г.) и Соглашение о международном железнодорожном пассажирском сообщении (СМПС) первоначально регулировали международные перевозки между территориями государств Восточной Европы и Азии. С возникновением на пространстве бывшего СССР новых государств СМГС и СМПС стали также применяться к перевозкам грузов и пассажиров между странами СНГ.

Для координации работы железных дорог стран СНГ и выработки согласованных принципов их функционирования был образован Совет по железнодорожному транспорту. Под эгидой Совета 1 октября 1997 г. было заключено Соглашение между железнодорожными администрациями стран СНГ и бывших прибалтийских государств СССР об особенностях применения отдельных норм СМГС. В соответствии с этим Соглашением к перевозкам грузов в прямом международном сообщении по железным дорогам сторон применяется СМГС с учетом особенностей, изложенных в приложениях к Соглашению, касающихся перевозок опасных, негабаритных тяжеловесных грузов; порядка оформления перевозочных документов; уплаты провозных платежей по транзитным железным дорогам отправителем или получателем через экспедитора, имеющего договор с дорогой транзита.

Путем заключения 28 мая 1997 г. Таллинского соглашения был также решен вопрос о применении СМПС к пассажирским перевозкам между странами СНГ, Латвийской, Литовской и Эстонской республиками <1>.

<1> Действие Соглашения прекращено с 1 января 2010 г. на основании п. 2 решения по п. 10 повестки дня 51-го заседания Совета по железнодорожному транспорту СНГ (Протокол от 28 октября 2009

г.). С 1 января 2010 г. Советом утверждены и введены в действие Правила проезда пассажиров в поездах международного сообщения в новой редакции (приложение N 28).

В конце прошлого века из этих соглашений вышли некоторые страны Восточной Европы. Однако участниками СМГС остаются Болгария, Польша, Албания, Вьетнам, Иран, Китай, Корея (КНДР), Монголия, а в СМПС участвуют также Словакия и Чехия.

СМГС и СМПС дополняются целым рядом поименованных в них тарифов, правил и служебных инструкций. Одни из них действуют для обоих соглашений (правила о расчетах между железными дорогами, правила пользования вагонами), другие приняты отдельно для грузового и пассажирского сообщения. В ряде статей СМГС допускается заключение между его участниками более узких соглашений.

Условия железнодорожных перевозок грузов. СМГС применяется к перевозкам грузов в прямом международном железнодорожном грузовом сообщении, по накладным СМГС и только по сети железных дорог стран - участниц Соглашения при соблюдении некоторых дополнительных условий. Под словами "железная дорога" понимаются все железные дороги одной страны. Соглашением предусматривается обязанность железных дорог производить перевозки. Определяются предметы, не допускаемые к перевозке и допускаемые к перевозке, но с соблюдением особых условий. Регулируется порядок заключения договора перевозки, оформления накладной.

Накладная СМГС состоит из следующих листов:

- 1) оригинал накладной;
- 2) дорожная ведомость;
- 3) дубликат накладной;
- 4) лист выдачи груза;
- 5) лист уведомления о прибытии груза,

а также из необходимого количества дополнительных экземпляров дорожной ведомости: двух экземпляров для дороги отправления и одного экземпляра для каждой участвующей в перевозке транзитной железной дороги.

Лист 3 накладной (дубликат накладной) возвращается отправителю после заключения договора перевозки. Этот лист не имеет силы оригинала накладной.

Предусмотрена ответственность в виде штрафа в пятикратном размере провозной платы за неверные сведения, внесенные в накладную, если в результате этого произошел перегруз вагона или были приняты к перевозке грузы, не допускаемые к перевозке, или грузы были приняты без соблюдения предусмотренных для них условий. При этом перевозчику возмещаются все возникшие в связи с нарушением убытки.

Соглашение содержит правила приема груза к перевозке, требования к таре, упаковке, маркировке, погрузке, определению массы и количества мест груза, пломбированию вагонов. Соглашением определяются тарифы, порядок исчисления и уплаты провозных платежей и штрафов, сроки доставки груза, права и порядок изменения договора перевозки, порядок выдачи и розыска груза, составления коммерческого акта.

Так, срок доставки для грузов **большой скорости** повагонной отправкой определяется на весь путь следования груза исходя из следующих норм:

- 1) срок на отправление - 1 сутки;
- 2) срок на перевозку груза на каждые начатые 320 тарифных километров в пределах каждой железной дороги, участвующей в перевозке, - 1 сутки. Этот срок примерно в полтора раза больше для грузов **малой скорости**.

Железная дорога, принявшая груз к перевозке по накладной СМГС, ответственна за выполнение договора перевозки на всем пути следования груза до выдачи его на станции назначения, а в случае переотправки груза **в страны**, железные дороги которых не участвуют в Соглашении, - до оформления перевозки по накладной другого соглашения; в случае переотправки груза **из стран**, которые не участвуют в Соглашении, - после оформления перевозки груза по накладной СМГС.

Каждая последующая железная дорога, принимая к перевозке груз вместе с накладной, вступает тем самым в этот договор перевозки и принимает на себя возникающие по нему обязательства.

Основное содержание СМГС составляют нормы об ответственности железных дорог. Железная дорога в любом случае не должна возмещать убытки в большей сумме, чем при полной утрате груза. Перечни причин освобождения железной дороги от ответственности за несохранность груза (ст. 23) и просрочку в его доставке (ст. ст. 14 и 23) дают основания сделать вывод о том, что она основана на принципе вины.

Конвенция устанавливает нормы естественной убыли груза от 0,5 до 2% его массы. Однако эти ограничения ответственности не применяются, если отправителем или получателем груза доказано, что

уменьшение массы груза произошло не по причинам, связанным с особыми естественными свойствами груза (ст. 24). Размер возмещения при полной или частичной утрате груза ограничивается его ценой, указанной в счете иностранного поставщика или в выписке из этого счета, заверенной в порядке, установленном в стране предъявления претензии. Если стоимость полностью или частично утраченного груза не может быть определена указанным порядком, то она устанавливается государственной экспертизой (ст. 25). В случае повреждения, порчи или снижения качества груза железная дорога должна возместить отправителю или получателю груза сумму, соответствующую понижению стоимости груза (ст. 26).

За просрочку в доставке груза железная дорога уплачивает получателю штраф, размер которого определяется исходя из провозной платы той железной дороги, которая допустила просрочку, и величины (длительности) просрочки, определяемой как отношение просрочки (в сутках) к общему сроку доставки. Так, при просрочке более 0,4 общего срока доставки с перевозчика взимается штраф в размере 30% провозной платы. Штраф за просрочку в доставке уплачивается лишь в том случае, если не был соблюден общий срок на перевозку от станции отправления до станции назначения.

В случае возмещения за полную утрату груза штраф за просрочку в его доставке не может быть потребован. При частичной утрате груза штраф за просрочку в доставке подлежит уплате за неутраченную часть груза. При повреждении, порче или снижении качества груза по причинам, не связанным с просрочкой, штраф за просрочку в доставке, если она имела место, прибавляется к соответствующей сумме возмещения. Сумма штрафа за просрочку вместе с указанными в ст. ст. 25 и 26 платежами не должна быть больше общей суммы возмещения, которая подлежала бы уплате в случае полной утраты груза.

Отдельные железные дороги - участницы СМГС могут заключать между собой соглашения по регулированию ответственности за просрочку в доставке грузов при условии, что они будут применяться только к перевозкам грузов исключительно по железным дорогам стран - участниц таких соглашений.

Статья 28 Соглашения определяет размер процентов, начисляемых на суммы возмещений и суммы переборов провозных платежей.

Порядок и сроки предъявления претензий и исков определяются разд. VI СМГС. Иск может быть предъявлен только после заявления претензии. Право предъявления претензий и исков, основанных на договоре перевозки, принадлежит только отправителю или получателю либо уполномоченному ими лицу. Доверенность должна соответствовать внутренним законам той страны, к железной дороге которой предъявлена претензия.

СМГС устанавливает минимальные суммы предъявления претензий к перевозчику. Претензии по каждой отправке в отдельности должны быть предъявлены в письменном виде с соответствующим обоснованием и указанием суммы возмещения отправителем - к дороге отправления, а получателем - к дороге назначения. Претензии рассматриваются компетентными органами железных дорог, указанными в приложении 19 к Соглашению. Как правило, это управления или грузовые службы железных дорог, железнодорожные ведомства, пограничные станции и др.

Железная дорога обязана в 180-дневный срок со дня заявления претензии рассмотреть ее и дать ответ. Претензии и иски отправителя или получателя к железным дорогам по договору перевозки, а также требования и иски железных дорог к отправителям или получателям об уплате провозных платежей, штрафов и о возмещении ущерба могут быть заявлены в течение 9 месяцев, за исключением претензий и исков о просрочке доставки груза, для предъявления которых установлен 2-месячный срок. Претензии и требования, по которым истек срок давности, не могут быть предъявлены также и в виде исков. Предъявление письменной претензии приостанавливает течение сроков давности.

Раздел VII Соглашения определяет порядок расчетов между железными дорогами.

Условия железнодорожных перевозок пассажиров и багажа в международном сообщении регулируются СМГС. Право на проезд дает билет (купонная книжка), а для следования в спальном вагоне, кроме того, - плацкарта, форма которой определяется Служебной инструкцией к Соглашению.

Пассажир имеет право провезти с собой бесплатно одного ребенка не старше четырех лет, если он не занимает отдельного места. Для занятия ребенком отдельного места необходимо приобрести детский билет. При следовании с пассажиром более одного ребенка не старше четырех лет на всех остальных детей, кроме одного, должны приобретаться детские билеты. Ребенок в возрасте от четырех до 12 лет перевозится со скидкой 50%.

Пассажир вправе перейти в вагон более высокого класса с доплатой стоимости билета, в течение срока годности билета прервать поездку на попутной станции. Срок годности билета может быть продлен не более двух раз, причем срок каждого продления не должен превышать двух месяцев.

Для помещения своей ручной клади пассажир использует предназначенные для этого в вагоне места. Общая масса ручной клади, провозимой бесплатно, не должна превышать 35 кг на взрослого пассажира и 15 кг на ребенка до 12 лет. Запрещается перевозить в виде ручной клади: предметы, которые

могут повредить или загрязнить вагон, других пассажиров или их вещи; огнеопасные, легковоспламеняющиеся, самовозгорающиеся, взрывчатые, радиоактивные, едкие и отравляющие вещества; заряженное оружие; предметы, которые могут внести инфекцию или обладают зловонным запахом; предметы, не допускаемые к перевозкам таможенными и другими правилами; крупногабаритные предметы, размер которых по сумме трех измерений превышает 200 см.

Излишнюю ручную кладь пассажир должен сдать в багаж. К перевозке багажом принимаются вещи пассажира, надлежащим образом упакованные. Масса отдельного места багажа не должна быть менее 5 кг и более 75 кг при условии, если погрузка багажа в багажные вагоны пассажирских поездов может производиться быстро и без затруднений. Предусматривается перечень предметов, запрещенных к перевозке багажом. В подтверждение приема багажа к перевозке пассажиру выдается багажная квитанция установленного содержания.

СМПС (разд. IV) определяет также порядок перевозки товаробагажа, которым могут доставляться упакованные вещи пассажиров, мелкие грузы. Его перевозка оформляется именной товарно-багажной квитанцией, причем владельцем груза обязательно должна быть объявлена его ценность.

Ответственность железных дорог за несохранность и просрочку доставки багажа и товаробагажа наступает на тех же основаниях, что и при перевозке груза на условиях СМГС.

При полной или частичной утрате багажа, сданного к перевозке без объявленной ценности, железная дорога уплачивает пассажиру действительную стоимость утраченного багажа или утраченной его части, не превышающую, однако, двух швейцарских франков за каждый недостающий килограмм массы брутто.

За каждые сутки просрочки доставки товаробагажа железная дорога исходя из провозной платы той железной дороги, которая допустила просрочку, обязана уплатить штраф в размере 5% провозной платы. Сумма штрафа не должна превышать 50% провозной платы. Штраф за просрочку доставки багажа значительно меньше.

Если вследствие опоздания поезда согласованный поезд (указанный в проездном документе) оказался пропущенным, а также если поезд был отменен на всем или части своего пути, а пассажир желает продолжать поездку, то железная дорога обязана, по возможности, отправить пассажира и его багаж, не взыскивая доплаты, таким поездом, который отправляется к той же станции назначения по железным дорогам первоначального пути следования или другим железным дорогам так, чтобы пассажир прибыл на эту станцию с наименьшим опозданием.

Право предъявления претензий, основанных на договоре перевозки, принадлежит пассажиру, отправителю или получателю товаробагажа. Претензии на сумму, эквивалентную менее 1,5 швейцарских франков по одному проездному документу или по одной отправке багажа или товаробагажа, предъявлению не подлежат.

Претензии по перевозкам багажа и товаробагажа должны быть предъявлены в письменном виде пассажиром и отправителем или получателем товаробагажа к дороге отправления или к дороге назначения. Претензии пассажиров, основанные на купонных книжках или картонных билетах, должны быть заявлены по месту их приобретения.

Претензии, иски и требования могут быть заявлены в течение 9-месячного срока, за исключением претензий о просрочке в доставке багажа или товаробагажа, для предъявления которых установлен 30-дневный срок давности.

СМПС не дает указаний по вопросам ответственности железных дорог за причинение вреда жизни и здоровью пассажиров, а также за сохранность ручной клади. Согласно ст. 46 СМПС, в этих случаях применяются постановления, изложенные во внутренних законах и правилах соответствующей страны, железная дорога которой является участницей Соглашения.

8.3.2. КОТИФ

Процесс унификации правового регулирования железнодорожных перевозок в Европе возник гораздо раньше принятия СМГС и СМПС. Уже в конце XIX в., в 1890 г., была принята **Бернская конвенция о международных железнодорожных перевозках грузов (МГК)**. Конвенция была заключена девятью европейскими государствами, в числе которых первоначально была и Россия, впоследствии прекратившая свое участие. Конвенция определяла основные условия договора международной железнодорожной перевозки грузов. Она имела ряд приложений, содержащих, в частности, форму международной железнодорожной накладной и ее дубликата.

В 1923 г. была принята **Бернская конвенция о международных железнодорожных перевозках пассажиров и багажа (МПК)**. Обе Конвенции, действовавшие достаточно продолжительное время, неоднократно пересматривались и дополнялись. Их последняя редакция была принята в 1970 г. В дальнейшем текст Конвенций дополнялся и совершенствовался, а круг их участников расширялся. В 1980

г. на очередной Бернской конференции по их пересмотру был принят текст новой единой Конвенции.

Конвенция о международных железнодорожных перевозках (Convention relative aux transports internationaux ferroviaires du 9 mai 1980, COTIF - КОТИФ) <1> вступила в силу 1 мая 1985 г. Она объединяет нормы МГК и МПК в редакции 1970 г. и Дополнительной конвенции к МПК 1966 г. об ответственности железных дорог за жизнь и здоровье пассажиров в едином документе в виде двух приложений ("В" и "А"), содержащих нормы гражданско-правового характера об условиях международных железнодорожных перевозок.

<1> СЗ РФ. 2011. N 35. Ст. 5060.

Приложение "А" определяет условия перевозок пассажиров 74 и кратко именуется Единые правила ЦИВ (CIV) - Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des voyageurs (Appendice A à la Convention COTIF).

Приложение "В" определяет условия перевозок грузов и сокращенно именуется Единые правила ЦИМ (CIM) - Règles uniformes concernant le contrat de transport international ferroviaire des marchandises (Appendice B à la Convention COTIF).

Основной текст КОТИФ регулирует деятельность международной правительственной организации - Организации международного железнодорожного транспорта (ОТИФ), в задачи которой входят вопросы поддержания и совершенствования единообразного правового режима железнодорожных перевозок, применения и толкования Конвенции. Организационная структура ОТИФ включает несколько органов, наделенных специальной компетенцией: Генеральная ассамблея, Административный комитет, Ревизионная комиссия, Комиссия экспертов по перевозкам опасных грузов, другие комиссии, а также Секретариат, сохранивший в интересах преемственности наименование "Центральное бюро". Целью образования ОТИФ является создание упрощенного порядка пересмотра правил международных железнодорожных перевозок и ускорения процедуры их обновления. Генеральная ассамблея принимает решение по предложениям, направленным на изменение основного текста Конвенции. Изменения самой Конвенции, принятые Генеральной ассамблеей, вступают в силу через 12 месяцев после их одобрения двумя третями государств-членов для всех государств - участников Конвенции.

Споры между государствами-членами, а также споры между государствами-членами и Организацией по толкованию или применению Конвенции по просьбе одной из сторон рассматриваются арбитражным судом. Для этого стороны должны заключить арбитражный договор, который определяет предмет спора, состав суда, сроки и место заседания суда. Члены арбитражного суда выбираются из числа лиц, внесенных в список Генерального секретаря, который исполняет функции судебного секретаря. Каждое государство-член может внести в список членов арбитражного суда двух своих граждан. КОТИФ определяет некоторые процедурные вопросы проведения арбитража.

Приложения "А" и "В" к КОТИФ и дополнения к ним пересматриваются в упрощенном порядке соответствующими органами ОТИФ в пределах их компетенции. При этом важнейшую роль играют комиссии, которые занимаются прежде всего правилами перевозок и решения которых направляются государствам-членам и вступают в силу при отсутствии возражений со стороны трех четвертей государств - членов ОТИФ.

Единые правила ЦИМ и ЦИВ применяются также, если международная перевозка, являющаяся предметом единого договора перевозки, включает, помимо железнодорожной перевозки, морскую перевозку или перевозку через границу по внутренневодной судоходной линии при условии, что такая морская или речная перевозка производится по линиям, внесенным в соответствующий перечень КОТИФ.

Приложение "В" к КОТИФ (Единые правила ЦИМ) предусматривает, что документом, свидетельствующим о заключении договора перевозки, является железнодорожная накладная, которая выдается в трех экземплярах. Накладная не является товарораспорядительным документом. Второй экземпляр накладной (дубликат) остается у грузоотправителя. Определяются реквизиты перевозочных документов. Все убытки и расходы перевозчика, связанные с неправильным составлением накладной, подлежат возмещению отправителем.

Железные дороги обязаны (за исключением мелких отправок) принимать к перевозке предъявляемые грузы. Грузы, нуждающиеся в упаковке, должны предъявляться в упакованном виде, обеспечивающем их сохранность в пути. В противном случае железная дорога вправе отказать в приеме груза или внести соответствующую оговорку в накладную. Вес груза и порядок погрузки определяются по правилам железной дороги отправления.

Единые правила ЦИМ определяют общие сроки перевозки. Например, для повагонных отправок грузов большой скоростью срок составляет 400 км в сутки плюс 12 часов на организацию отправления. Железные дороги вправе при необходимости устанавливать для отдельных видов сообщения особые

сроки доставки. Перевозчик может устанавливать дополнительные сроки доставки с определенной длительностью, например для отправок, перевозимых по железнодорожным линиям с различной шириной колеи.

Получатель обязан оплатить падающие на него провозные платежи. При несохранности груза должен быть оформлен акт, составление которого является обязанностью железной дороги. В акте необходимо зафиксировать состояние груза, его вес и, по мере возможности, размеры и причину ущерба, а также момент его возникновения. В случае разногласий заинтересованная сторона вправе потребовать назначить независимую экспертизу.

Перевозчик **освобождается от ответственности за** несохранность или несвоевременную доставку груза, если они были вызваны обстоятельствами, которых железная дорога не могла избежать и последствия которых не могла устранить. Перевозчик не несет ответственности за несохранность груза при наличии таких обстоятельств, как недостатки тары, погрузка и выгрузка груза силами грузовладельца, естественные свойства груза, внесение неправильных сведений в накладную и др. Бремя доказательства вины перевозчика при этих обстоятельствах лежит на грузовладельце.

При смешанных железнодорожно-морских перевозках по морским линиям, включенным в Перечень линий ЦИМ, железнодорожный перевозчик может быть освобожден от ответственности в случае пожара на судне, при доказательстве того, что последний произошел не по его вине, а также не по вине капитана, команды или лиц, находящихся на службе перевозчика. Перевозчика освобождают от ответственности случаи спасения людей и имущества на море, другие риски, опасности или несчастные случаи на море или на других водных путях.

Причиненные грузовладельцу убытки в результате **просрочки** доставки груза возмещаются перевозчиком в пределах четырехкратных провозных платежей. Предельный размер ответственности железных дорог за **несохранность грузов** в Приложении "В" к КОТИФ определен в расчетных единицах МВФ и составляет 17 СПЗ за 1 кг.

Грузоотправитель может объявить в накладной ценность груза, превышающую предусмотренный предел. В этом случае объявленная сумма заменяет данный предел. Однако отправитель и перевозчик могут договариваться и об объявлении специальной заинтересованности в доставке. В этом случае может быть потребовано возмещение не только за несохранность груза, но и за просрочку его доставки, а также других доказанных убытков до величины объявленной суммы.

Единые правила ЦИМ регулируют также ответственность за несохранность железнодорожного средства, передвигающегося на своих собственных колесах и представленного к перевозке в качестве груза.

Единые правила ЦИМ устанавливают следующий **порядок урегулирования спорных вопросов** между сторонами по договору международной железнодорожной перевозки грузов.

При просрочке в доставке груза претензия должна быть заявлена грузовладельцем в течение 60 дней с момента получения груза. При несохранности груза необходимость соблюдения претензионного порядка зависит от предписаний применяемого внутреннего права. Претензии и иски могут быть предъявлены только к одному из следующих перевозчиков: железной дороге отправления, железной дороге назначения или железной дороге, на которой произошли утрата или повреждение груза. Срок исковой давности составляет один год, а при наличии умышленных действий перевозчика, а также по спорам о возмещении за реализованный перевозчиком груз и в некоторых других случаях - два года. Течение срока исковой давности приостанавливается на период рассмотрения претензии перевозчиком и в других случаях в соответствии с применимым правом страны суда.

Таковы некоторые наиболее важные предписания Единых правил ЦИМ.

Международные железнодорожные **перевозки пассажиров и багажа регулируются Приложением "А" к КОТИФ - Едиными правилами ЦИВ**. В случае ущерба, причиненного жизни или здоровью пассажира, железная дорога несет ответственность, если только не докажет, что данные события наступили вследствие несчастного случая, который не связан с эксплуатацией железнодорожного транспорта и функционированием железной дороги и который невозможно было избежать или предотвратить или вызван виной самого пассажира или действиями третьих лиц, которые не могли быть предотвращены.

В случае ранений или прочего нанесения ущерба физическому или психическому состоянию пассажира возмещение ущерба включает:

- а) необходимые расходы, в частности расходы на лечение и перевозку;
- б) имущественный ущерб, который пассажир несет из-за полной или частичной нетрудоспособности или из-за увеличения его потребностей.

За ущерб, причиненный жизни и здоровью пассажира, установлен предел ответственности железной дороги в размере 175 тыс. СПЗ.

Перевозчик несет ответственность перед пассажиром за ущерб, связанный с отменой или

опозданием поезда или неудавшейся пересадкой. Возмещение убытков осуществляется только при наличии вины перевозчика и включает расходы по предоставлению жилья, а также расходы по уведомлению лиц, ожидающих пассажира. Иные убытки возмещаются, если это предусмотрено законом суда.

За повреждение или утрату зарегистрированного багажа, а также за просрочку в его доставке перевозчик несет ответственность, если не докажет, что данный ущерб был вызван одной из следующих причин: виной самого пассажира; указаниями, данными пассажиром; характером багажа; обстоятельствами, которые невозможно было избежать или предотвратить; ненадлежащей или отсутствующей упаковкой; особыми свойствами багажа; перевозкой неразрешенных предметов.

В случае несохранности багажа, если размер ущерба доказан, перевозчик должен оплатить возмещение в размере, которое не должно превышать 80 СДР за каждый недостающий килограмм веса брутто или 1200 СДР за каждое багажное место. Если же размер ущерба не доказан, перевозчик обязан выплатить компенсацию в размере 20 СДР за каждый недостающий килограмм веса брутто или 300 СПЗ за каждое багажное место.

Ответственность перевозчика за несохранность ручной клади и животных пассажира строится на тех же основаниях, что и ответственность за несохранность багажа, но только в случае гибели или повреждения здоровья пассажира. Предел ответственности перевозчика в этом случае составляет 1400 СДР на пассажира. В остальных случаях пассажир должен доказать вину перевозчика в несохранности ручной клади.

В случае просрочки в доставке багажа если пассажир докажет наличие ущерба, перевозчик должен его возместить в пределах 0,80 СПЗ за килограмм веса брутто или 14 СПЗ за каждое место выданного с просрочкой багажа. Если наличие ущерба не доказано, пассажиру выплачивается сумма в размере 0,14 СПЗ за килограмм веса брутто или 2,80 СПЗ за каждое место выданного с просрочкой багажа.

Единые правила ЦИВ содержат также положение об ответственности железных дорог при перевозках сопровождаемых автомашин. В случае их несохранности предел ответственности перевозчика составляет 8 тыс. СПЗ за машину. За несохранность предметов, находящихся в машине, перевозчик отвечает в пределах 1400 СДР, причем лицо, заявившее требование о возмещении таких убытков, должно доказать вину перевозчика в такой несохранности. Если автомашина загружается или выдается с опозданием по вине перевозчика, то перевозчик обязан возместить убытки; сумма возмещения не должна превышать стоимости перевозки автомашины.

Железная дорога не вправе ссылаться на пределы ответственности, если ущерб был причинен в результате грубой неосторожности или умысла перевозчика. При наличии грубой неосторожности перевозчика его ответственность в отношении багажа и груза ограничивается трехкратным лимитом.

Единые правила ЦИВ устанавливают обязательный претензионный порядок предъявления требований к перевозчику. Иски в судебном порядке, основанные на Единых правилах ЦИВ, могут предъявляться судам государств-членов по соглашению сторон или суду государства-члена, на территории которого ответчик имеет свое постоянное место жительства или свое обычное местонахождение, свое основное место расположения или филиал (учреждение), заключившие договор перевозки, или находится место принятия груза к перевозке или его выдачи. Другим судам иски предъявляться не могут.

Срок давности в отношении исков об ответственности перевозчика в случае гибели или ранений пассажиров составляет три года. Срок давности других исков из договора перевозки истекает после одного года.

8.3.3. Унификация коллизионных норм

Согласно ст. 8 КОТИФ к отношениям, оставшимся за рамками регулирования Конвенции, применяется национальное законодательство. Под национальным законодательством КОТИФ понимает право государства, в котором правомочное лицо предъявляет свои права, включая коллизионные нормы. Таким образом, в КОТИФ прямо выражен общий коллизионный принцип - закон страны суда (**lex fori**), причем допускаются обратная отсылка и отсылка к праву третьих стран.

Иной подход содержится в СМГС, из ст. 36 которого следует, что при отсутствии в Соглашении, а также в применяемых тарифах и Служебной инструкции к Соглашению необходимых положений применяются внутренние законы и правила страны перевозчика, железной дороги, по которой осуществляется перевозка.

Вместе с тем КОТИФ, СМГС и СМПС содержат систему специальных коллизионных привязок. Так, в КОТИФ устанавливается право перевозчика проверить, соответствует ли груз сведениям, указанным отправителем в накладной, а ручная кладь, багаж, автомашины, включая их содержимое, - условиям перевозки. Однако порядок такой проверки и возможность ее осуществления определяются законами и

предписаниями государства, в котором должна состояться проверка. Способ, применяемый в случае реализации груза перевозчиком, определяется законами, действующими в месте нахождения груза, или практикой, используемой в данном месте. КОТИФ предусматривает, что оспаривание содержания коммерческого акта и процедура проведения независимой экспертизы регулируются законом места составления акта.

В свою очередь, СМГС и СМПС предусматривают, в частности, что если во время выполнения договора перевозки обнаружены предметы, не допускаемые к перевозке, или состояние тары или упаковки опасных грузов не позволяет осуществлять их дальнейшую перевозку, то они задерживаются в порядке, предусмотренном законами страны места задержания. Экспертиза для установления причин несохранности груза и размера ущерба производится по закону страны назначения груза. Этим же законом определяется порядок удержания груза перевозчиком в обеспечение уплаты причитающихся платежей.

Изложенные коллизионные нормы международных соглашений составляют далеко не полный их перечень.

8.3.4. Порядок организации перевозок между странами - участницами СМГС и КОТИФ

При действии в Европе двух разных режимов железнодорожных перевозок выполнять такие перевозки в прямом сообщении нельзя. Порядок организации перевозок между странами - участницами СМГС и КОТИФ устанавливается на основе Международного железнодорожного транзитного тарифа (МТТ) 1996 г. - Тарифного руководства N 31. Его ч. IV так и называется - "Условия оформления перевозки грузов между странами, в которых действуют разные системы международного транспортного права". Таким образом, МТТ применяется к отправкам грузов, перевозимых транзитом по железным дорогам - участницам Тарифа на основе СМГС и Единых правил ЦИМ КОТИФ. Участниками Тарифа являются железнодорожные перевозчики Белоруссии, Болгарии, Литвы, Монголии, Польши, России, Словакии, Украины, Чехии. Фактически перевозка грузов в сообщении СМГС - КОТИФ осуществляется на основе двух последовательно заключаемых договоров перевозки. Однако согласно п. 2 § 36 МТТ переоформление по указанию отправителя в накладной перевозочных документов одной системы на перевозочные документы другой системы транзитной железной дорогой, применяющей обе эти правовые системы, создает непосредственную связь и взаимную зависимость между двумя перевозочными документами, что придает данной перевозке некоторые признаки перевозки по прямой накладной. Предусмотренный Тарифом порядок переоформления перевозочных документов транзитной железной дорогой не исключает права грузоотправителя поручать переоформление отправки экспедиторской организации или другим лицам, указывая в накладной их наименование в качестве соответственно получателя или отправителя груза, по общим условиям транспортного права соответствующей системы. Тарифной валютой является швейцарский франк.

В соответствии с § 11 ст. 6 СМГС при перевозках грузов в страны, в которых применяются Единые правовые предписания к договору о международной железнодорожной перевозке грузов (ЦИМ - Приложение "В" к КОТИФ), и в обратном направлении может применяться накладная ЦИМ/СМГС. Особенности применения накладной ЦИМ/СМГС определены в приложении 22 к СМГС (Руководство по накладной ЦИМ/СМГС).

8.3.5. Присоединение России к КОТИФ. Реформа железнодорожного транспорта в Европе

Принятый в России Федеральный закон от 17 июля 2009 г. N 152-ФЗ "О присоединении к КОТИФ в редакции Протокола от 3 июня 1999 г." предусматривает, что Российская Федерация в соответствии с § 6 ст. 1 Единых правил ЦИМ будет применять Конвенцию только:

- в отношении перевозок грузов (Приложение "В");

- к перевозкам, осуществляемым на части железнодорожной инфраструктуры от причала паромного комплекса "Балтийск" до припортовой железнодорожной станции Балтийск (2,84 км), а также от причала паромного комплекса "Усть-Луги" до припортовой железнодорожной станции Лужская (1,745 км).

Присоединение отдельными участками железнодорожных путей, примыкающих к портовым паромным комплексам, дает возможность использовать единый перевозочный документ (накладную ЦИМ) как на железнодорожном участке пути, так и на морском при условии включения соответствующих морских судоходных линий в перечень ЦИМ. Присоединение к КОТИФ дает возможность российским судоходным компаниям самостоятельно в инициативном порядке объявлять паромные линии между российскими и европейскими морскими портами. При этом железнодорожные перевозки смогут осуществляться с

применением данной накладной по всей территории Европы. Это позволит облегчить таможенное оформление груза и сократить срок и стоимость перевозок за счет исключения переоформления перевозки грузов в железнодорожно-паромном сообщении между Россией и Европой.

Участие России в КОТИФ будет способствовать использованию положительного опыта проводимой в настоящее время в странах Европы реформы железнодорожного транспорта, направленной на развитие рыночных отношений в этой отрасли экономики, привлечение частных инвесторов, отделение перевозочной деятельности от функций инфраструктуры железнодорожного транспорта, налаживание взаимоотношений их субъектов. Единые правовые предписания к договору об использовании инфраструктуры в международном железнодорожном обмене (ЦУИ) - Приложение "Е" к КОТИФ - определяют основные условия таких договоров, ответственность их участников. Условия ответственности владельцев инфраструктур в значительной части совпадают с условиями ответственности железных дорог перед грузовладельцами.

Сфера действия КОТИФ постепенно распространяется на всю железнодорожную сеть многих стран - участниц соглашения, а не только на определенные и заранее объявленные линии.

Важным направлением совершенствования КОТИФ является развитие принципа свободы договора между перевозчиками, грузовладельцами, экспедиторами. В целях повышения конкурентоспособности услуг перевозчиков, снижения тарифов и предоставления дополнительных льгот клиентам расширяется оперативно-хозяйственная самостоятельность железных дорог. Регламентация условий перевозок грузов в КОТИФ стала более краткой. Практическим следствием упразднения обязанности железных дорог принимать к перевозке грузы мелкими отправлениями стали сокращение объемов перевозок мелких партий грузов и повышение роли транспортно-экспедиторских организаций, укрупняющих мелкие партии в повагонных отправлениях.

Внедрены электронные способы оформления договоров перевозки грузов. Сокращаются сроки доставки грузов. При просрочке в доставке груза вместо сложной для исчисления неустойки предусмотрено взыскание причиненных убытков в пределах четырехкратного размера провозной платы. В отношении провозной платы за багаж в зависимости от числа мест при возмещении ущерба, причиненного багажу, вводится предел ответственности перевозчика за место багажа, а не за его вес <1>.

<1> См.: Садиков О.Н. Реформы международного железнодорожного права // Проблемы международного частного права: Сб. статей. М., 2000. С. 89 - 92.

Некоторые из этих принципиально новых подходов находят отражение и в реформе управления российскими железными дорогами.

8.4. Международные автомобильные перевозки

Правовое регулирование международных автомобильных перевозок грузов, пассажиров и багажа осуществляется конвенциями, соглашениями, рекомендациями, разработанными в рамках или с участием УНИДРУА, Европейской экономической комиссии ООН (ЕЭК ООН), Европейской конференции министров транспорта (ЕКМТ), Международного союза автомобильного транспорта и Экономического совета СНГ. Остановимся на наиболее важных из этих документов.

8.4.1. Международные соглашения о договоре международной дорожной перевозки

Наиболее крупным международным соглашением об автомобильных перевозках является Конвенция о договоре международной перевозки грузов автомобильным транспортом (Женевская конвенция 1956 г.) <1>. Принятое для обозначения Конвенции сокращение - ЦМР или OMR - происходит от ее наименования на французском языке: Convention relative au contrat de transport international de marchandises par route - или по начальным буквам ее наименования в переводе на русский язык - КДПГ. Конвенция составлена на английском и французском языках, она вступила в силу в 1961 г. В Конвенции участвуют около 40 государств. К ним относятся страны Европы, Турция, Тунис, ряд стран СНГ. СССР присоединился к Конвенции в 1983 г. Россия является ее участницей в порядке международного правопреемства. При разработке Конвенции использовался опыт составления других соглашений о международных перевозках, в особенности железнодорожным транспортом.

<1> Текст Конвенции см.: Международные перевозки грузов. СПб., 1993. С. 21 - 40.

ЦМР "применяется ко всякому договору дорожной (автомобильной) перевозки грузов за

вознаграждение посредством транспортных средств, когда место погрузки груза и место его доставки, указанные в договоре перевозки, находятся на территории двух различных государств, из которых по крайней мере одно является участником Конвенции" (п. 1 ст. 1). В отличие, например, от международных конвенций в области воздушных перевозок ЦМР применяется, даже если пункт отправления или назначения находится на территории государства, не участвующего в Конвенции, что делает фактически неограниченной территориальную сферу ее действия. Право на предъявление требований у потерпевшей стороны в соответствии с положениями ст. ст. 31 и 33 ЦМР возникает независимо от того, имеет она или нет национальную принадлежность страны - участницы Конвенции. Применение Конвенции не зависит от местожительства и национальности заключающих договор сторон. Однако понятно, что обязанность применять Конвенцию возникает лишь у надлежющего суда страны - участницы этой Конвенции.

Под транспортным средством Конвенция понимает автомобили, автомобили с полуприцепами, прицепы и полуприцепы. Если в части перевозки само автотранспортное средство, содержащее груз, перевозится по морю, железной дороге, внутреннему водному пути или воздушным транспортом без перегрузки, Конвенция применяется ко всей перевозке в целом. Однако если будет доказано, что несохранность груза, задержка его доставки произошли во время перевозки иным видом транспорта, кроме дорожного, и не были вызваны действием или упущением автомобильного перевозчика, а возникли в результате перевозки иным видом транспорта, ответственность автоперевозчика определяется не ЦМР, а соответствующими нормами, относящимися к другим видам транспорта. Только в случае отсутствия таких норм ответственность автомобильного перевозчика определяется ЦМР.

Конвенция не применяется к международным почтовым перевозкам и к перевозкам мебели при переездах.

Заключение договора перевозки и его условия. Свидетельством заключения договора перевозки груза является автотранспортная накладная. Отсутствие, неправильное составление или потеря накладной не отражаются ни на существовании, ни на действительности договора перевозки, наличие которого, как свидетельствует судебная практика, может подтверждаться любыми доказательствами. Форма накладной вырабатывается Международным союзом автомобильного транспорта (неправительственная международная организация, ИРУ) и применяется при оформлении перевозок даже в странах, не участвующих в ЦМР. Накладная составляется в трех экземплярах, подписанных отправителем и перевозчиком, причем эти подписи могут быть отпечатаны типографским способом или заменены штампами отправителя и перевозчика, если это допускается законодательством страны, в которой составлена накладная. Первый экземпляр накладной передается отправителю, второй сопровождает груз, а третий остается у перевозчика.

Накладная ЦМР должна содержать следующие сведения: место и дата ее составления; наименование и адрес отправителя; наименование и адрес транспортного агента; место и дата принятия груза к перевозке и место его доставки; наименование и адрес получателя; принятое обозначение характера груза и тип его упаковки, а в случае перевозки опасных грузов - их обычно признанное обозначение; число грузовых мест, их особая разметка и номера; вес груза брутто или выраженное в других единицах измерения количество груза; связанные с перевозкой расходы (стоимость перевозки, дополнительные расходы, таможенные пошлины и сборы, а также прочие издержки с момента заключения договора до выдачи груза); инструкции, требуемые для выполнения таможенных формальностей; указание, что перевозка производится на условиях Конвенции.

В случае необходимости накладная ЦМР должна также содержать следующие указания: запрещение перегрузки груза; расходы, которые отправитель принимает на свой счет; сумма платежа, подлежащая возмещению при выдаче груза получателю; заявленная стоимость груза и сумма дополнительной оценки его при доставке; инструкция отправителя перевозчику относительно страхования груза; дополнительный срок выполнения перевозки; перечень документов, переданных перевозчику.

При принятии груза перевозчик обязан проверить точность записей, сделанных в накладной относительно числа грузовых мест, их маркировки и номеров, а также внешнее состояние груза и его упаковки.

Если перевозчик не имеет достаточной возможности проверить правильность этих записей, он должен вписать в накладную обоснованные оговорки, а кроме того, обосновать все сделанные им оговорки, касающиеся внешнего состояния груза и его упаковки. Эти оговорки не имеют обязательной силы для отправителя, если последний намеренно не указал в накладной, что он их принимает. Отправитель имеет право требовать проверки перевозчиком веса брутто принимаемого к перевозке груза. Он может также требовать проверки содержимого грузовых мест. Перевозчик имеет право требовать возмещения расходов, связанных с проверкой. Результаты проверок вносятся в накладную.

Отправитель имеет право давать перевозчику распоряжения в отношении груза, в частности требовать от перевозчика прекращения перевозки, изменения места, предусмотренного для доставки груза или доставки груза не тому получателю, который указан в накладной. Отправитель теряет это право

с момента, когда второй экземпляр накладной передан получателю. С этого момента перевозчик должен руководствоваться указаниями получателя груза. Право распоряжения грузом может принадлежать и получателю, если в накладной отправителем сделано такого рода указание. Право распоряжения грузом осуществляется при следующих условиях:

- должен быть представлен первый экземпляр накладной, в которую должны быть внесены новые инструкции, данные перевозчику; расходы и ущерб, вызванные выполнением этих инструкций, должны быть возмещены перевозчику;

- выполнение этих инструкций должно быть возможным и не должно нарушать хода нормальной работы предприятия перевозчика, наносить ущерба отправителям или получателям других грузов;

- упомянутые инструкции не должны приводить к разбивке грузов.

Если после прибытия груза на место назначения возникают препятствия к его сдаче, перевозчик должен запросить инструкции у отправителя. Если получатель отказывается принять груз, отправитель имеет право распоряжаться грузом, не предъявляя первого экземпляра накладной. Получатель, даже если он отказался от принятия груза, может в любой момент потребовать его выдачи до тех пор, пока перевозчик не получил от отправителя противоположных инструкций. Перевозчик может продать груз, не выжидая инструкций от правомочного по договору лица, если груз является скоропортящимся, или если того требует его состояние, или если хранение груза влечет за собой расходы, превышающие его стоимость. Перевозчик может также продать груз, если в надлежащий срок не получит противоположных разумных инструкций. В случае продажи груза вырученная сумма, за вычетом подлежащих уплате расходов, должна быть передана в распоряжение правомочного по договору лица. Если расходы превосходят выручку, то перевозчик имеет право получить причитающуюся ему разницу. Применяемая при продаже процедура определяется действующими в месте продажи законами или обычаями.

Ответственность перевозчика. Перевозчик несет ответственность за полную или частичную утрату груза либо за его повреждение, происшедшие в период между принятием груза к перевозке и его выдачей, а также за опоздание в доставке. Перевозчик освобождается от ответственности, если докажет отсутствие своей вины, наличие дефекта самого груза или вины грузовладельца. При этом он не может ссылаться на неисправность транспортного средства или вину лица, его предоставившего.

В частности, перевозчик не несет ответственности за несохранность груза, если она явилась следствием:

1) использования открытых транспортных средств, если это было специально оговорено в накладной; отсутствия или повреждения необходимой упаковки грузов;

2) погрузки, размещения или выгрузки груза отправителем либо получателем;

3) специфической природы груза, подверженного усушке, утечке, гниению и т.п.;

4) неудовлетворительной маркировки грузовых мест;

5) перевозки живых животных.

Если перевозчик докажет, что несохранность груза произошла при указанных обстоятельствах, невиновность перевозчика презюмируется. При наличии вины грузовладельца, дефекта груза или вышеперечисленных обстоятельств ответственность перевозчика ограничивается той мерой, в какой он отвечает за обстоятельства, способствовавшие причинению ущерба.

Если отправитель предъявляет к перевозке опасные грузы, он должен указать характер представляемой этими грузами опасности, а также меры предосторожности, которые следует принять в обращении с ним. В противном случае такие грузы могут быть выгружены, уничтожены или обезврежены перевозчиком в любой момент и в любом месте без возмещения убытков. Отправитель возмещает все возможные дополнительные расходы и убытки, возникшие при перевозке или перегрузке этих грузов.

Конвенция устанавливает порядок расчета суммы ущерба, подлежащего возмещению перевозчиком при утрате или повреждении груза во время перевозки. Сумма ущерба определяется на основании стоимости груза в месте и во время принятия его к перевозке. Стоимость груза определяется на основании биржевых товарных котировок или текущей рыночной цены, а при их отсутствии - на основании обычной стоимости товара такого же рода и качества. Кроме того, возмещению подлежат оплата за перевозку, таможенные сборы и пошлины, прочие расходы, связанные с перевозкой груза. Иные убытки возмещению не подлежат. Кроме того, Конвенция устанавливает предел имущественной ответственности перевозчика, который не может превышать 25 золотых франков <1> за 1 кг веса брутто утраченного или поврежденного груза.

<1> Имеется в виду золотой франк весом 10/31 г золота пробы 0,900.

В случае просрочки доставки перевозчик обязан возместить ущерб, который не может превышать размера платы за перевозку. Просрочка имеет место, если груз не был доставлен в оговоренный срок или фактическая продолжительность перевозки превышает время, необходимое при обычных условиях для

выполнения перевозки добросовестным перевозчиком. Если груз не был доставлен в течение 30 дней по прошествии установленного срока доставки или в течение 60 дней со дня принятия груза перевозчиком к перевозке, он считается утраченным. Если груз будет найден в течение года после уплаты возмещения, он должен быть возвращен законному владельцу по его письменному требованию в течение дней после получения извещения о том, что груз найден, при условии возвращения полученного возмещения. В противном случае перевозчик может распоряжаться найденным грузом, соблюдая требования закона в месте нахождения груза.

Отправитель по согласованию с перевозчиком за дополнительную плату может объявить в договоре перевозки стоимость груза, превышающую установленные Конвенцией пределы, а также ценность груза на случай его несохранности и недоставки в оговоренный срок. Конвенцией устанавливаются подробные правила на этот счет, дающие возможность получить более значительное по сравнению с установленными пределами возмещение. Кроме того, на сумму ущерба, подлежащего возмещению, начисляются проценты из расчета 5% годовых со дня предъявления перевозчику письменной претензии или же, если таковой не последовало, со дня предъявления иска. Перевозчик также не вправе ссылаться на положения Конвенции, которые ограничивают его ответственность или переносят бремя доказательства на другую сторону, если ущерб был причинен умышленно.

Правила об ответственности перевозчика являются императивными и перевозчик вправе ссылаться на них даже в случае предъявления к нему внедоговорных требований.

Предъявление требований к перевозчику. Если получатель принял груз без проверки его состояния совместно с перевозчиком или, если утрата, повреждение носят скрытый характер, не заявил об этом перевозчику в письменной форме в течение семи рабочих дней с момента доставки, создается презумпция того, что обязательство перевозчиком выполнено надлежащим образом.

Когда, напротив, состояние груза было установлено в присутствии получателя и перевозчика, получатель может доказывать иное, если речь идет только о внешне незаметных потерях или повреждениях и если получатель направил перевозчику письменные оговорки в течение семи рабочих дней.

В случае просрочки доставки груза возражение должно быть заявлено перевозчику в письменной форме в течение 21 дня с момента выдачи груза получателю. В противном случае грузовладелец лишается права на компенсацию убытков.

Исчисление указанных сроков начинается со дня, следующего за датой доставки или проверки груза или датой его получения, если она не совпадает с предыдущими.

По спорам, вытекающим из договора перевозки, истец может обращаться помимо компетентных судов государств-участников, указанных сторонами в пророгационном соглашении, также и к суду того государства, на территории которого находится обычное место жительства ответчика, место расположения его главного управленческого органа либо отделения или агентства, при посредничестве которых был заключен договор перевозки груза, место принятия груза к перевозке или место его доставки.

Вступившее в силу решение, вынесенное судом одного из государств - участников Конвенции, подлежит немедленному исполнению в любом другом государстве-участнике после выполнения требуемых там формальностей. Эти формальные требования не могут быть основанием для пересмотра вынесенного судебного решения.

Срок исковой давности составляет 1 год, а в случае умышленных действий перевозчика, повлекших причинение ущерба, - 3 года. Срок исчисляется:

- в случае частичной утраты груза, его повреждения или просрочки в доставке - со дня выдачи груза получателю;

- в случае утраты всего груза - с 30-го дня по истечении установленного для перевозки срока или, если он не был установлен, с 60-го дня с момента принятия груза перевозчиком к перевозке;

- во всех прочих случаях - по истечении трехмесячного срока со дня заключения договора перевозки.

ЦМР не предусматривает обязательного претензионного порядка разрешения споров между перевозчиком и получателем груза, однако указывает, что предъявление претензии в письменной форме приостанавливает течение срока исковой давности. Во всех остальных случаях приостановление и перерыв течения срока исковой давности регулируются законом суда.

Помимо судебной процедуры рассмотрения споров, вытекающих из договоров международной автомобильной перевозки грузов, ЦМР предусматривает возможность включения в такой договор арбитражной оговорки. Однако непременным условием признания действительности арбитражной оговорки, а следовательно, и компетенции арбитражного трибунала должно быть указание норм Конвенции в качестве норм материального права, подлежащего применению арбитражем, в который передано рассмотрение спора между сторонами.

Если перевозка, условия которой определяются одним договором, осуществляется последовательно несколькими перевозчиками, каждый из них несет ответственность за всю перевозку в

целом, причем каждый последующий перевозчик становится, в силу принятия им груза и накладной, участником договора перевозки на указанных в накладной условиях. Любой иск, касающийся ответственности за утрату, повреждение груза или просрочку в его доставке, может быть предъявлен только к первому или последнему перевозчику либо к перевозчику, выполнившему ту часть перевозки, где произошла утрата, повреждение груза или просрочка в его доставке. Иск может быть предъявлен одновременно к нескольким указанным перевозчикам.

Перевозчик, уплативший возмещение, имеет право на предъявление регрессного требования к перевозчику, по вине которого был причинен ущерб. Если ущерб был причинен по вине двух или нескольких перевозчиков, каждый из них должен уплатить сумму, пропорциональную доле лежащей на них ответственности. Если же определение этой доли невозможно, каждый перевозчик несет ответственность пропорционально части причитающейся ему платы за перевозку. Если нельзя установить, кто из перевозчиков несет ответственность за ущерб, причитающаяся возмещению сумма распределяется между всеми перевозчиками пропорционально части платы за перевозку, предназначенной каждому из них. В случае банкротства виновного перевозчика распределение убытков осуществляется между всеми перевозчиками пропорционально приходящейся на их долю провозной плате. Соглашением перевозчиков могут быть установлены и иные правила.

ЦМР регулирует также условия и процедуру предъявления регрессных требований перевозчиком, возместившим ущерб. Эти нормы являются императивными.

Коллизионные нормы, имеющиеся в ЦМР, немногочисленны и перечислены выше.

В 1957 г. в Женеве было заключено **Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов (ДОПОГ/ADR)**, которое определяет перечень опасных грузов, недопускаемых к перевозке или же перевозимых с соблюдением определенных условий их перевозки. Кроме того, Соглашение устанавливает технические и коммерческие требования к автотранспортным средствам, используемым для перевозки таких грузов. Россия присоединилась к Соглашению в 1994 г.

8.4.2. Международные соглашения об автомобильных перевозках пассажиров

Конвенция о международных автомобильных перевозках пассажиров и багажа, подписанная в Бишкеке 9 октября 1997 г. <1>, распространяется на перевозчиков стран СНГ, участвующих в ней. Конвенция вступила в силу 14 сентября 1999 г. В ней участвуют Россия, Узбекистан, Белоруссия, Украина, Киргизия, Армения, Казахстан, Таджикистан, Молдавия.

<1> СЗ РФ. 2010. N 24. Ст. 2941.

Конвенция распространяется на перевозчиков, выполняющих перевозку пассажиров и багажа в международном сообщении автобусами, при условии, что пункт отправления или пункт назначения, указанный в договоре перевозки, находится на территории одной из сторон Конвенции. Для целей Конвенции "автобус" означает автомобиль, предназначенный для перевозок пассажиров и багажа, имеющий не менее 7 мест для сидения, не считая места водителя.

Конвенция регламентирует условия и правила перевозок, ответственность перевозчиков, порядок предъявления претензий и исков. Нормы Конвенции являются императивными, и условия договора перевозки, отступающие от ее положений, являются недействительными.

В Конвенции решается вопрос о взаимном признании лицензий, выдаваемых перевозчикам, а также форм билетов и багажных квитанций, утверждаемых ведомствами автомобильного транспорта соответствующих государств.

Порядок осуществления международных перевозок пассажиров и багажа определяется Правилами перевозок пассажиров и багажа автомобильным транспортом в международном сообщении государств - участников СНГ от 9 октября 1997 г. (далее - Правила перевозок пассажиров), являющимися неотъемлемой частью Конвенции. Правила подробно регламентируют организацию процесса перевозки пассажиров и багажа в регулярном и нерегулярном международном автобусном сообщении, права и обязанности сторон договора перевозки и водителя автобуса, порядок и условия расторжения договора.

Основой организации перевозок пассажиров и багажа автобусами в международном регулярном сообщении является договор о совместной деятельности по регулярной международной перевозке пассажиров и багажа, который заключается перевозчиками государств - участников СНГ, определяет тарифы и расписание движения, предварительно согласованные с соответствующими компетентными органами транспорта государств Содружества.

Конвенцией предусматривается ответственность перевозчика за вред, причиненный здоровью

пассажира во время перевозки, посадки и высадки, а также за багаж с момента принятия его к перевозке до момента его доставки.

Перевозчик несет также ответственность за действия лиц, к услугам которых он прибегает для выполнения обязательств по договору перевозки.

Конвенция освобождает перевозчика от ответственности за вред, причиненный пассажиру, или ущерб, нанесенный багажу, если причиной происшествия явились обстоятельства, последствия которых перевозчик, несмотря на принятые меры, не мог предвидеть и избежать, а также если вред или ущерб возникли вследствие дефекта багажа, содержащего скоропортящиеся или запрещенные для перевозки предметы.

Перевозчик не вправе ссылаться на положения Конвенции, исключющие полностью или частично его ответственность, если вред или ущерб причинен им пассажиру, багажу в результате нарушения им правил дорожного движения государства, по территории которого осуществлялась перевозка, или правил перевозок пассажиров. Кроме того, перевозчик не вправе ссылаться на физические или психические недостатки водителя, а также на неисправность автобуса. Перевозчик освобождается полностью или частично от ответственности, если вред или ущерб возник по вине пассажира.

Размер возмещения вреда или ущерба определяется законом суда и исчисляется в национальной валюте государства, на территории которого он был причинен.

Конвенция устанавливает семидневный срок предъявления претензии перевозчику. Истечение срока начинается со дня прибытия пассажира или его багажа в пункт назначения. Срок может быть продлен на время болезни пассажира, не позволяющей ему предъявить претензию. Непредъявление претензии не лишает пассажира права на предъявление иска ввиду отсутствия в Конвенции специального указания об обратном.

Юрисдикция судов, в которые пассажир имеет право обратиться, определяется ст. 20 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. Пассажир вправе обратиться в суд:

- 1) государства, на территории которого произошло событие, повлекшее вред либо ущерб;
- 2) по юридическому адресу перевозчика;
- 3) по юридическому адресу пассажира;
- 4) в пункте отправления пассажира;
- 5) в пункте прибытия пассажира.

Суд не вправе требовать от граждан внесения залога для обеспечения уплаты судебных издержек, связанных с предъявлением иска.

Право на предъявление иска в связи с причиненным здоровью пассажира вредом сохраняется в течение трех лет. Срок давности исчисляется со дня, когда лицо, которому был причинен вред, узнало или должно было узнать об этом.

Право на предъявление иска в связи с полной или частичной утерей багажа или его повреждением сохраняется в течение одного года. Срок давности исчисляется со дня прибытия транспортного средства в пункт назначения пассажира или, в случае неприбытия, со дня, когда оно должно было прибыть туда.

Предъявление претензии в письменном виде приостанавливает течение срока давности до того дня, пока перевозчик в письменном виде уведомит о неудовлетворении претензии, приложив к ней соответствующие документы. В случае частичного признания предъявленной претензии течение срока давности возобновляется только в отношении той части претензии, которая остается предметом спора. Затраты, связанные с доказательством фактов, изложенных в претензии, или с ответом на нее, а также с возвращением относящихся к делу документов, несет сторона, которая ссылается на эти факты. Предъявление дальнейших претензий по тому же вопросу не прерывает срока давности, если перевозчик не соглашается их рассматривать.

Положения Конвенции являются императивными. Условия договора, отступающие от них, являются недействительными. Недействительным является также любое условие договора, согласно которому права, вытекающие из договора страхования, предоставляются перевозчику.

Конвенция действует в течение пяти лет со дня ее вступления в силу. По истечении этого срока Конвенция автоматически продлевается каждый раз на пятилетний период, если ее участники не примут иного решения.

Договору международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа посвящена Женевская конвенция 1973 г. (КАПП). Несмотря на незначительное количество участников (Латвия, Словакия, Чехия, Сербия, Босния и Герцеговина, Хорватия, Черногория, Украина), она оказывает известное влияние на формирование правовых норм, регулирующих автомобильные перевозки. Так, в Англии Закон от 31 июля 1974 г. придал положениям КАПП силу внутригосударственного акта.

В отношении своего применения Конвенция содержит положения, схожие с нормами КДПГ. Конвенция не применяется к перевозкам типа такси.

При перевозке должен быть выдан билет, который может быть коллективным. Его утрата не влияет на действительность договора перевозки. Перевозка багажа оформляется багажной квитанцией. Конвенция содержит некоторые условия перевозки. Они касаются лишь ее оформления и выдачи багажа пассажиру.

Основное содержание Конвенции относится к ответственности, которую несет перевозчик за ущерб, связанный со смертью, телесными повреждениями или нанесением любого другого вреда физическому или психическому здоровью пассажира. Такая ответственность наступает только в результате происшествия, связанного с перевозкой и имевшего место либо во время нахождения пассажира в транспортном средстве, либо во время его посадки или высадки, либо в связи с погрузкой или выгрузкой багажа. Перевозчик освобождается от ответственности, если причиной происшествия послужили обстоятельства, которых перевозчик, несмотря на принятие мер, необходимых в данном конкретном случае, не мог избежать и последствий которых он не мог предотвратить.

Размер ущерба и круг лиц, имеющих на него право, определяются по закону суда, однако общая сумма возмещения, выплачиваемая перевозчиком в связи с одним и тем же событием, не может превышать 250 тыс. золотых франков на одного пострадавшего. Протоколом 1978 г. к КАПП эта сумма увеличена до 83,333 СПЗ. Однако любое государство - участник Конвенции может установить более высокий предел ответственности или не устанавливать никакого предела. В этом случае для определения общей суммы возмещения применяется законодательство этого государства, за исключением коллизионных норм. Стороны договора перевозки также могут договориться об установлении более высокого предела возмещения.

Ограничение размера возмещения применяется ко всем требованиям, связанным со смертью, телесными повреждениями или нанесением любого другого вреда физическому или психическому здоровью пассажира. Если имеется несколько истцов и если общая сумма их требований превышает установленный максимум, то выплаты пропорционально сокращаются. Сумма установленного предела ответственности не включает понесенные истцом для доказательства своих прав судебные издержки или другие расходы, а также проценты, исчисляемые в соответствии с законом, который сочтет применимым разбирающий дело суд.

Перевозчик несет ответственность за ущерб, связанный с полной или частичной утратой багажа и с его повреждением. Перевозчик освобождается от этой ответственности, если утрата или повреждение связаны с дефектом самого багажа, с особым риском, вызванным тем, что багаж содержит скоропортящиеся или опасные для перевозки вещества либо предметы, или если они произошли в результате обстоятельств, которых перевозчик, несмотря на принятие мер, необходимых в данном конкретном случае, не мог избежать и последствий которых он не мог предотвратить. Когда возмещение ущерба за полную или частичную утерю багажа или за его повреждение возлагается на перевозчика, может быть предъявлено требование о выплате суммы, равной размеру ущерба, но эта сумма не может превышать 500 золотых франков на единицу багажа и 2 тыс. золотых франков на пассажира. Кроме того, может быть предъявлено требование о выплате суммы, равной размеру ущерба за полную либо частичную утерю или за повреждение личных вещей и предметов, которые пассажир имеет на себе или с собой, но эта сумма не может превышать 1 тыс. золотых франков на пассажира. В Протоколе 1978 г. суммы пределов выражены в СПЗ и составляют соответственно 166,67 расчетных единиц на единицу багажа (666,67 расчетных единиц на пассажира) и 33,33 расчетных единиц в отношении остальных вещей пассажира.

Основанием освобождения перевозчика от ответственности, предусмотренной Конвенцией, является вина самого пассажира.

При несохранности багажа и всех остальных вещей пассажира должна быть заявлена претензия в течение 7 дней с момента получения багажа или, соответственно, с момента прибытия транспортного средства в пункт назначения пассажира. По всем спорам, возникающим по поводу перевозок, регулируемых нормами Женевской конвенции, истец может по своему выбору обратиться помимо компетентных судов государств-участников, указанных сторонами в пророгационном соглашении, к судам страны, на территории которой находится: главный управленческий орган ответчика; его обычное местожительство или предприятие, посредством которого был заключен договор перевозки; место, где был причинен ущерб; место отправления или место назначения.

Право на предъявление иска в связи со смертью, телесными повреждениями или любым другим ущербом физическому либо психическому здоровью пассажира погашается по истечении трех лет. Срок исковой давности исчисляется со дня, когда лицо, которому был причинен ущерб, узнало или должно было узнать об этом. Однако этот срок не может превышать пяти лет, считая со дня дорожно-транспортного происшествия. Предъявление претензии в письменном виде приостанавливает течение давности до того дня, когда перевозчик в письменном виде отклонил претензию и возвратил приложенные к ней документы в ее обоснование.

8.5. Международные воздушные перевозки

8.5.1. Международные договоры по воздушным перевозкам

Правовой режим международных воздушных перевозок пассажиров и грузов во всех регионах мира преимущественно определяется международными соглашениями. Правовое регулирование этих перевозок всегда отличалось чрезвычайно высокой степенью универсальности в силу количества государств - участников международных договоров, имеющих в этой области.

Однако в современном мире действуют два принципиально различных правовых режима международных воздушных перевозок. Конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (Варшавская конвенция 1929 г.) <1>, насчитывает более 100 участников, включая Россию. Число участников вступившей в силу Конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (Монреальская конвенция 1999 г.) <2>, призванной заменить Варшавскую конвенцию, уже составляет более 100. Перевозки между странами - участницами Монреальской конвенции, которыми является подавляющее большинство ведущих государств, регулируются положениями этой новой Конвенции. Вопрос о присоединении большинства оставшихся государств к Монреальской конвенции фактически предпринят, поскольку от этого зависит возможность полноценной работы национальных перевозчиков этих стран на мировом рынке авиатранспортных услуг. Тем не менее Варшавская конвенция 1929 г. и все документы, дополняющие ее (так называемая варшавская система), продолжают действовать при перевозках между странами, участвующими в них. Вполне возможно, что даже спустя многие годы вопрос о применении документов Варшавской системы будет иметь практическое значение при перевозках между отдельными странами, не пожелавшими присоединиться к Монреальской конвенции.

<1> СЗ СССР. 1934. N 20 (отд. 2); см. также: Международное воздушное право. С. 336 - 347.

<2> DCW Doc. N 57, 28/5/99 (русский текст Конвенции см.: Московский журнал международного права. 2001. N 1. С. 314 - 399).

Варшавская система - это сложная система документов, состоящая из самой Варшавской конвенции 1929 г., изменяющих ее протоколов: Гаагского 1955 г. <1>, Монреальских 1975 г. N 1, 2 и 4, а также дополняющей Варшавскую конвенцию Гвадалахарской конвенции о международных воздушных перевозках, осуществляемых лицом иным, чем перевозчик по договору, 1961 г. Участие государства в одном из этих документов не всегда означает его участие в других. Россия участвует в двух первых названных документах, а также в Гвадалахарской конвенции. Выше перечислены только действующие документы. Кроме них имеются протоколы, не вступившие в силу (Гватемальский протокол 1971 г., Монреальский протокол 1975 г. N 3), а также глобальные и региональные соглашения между авиаперевозчиками <2>, которые формально не являются международными договорами, но фактически оказывают решающее влияние на формирование условий международных авиаперевозок. В результате создается множество вариантов их правовых режимов.

<1> Ведомости Верховного Совета СССР. 1957. N 8. Ст. 217; см. также: Международное воздушное право. С. 348 - 356.

<2> Монреальское соглашение между авиаперевозчиками 1996 г.; Соглашение ИАТА об ответственности при перевозке пассажиров и Соглашение о мерах по реализации соглашения перевозчиков ИАТА об ответственности при перевозке пассажиров, открытые для подписания авиакомпаниями соответственно в 1995 г. и 1996 г.

Варшавская конвенция 1929 г. составлена на французском языке (ст. 36), Гаагский протокол, кроме того, - на английском и испанском при сохранении преимущества за текстом на французском языке. Монреальский протокол N 4 имеет четыре аутентичных текста: английский, испанский, русский и французский. Протоколы предусматривают, что в случае разногласий текст, составленный на французском языке, остается основным. Судебная практика показывает, что английский текст документов Варшавской системы содержит некоторые отклонения от французского, в связи с чем весьма важен вопрос о методах и пределах толкования этих международных соглашений. Варшавской конвенцией был установлен своеобразный, но оправданный на заре развития воздушного транспорта протекционизм <1> в отношении авиакомпаний, осуществляющих международные воздушные перевозки. Он выражался прежде всего в невысоком уровне ответственности авиаперевозчика за причинение вреда жизни и здоровью пассажира.

<1> См.: Колосов Ю.М. Ответственность в международном праве. М., 1975. С. 191.

Главная причина появления Монреальской конвенции 1999 г. состоит в том, что в конце прошлого столетия концепция ответственности авиаперевозчика, закрепленная Варшавской конвенцией 80 с лишним лет назад, на заре развития воздушных сообщений, перестала отвечать уровню развития и надежности международного воздушного транспорта. Сместились приоритеты в регулировании ответственности авиаперевозчика в сторону обеспечения более твердых гарантий полного возмещения вреда потерпевшим при авиационных происшествиях, что и привело к возникновению нового правового режима международных воздушных перевозок, предлагаемого Монреальской конвенцией.

Одним из существенных преимуществ Монреальской конвенции является то, что она в едином тексте решает основные назревшие вопросы в области правового регулирования международных воздушных перевозок пассажиров, багажа и грузов, отвечая различным интересам, сталкивающимся в этой области.

В отличие от документов варшавской системы Монреальская конвенция составлена на русском, английском, арабском, испанском, китайском и французском языках, причем все тексты являются равно аутентичными.

Конвенции <1> определяют наиболее важные правила международных воздушных перевозок, касающиеся заключения договора перевозки, некоторых его условий и, главное, ответственности перевозчика за причинение вреда жизни и здоровью пассажиров, багажу, грузу и просрочку в их доставке. Нормы международных конвенций о воздушных перевозках, как и нормы внутреннего транспортного законодательства государств, преимущественно носят **императивный характер**. Это объясняется необходимостью единообразной защиты интересов огромного числа потребителей услуг, оказываемых транспортными организациями, а также сложностью технологий эксплуатации транспорта, массовостью операций и рисками, связанными с использованием транспортных средств, которые, как известно, являются источником повышенной опасности.

<1> Здесь и далее имеются в виду Монреальская конвенция 1999 г. и Варшавская конвенция 1929 г.

Сфера применения Варшавской конвенции в основном определена ее гл. 1 "Предмет - определения", а Монреальской конвенции - гл. 1 "Общие положения". Согласно ст. 1 Монреальской и Варшавской конвенций они применяются при всякой **международной перевозке**, осуществляемой за вознаграждение посредством воздушного судна. Международные соглашения по воздушному транспорту, российское (ст. 101 Воздушного кодекса РФ) и зарубежное законодательство исходят из единообразного понимания международной воздушной перевозки. Таковой является перевозка, при которой пункт отправления и пункт назначения расположены соответственно на территориях двух государств или на территории одного государства, если договором перевозки предусмотрен пункт посадки (остановка) на территории любого иностранного государства. Перевозка без подобной остановки между двумя пунктами, находящимися на территории одного и того же государства-участника, не рассматривается обеими конвенциями как международная и ими не регулируется.

С другой стороны, как Варшавская, так и Монреальская конвенции содержат уточнения, связанные с тем, что в некоторых случаях под действие международных конвенций может попадать и перевозка в **пределах одного государства**. Согласно этим уточнениям, даже если имеются "перерыв в перевозке или перегрузка" или если один из нескольких последовательных перевозчиков выполняет перевозку в пределах своего государства, каждая Конвенция применяется к такой перевозке, и последняя считается международной при условии, что вся перевозка рассматривается сторонами договора как единая операция. Это означает, что если груз был принят к перевозке воздушным перевозчиком, например, в Лондоне с указанием в накладной в качестве пункта назначения Новосибирска, то перевозка груза внутренним рейсом между Москвой и Новосибирском также считается международной и подпадает под действие конвенций. Данное правило действует не только, когда перевозка осуществляется по одной накладной, но и даже в том случае, если в Москве накладная переоформляется с составлением перевозочного документа внутренней формы или груз передается на рейс другого воздушного перевозчика.

Ни одна из конвенций не распространяется на воздушные перевозки грузов между государствами, если хотя бы одно из них в соответствующей Конвенции не участвует. Что касается перевозки пассажиров, то, как правило, такая перевозка согласно договору осуществляется с возвратом пассажира в пункт отправления. Независимо от того, летал ли пассажир в страну, участвующую или не участвующую в конвенции, если начальный и конечный пункт его перевозки совпадают, то в силу п. 2 ст. 1 обеих Конвенций соответствующий договор перевозки будет подпадать под их действие, при условии, что этот

пункт находился в стране - участнице Конвенции. Такого подхода придерживаются и зарубежные комментаторы рассматриваемых конвенций <1>.

<1> Среди последних специальных работ см.: Tompkins G.N., Jr. The Montreal Convention and the Meaning of "Destination" in Article 31 (1) // Air & Space LAW. Vol. XXXII/3. June 2007. P. 224 - 226.

Относительно документов Варшавской системы следует подчеркнуть, что участие государства, например, в Гаагском протоколе означает его участие в Варшавской конвенции, измененной Гаагским протоколом, но не приводит к его участию в самой Варшавской конвенции (п. 2 ст. XXI и ст. XXIII Гаагского протокола). Из этого вытекает, что перевозка между страной - участницей только Варшавской конвенции и государством - участником только Гаагского протокола исключается из-под действия обоих этих документов. Объективно все такие перевозки остаются международными, но регулируются положениями применимого к ним внутреннего, национального права.

Наличие **двух различных правовых режимов** международных воздушных перевозок, установленных документами варшавской системы, с одной стороны, и Монреальской конвенцией - с другой, порождает вопрос о разграничении их действия. Этот вопрос решается ст. 55 Монреальской конвенции с позиции того, что присоединение государства к ней не должно разрушать режим Варшавской системы и создавать вакуум в отношении международно-правового регулирования перевозок, осуществляемых между этим государством и государством, не ставшим пока участником новой Конвенции и сохраняющим свое участие в документах Варшавской конвенции 1929 г. Присоединение государства к Монреальской конвенции не обусловлено требованием о денонсации этим государством Варшавской конвенции и не означает автоматического выхода такого государства из числа ее участников. Пункт 1 статьи 55 Монреальской конвенции предусматривает ее **преимущественную силу** в отношении перевозок между государствами, участвующими в ней, перед положениями варшавской системы. Это правило в условиях, приведенных в предыдущем абзаце, применяется и к внутренней перевозке в пределах территории любого отдельного государства - участника Монреальской конвенции (п. 2 ст. 55). Правила же Варшавской системы остаются в силе в отношении перевозок между этими государствами и государствами, не участвующими в новой Конвенции и сохраняющими свое участие в документах варшавской системы.

Из смысла гл. II обеих Конвенций вытекает, что для осуществления международной воздушной перевозки необходимо **соглашение** перевозчика с пассажиром или грузоотправителем. Отсутствие соглашения о перевозке исключает возможность применения не только конвенций, но, как правило, и положений внутреннего транспортного законодательства, ограничивающего ответственность перевозчика. Конвенции, например, не должны применяться в случае причинения вреда жизни и здоровью лицам и имуществу, если установлено, что они попали на борт воздушного судна без согласия перевозчика. В таких ситуациях ответственность транспортной организации возникает не из договора, а подчинена общим нормам внутреннего законодательства об обязательствах вследствие причинения вреда.

Варшавская и Монреальская конвенции, согласно п. 1 ст. 1, применяются при всякой международной перевозке, осуществляемой за плату. Они применяются также к **бесплатным** перевозкам, однако при условии, что такие перевозки осуществляются предприятием воздушных перевозок (по ст. 1 Монреальской конвенции - авиатранспортным предприятием). Поэтому если бесплатная перевозка осуществляется лицом, не имеющим, согласно применимому закону, статуса авиатранспортного предприятия (например, перелет с другом на его частном самолете), она не должна подпадать под действие Конвенции.

Документы Варшавской системы и Монреальская конвенция применяются к перевозкам, осуществляемым **государством** либо другими юридическими лицами публичного права (на коммерческой основе или бесплатно). Однако Гаагский протокол (ст. XXVI), Монреальские протоколы допускают возможность государства-участника заявить о том, что Варшавская конвенция, измененная каждым из них, не будет распространяться на перевозки, осуществляемые для военных властей соответствующего государства при условии, что такие перевозки осуществляются на воздушных судах, зарегистрированных в этом государстве и полностью зафрахтованных такими властями. Ни СССР, ни Россия таких оговорок не делали.

Монреальская конвенция (ст. 57) помимо этого предусматривает возможность государства-участника сделать оговорку о нераспространении Конвенции на международные перевозки, выполняемые этим государством не только в военных, но и в других некоммерческих целях в связи с осуществлением им своих суверенных функций. Такой возможностью при ратификации Монреальской конвенции воспользовались, например, США, Канада и ряд других государств.

Варшавская конвенция не применяется к перевозкам, осуществляемым в качестве пробных полетов перевозчиков в целях установления регулярных воздушных линий, а также к перевозкам,

осуществляемым при исключительных обстоятельствах вне всяких нормальных воздушно-транспортных операций (ст. 34). Последующие же протоколы к Конвенции, а также Монреальская конвенция (ст. 51) перевозки при исключительных обстоятельствах **вне рамок обычных операций** по эксплуатации воздушного транспорта подчиняют своим правилам. Исключение составляют положения о перевозочных документах, которые в указанных чрезвычайных обстоятельствах могут не соблюдаться.

Обе конвенции применяются только **в отношении перевозок пассажиров, багажа и груза** (ст. 1 Конвенций). Они не регулируют воздушную перевозку почты. Согласно п. п. 2 и 3 ст. 2 Монреальской конвенции при перевозке почтовых отправлений перевозчик несет ответственность только перед соответствующей почтовой администрацией в соответствии с правилами, применяемыми к отношениям между перевозчиками и почтовыми администрациями. В остальном положения Монреальской конвенции не применяются к перевозке почтовых отправлений.

8.5.2. Правовой режим перевозок по Варшавской конвенции 1929 г.

Прежде всего необходимо остановиться на основных положениях, составляющих содержание **Варшавской конвенции**. Международная авиаперевозка осуществляется на основании перевозочных документов, являющихся транспортными документами и подтверждающих заключение договора воздушной перевозки. Такими транспортными документами являются авиагрузовая накладная, которая в отличие от коносамента не является товарораспорядительным документом, пассажирский авиабилет и багажная квитанция. Варшавская конвенция содержит довольно длинный перечень реквизитов воздушно-перевозочного документа. В Гаагском протоколе 1955 г. и Монреальской конвенции эти чрезмерные требования к перевозочной документации были существенно упрощены за счет исключения из числа обязательных сведений, в которых не было необходимости. В перечень реквизитов авиагрузовой накладной и квитанции на груз вошли прежде всего сведения, которые позволяли бы судить, является ли перевозка международной и подпадает ли она под соответствующую конвенцию: пункты отправления, назначения и при необходимости остановок. Как правило, обязательным реквизитом является указание веса отправки, а также уведомление об ограничении ответственности авиаперевозчика.

По Гаагскому протоколу, если перевозчик принял груз без составления или если она не содержит уведомления об ограничении ответственности перевозчика, последний лишается права ссылаться на положения, ограничивающие его ответственность. Варшавская конвенция предусматривает лишение перевозчика указанного права и во многих других случаях несоблюдения правил оформления воздушно-перевозочного документа.

Перевозчик имеет право требовать от отправителя груза составления и вручения ему воздушно-перевозочного документа (авиатранспортной накладной). Отправитель груза имеет право требовать от перевозчика принятия этого документа. Накладная составляется отправителем в трех подлинных экземплярах и вручается вместе с товаром. Первый экземпляр носит пометку "для перевозчика"; он подписывается отправителем. Второй экземпляр носит пометку "для получателя"; он подписывается отправителем и перевозчиком и должен следовать с товаром. Третий экземпляр подписывается перевозчиком и возвращается им отправителю по принятию товара. Перевозчик должен поставить свою подпись до погрузки товара на борт воздушного судна. Подпись перевозчика и отправителя может быть заменена соответствующим штампом. Если по требованию отправителя перевозчик составит воздушно-перевозочный документ, он рассматривается как действующий за счет отправителя. Отправитель отвечает за правильность сведений относительно груза, которые он заносит в воздушно-перевозочный документ. В число таких сведений входят данные о весе, размере, количестве, объеме товара, о состоянии товара и его упаковке.

Конвенция регулирует некоторые условия воздушной перевозки груза. Отправитель имеет право, при условии выполнения всех обязательств, вытекающих из договора перевозки, распоряжаться грузом, либо забирая его обратно с аэродрома отправления или назначения, либо останавливая его в пути следования при посадке, либо давая указание о выдаче его на месте назначения или в пути следования иному лицу, чем получатель, указанный в воздушно-перевозочном документе, либо требуя возвращения груза на аэродром отправления, поскольку осуществление этого права не наносит ущерба ни перевозчику, ни другим отправителям. В тех случаях, когда невозможно исполнение распоряжений отправителя, перевозчик обязан немедленно уведомить его об этом. Если перевозчик руководствуется распоряжениями отправителя, не требуя предоставления выданного последнему экземпляра воздушно-перевозочного документа, то тем самым он принимает на себя, с сохранением права регресса к отправителю, ответственность за ущерб, который может быть причинен надлежащему владельцу воздушно-перевозочного документа. Право отправителя распоряжаться грузом прекращается в момент, когда возникает право получателя распоряжаться им. Однако если получатель отказывается от принятия

перевозочного документа или груза либо если они не могут быть ему переданы, отправитель вновь приобретает право распоряжаться грузом.

За исключением перечисленных случаев, получатель имеет право требовать от перевозчика с момента прибытия товара на место назначения передачи ему воздушно-перевозочного документа и выдачи ему груза против уплаты суммы требований и исполнения условий перевозки, указанных в воздушно-перевозочном документе. Если утрата груза признана перевозчиком или если по истечении семидневного срока, считая со дня, когда груз должен был прибыть, он не прибывает, получателю разрешается осуществлять по отношению к перевозчику права, вытекающие из договора перевозки.

Отправитель обязан приложить к воздушно-перевозочному документу все иные документы, необходимые для выполнения пограничных, таможенных и иных формальностей. Он отвечает перед перевозчиком за убытки, понесенные им в результате отсутствия, недостаточности или неточности сведений, содержащихся в таких документах, за исключением случаев вины перевозчика и его агентов. Перевозчик не обязан проверять представленные сведения и документы в отношении их полноты и точности.

Центральное место в Варшавской конвенции отведено вопросам ограничения ответственности воздушного перевозчика за ущерб, причиненный жизни и здоровью пассажира, а также за утрату или повреждение багажа и груза. Перевозчик отвечает за ущерб, причиненный жизни и здоровью пассажира, если несчастный случай, повлекший ущерб, произошел на борту воздушного судна или во время операций по посадке и высадке. Перевозчик отвечает за несохранность зарегистрированного багажа или груза, если ущерб причинен во время воздушной перевозки.

Воздушная перевозка охватывает период времени, в течение которого багаж или груз находятся под охраной перевозчика, независимо от того, имеет ли это место на аэродроме, на борту воздушного судна или в каком-либо ином месте в случае посадки вне аэродрома. Период времени воздушной перевозки не включает в себя никакой земной, морской или речной перевозки, осуществленной вне аэродрома. Однако если подобная перевозка осуществляется во исполнение договора воздушной перевозки в целях погрузки, сдачи или выгрузки, причиненный ущерб считается произошедшим во время воздушной перевозки.

Перевозчик несет также ответственность за опоздания при воздушной перевозке пассажиров, багажа или груза и освобождается от нее, если докажет свою невиновность или вину потерпевшего.

Конвенция устанавливает следующие пределы имущественной ответственности воздушного перевозчика:

- при перевозке пассажиров ответственность перевозчика в отношении жизни и здоровья каждого пассажира ограничивается суммой в 125 тыс. (250 тыс. по Гаагскому протоколу) франков Пуанкаре <1>. В случае особого соглашения между перевозчиком и пассажиром может быть установлен и более высокий предел ответственности;

<1> Франк Пуанкаре - условная денежная единица, состоит из 65,5 мг золота пробы 0,900.

- при перевозке зарегистрированного багажа или груза ответственность перевозчика ограничивается суммой в 250 франков Пуанкаре за 1 кг веса брутто утраченного или поврежденного багажа либо груза. В случае особого заявления пассажиром или грузоотправителем в момент передачи перевозчику багажа или груза об особой заинтересованности в доставке перевозчик отвечает в пределах объявленной суммы, если не докажет, что эта сумма превышает реальную заинтересованность в доставке перевозимых объектов;

- применительно к ручной клади (предметам, оставляемым пассажиром при себе) ответственность перевозчика ограничивается суммой в 5 тыс. франков Пуанкаре в отношении каждого пассажира.

В случае утери, повреждения или задержки в доставке части зарегистрированного багажа или груза, а также какого-либо предмета, входящего в их состав, вес, который должен приниматься во внимание при определении суммы имущественной ответственности перевозчика, должен быть общим весом указанного места или мест. Однако когда утеря, повреждение или задержка в доставке зарегистрированного багажа или груза, а также какого-либо предмета, входящего в их состав, сказывается на стоимости других мест, включенных в ту же багажную квитанцию или в тот же воздушно-перевозочный документ, то общий вес такого места или мест должен также приниматься во внимание при определении предела ответственности перевозчика. Любая оговорка, имеющая целью исключить или уменьшить установленный предел ответственности авиаперевозчика, является недействительной и не имеет правовых последствий.

Получение багажа или груза без заявления претензии предполагает их доставку в надлежащем состоянии, соответствующем условиям перевозочного документа. Согласно Гаагскому протоколу в случае причинения ущерба грузополучатель или получатель багажа должны заявить перевозчику претензию немедленно после обнаружения ущерба, но не позднее 7 дней со дня получения багажа и 14 дней со дня получения груза. (Сроки, предусмотренные Варшавской конвенцией, вдвое короче.) При задержке в

перевозке срок предъявления претензии составляет 14 дней (по Варшавской конвенции) и 21 день (по Гаагскому протоколу) с момента выдачи груза или багажа получателю. Претензия выражается в форме записи, включаемой в перевозочный документ, или в форме иного письменного документа. Отсутствие претензии к перевозчику в дальнейшем лишает получателя груза или багажа права на предъявление иска.

Споры, вытекающие из договоров международной воздушной перевозки, подлежат рассмотрению в судах государств - участников Варшавской конвенции 1929 г. по месту жительства перевозчика; по месту нахождения главного управленческого органа перевозчика; по месту нахождения предприятия перевозчика, посредством которого был заключен договор перевозки, или по месту назначения перевозки.

Третий вариант подсудности предоставляет возможность предъявить иск к перевозчику по месту нахождения его коммерческого предприятия или специального учреждения, конторы, агентства, даже если они расположены не в месте его основной коммерческой деятельности, но при условии, что там был заключен договор перевозки. В отличие от европейских судов суды американских штатов исходят из того, что агентское соглашение и наделение местной авиакомпании представительскими функциями уже означают наличие в данной стране конторы иностранного перевозчика, иск к которому и принимается к рассмотрению. В 1975 г. суд штата Небраска (США) признал себя компетентным рассматривать иск к советскому Аэрофлоту, поскольку там его агентом "по продаже авиаперевозок" - авиакомпанией "Пан Америкэн" - был заключен договор перевозки <1>.

<1> Vergara v. Aeroflot, 13 Avi. 17,866 (D. Neb. 1975).

В определенной степени такой подход был заложен уже при подготовке английского текста Монреальской конвенции, который, как и английский перевод Варшавской конвенции, использует термин "place of business" в отличие от русского или французского текста, в котором применяются термины "предприятие", "établissement". Поскольку абсолютное большинство авиакомпаний в современных условиях связаны многосторонним соглашением, по которому они являются агентами друг друга по "продаже авиаперевозок", позиция американских судов фактически дает возможность пассажиру-американцу предъявлять перевозчику иск просто по месту покупки авиабилета, т.е. в таких точках мира, где у перевозчика нет ни представительства, ни персонала. Такой подход, который не направлен на защиту интересов перевозчика, критиковался в нашей и зарубежной литературе как не соответствующий смыслу Варшавской конвенции <1>.

<1> См.: Садиков О.Н. Договор международной воздушной перевозки // Международное воздушное право. Кн. 2. М., 1981. С. 189.

Последним из четырех вариантов подсудности, определенных Варшавской конвенцией (и п. 1 ст. 33 Монреальской конвенции), является "суд места назначения" перевозки. Обычно суды устанавливают пункт назначения воздушной перевозки исходя из содержания билета или накладной <1>. Таким образом, получателю груза предоставляется возможность предъявить иск в пункте назначения перевозки. Что касается исков, вытекающих из договора перевозки пассажира, то предусмотренная юрисдикция фактически, как правило, означает возможность их предъявления в месте отправления. Известно, что при перевозке воздушным транспортом в большинстве случаев выдается авиабилет, предусматривающий возвращение пассажира в пункт отправления по прошествии определенного времени. Дата обратного рейса может оставаться открытой, но стоимость обратной перевозки взимается с пассажира при покупке билета. На практике исключение составляют перевозки граждан, следующих на постоянное место жительства в другую страну или не желающих в обозримом будущем возвращаться обратно, поскольку билет "в один конец" по своей стоимости не намного дешевле билета "в оба конца".

<1> Unmack Tim. Op. cit. P. 278; McCarthy v. East African Airways, SDNY, 1974; 13 AVI 17,385 1974-6; Duff v. Vagir Airlines Inc SA, Illinois Appellate Court, 1989; 22 AVI 17,367 1989-90.

Таким образом, с большой степенью уверенности можно предположить, что иностранные суды, как правило, не будут рассматривать иски российских граждан о возмещении вреда, причиненного жизни и здоровью пассажира, при выполнении международных перевозок, которые начинаются и заканчиваются согласно билету в пунктах на территории России. Соответственно возможность применения иностранного законодательства при рассмотрении исков о возмещении причиненного ущерба минимальна, чего нельзя сказать о требованиях из договора перевозки груза.

Возможность пассажира предъявить иск к перевозчику лишь при возвращении в пункт отправления не исключает, а наоборот, например в случае несохранности багажа или задержке его перевозки, предполагает право и обязанность пассажира предъявить претензию перевозчику в промежуточном

пункте в сроки, установленные конвенциями. В противном случае пассажир в дальнейшем будет лишен права на иск.

Срок исковой давности для возбуждения гражданского судопроизводства составляет 2 года с момента прибытия воздушного судна в место назначения.

В случаях перевозок, совершаемых несколькими последовательными перевозчиками, каждый перевозчик подпадает под действие норм Конвенции в качестве стороны по договору перевозки, поскольку этот договор имеет отношение к части перевозки, совершаемой под его контролем. В случае причинения ущерба жизни и здоровью пассажира иск может быть предъявлен только к тому перевозчику, который осуществлял часть перевозки во время причинения ущерба, если только первый перевозчик не принял на себя ответственность за всю перевозку в целом. Если речь идет о причинении ущерба багажу или грузу, то отправитель имеет право предъявить иск к первому перевозчику, а получатель - к последнему. Кроме того, и тот и другой могут предъявить иск к перевозчику, совершавшему часть перевозки, во время которой произошла утеря, повреждение или задержка в доставке либо порча багажа или груза. В этом случае все указанные перевозчики несут солидарную ответственность перед отправителем и получателем.

Гвадалахарская конвенция 1961 г. распространила действие Варшавской конвенции 1929 г. и Гаагского протокола 1955 г. на международные перевозки, выполняемые фактическим перевозчиком (а не перевозчиком по договору). Согласно нормам Конвенции как перевозчик по договору, так и фактический перевозчик подпадают под действие правил Варшавской конвенции: первый из них - в отношении всей перевозки, предусмотренной в договоре, второй же - лишь в отношении той перевозки, которую он осуществляет. Действия или бездействие фактического перевозчика при исполнении своих обязанностей, относящихся к перевозке, считаются действиями или бездействием и перевозчика по договору. Действия или бездействие перевозчика по договору при исполнении своих обязанностей, относящихся к перевозке, считаются действиями или бездействием и фактического перевозчика.

8.5.3. Правовой режим перевозок по Монреальской конвенции 1999 г.

Монреальская конвенция 1999 г., вобрав в себя весь накопленный положительный опыт правового регулирования и практики осуществления международных авиаперевозок, восстановила традицию регулирования пассажирских и грузовых международных воздушных перевозок в едином документе.

Массовый характер авиаперевозок, значительные расходы, связанные с их оформлением, глобальная кооперация авиаперевозчиков в рамках международных альянсов потребовали использования компьютерной техники, применения высоких технологий организации и оформления перевозочного процесса.

Поэтому в отличие от Варшавской конвенции Монреальская конвенция (п. п. 2 - 5 ст. 3 и п. 2 ст. 4) допускает возможность при оформлении договора перевозки вместо авиабилета (перевозочного документа) и авиагрузовой накладной использовать любые другие средства, сохраняющие запись о предстоящей перевозке. В этих случаях перевозчик предлагает представить пассажиру по его желанию письменное изложение информации, сохраненной таким образом. Одновременно пассажиру вручается письменное уведомление о том, что Конвенция регламентирует и может ограничивать ответственность перевозчиков в случае причинения вреда его жизни и здоровью, при несохранности багажа и при задержке в перевозке. При сдаче перевозчику багажа пассажиру вручается лишь идентификационная бирка. При сдаче к перевозке груза перевозчик по просьбе отправителя выдает ему квитанцию на груз, позволяющую опознать груз и получить доступ к информации, занесенной в компьютер. Монреальская конвенция уже не содержит положения о праве перевозчика требовать от отправителя составления накладной и обязанности принять ее.

Позволив таким образом упростить и модернизировать процесс заключения договора воздушной перевозки, новая Конвенция в то же время обеспечила перевозчику право пользоваться ее преимуществами.

Из содержания Монреальской конвенции (п. 5 ст. 3 и ст. 9) следует, что несоблюдение требований к документации и правил оформления перевозки пассажира, багажа или груза, т.е. несоблюдение положений ст. ст. 3 - 8 Конвенции, не влияет не только на существование или действительность договора перевозки, но и на применение правил Конвенции об ограничении ответственности перевозчика.

Конвенция не предусматривает каких-либо пределов ответственности перевозчика за причинение вреда жизни и здоровью пассажира. Более того, она устанавливает, что если размер причиненного вреда не превышает 100000 СПЗ, то такая ответственность наступает при наличии одного лишь факта причинения перевозчиком вреда при перевозке, т.е. по принципу причинения. Согласно Конвенции перевозчик не может исключить или ограничить свою ответственность за вред, происшедший в случае

смерти или телесного повреждения пассажира, если происшествие, которое явилось причиной смерти или повреждения, произошло на борту воздушного судна или во время любых операций по посадке или высадке при условии, что размер требований к перевозчику не превышает 100000 СПЗ. В части требований, превышающих эту сумму, перевозчик освобождается от ответственности, если он докажет свою невиновность в причинении вреда. Таким образом, эффективность вины как общего начала гражданско-правовой ответственности в области международного воздушного транспорта Монреальской конвенцией под сомнение не ставится, хотя налицо отдельные отступления от начала ответственности за вину, обусловленные важностью обеспечения защиты интересов потребителей, гарантий компенсации вреда, причиненного жизни и здоровью пассажиров.

Конвенция предусматривает также значительно более строгую ответственность авиаперевозчика (часто называемую "объективной", "независимой от вины") за несохранность груза и багажа. Конвенция и Протокол определяют исчерпывающий перечень обстоятельств, освобождающих перевозчика от ответственности за несохранность груза: присущий грузу дефект, качество или порок; неправильная упаковка груза лицом, иным, чем перевозчик, его работники или агенты; акты войны или вооруженного конфликта; акты органов государственной власти, связанные с вывозом, ввозом или транзитом груза.

Ответственность же перевозчика за задержку при перевозке пассажира багажа и груза в новой Конвенции по-прежнему покоится на началах вины, отсутствие которой он должен доказать. Статья 19 Монреальской конвенции в отношении задержки без существенных изменений воспроизводит формулу ст. 20 Варшавской конвенции. Такой подход обусловлен чрезвычайной сложностью организации и технологии транспортного процесса, зависимостью его от множества условий, разрешений, иных неподвластных перевозчику обстоятельств, а главное - требованиями безопасности полетов, приоритетом сохранности жизни людей. Таким образом, виновная ответственность перевозчика за задержку при перевозке была и остается одним из незыблемых принципов правового регулирования транспорта, обеспечивающим повышение ответственности перевозчика за причинение вреда жизни и здоровью пассажиров, несохранность груза и багажа.

Еще одним обстоятельством, которое зафиксировано обеими конвенциями и которое частично или полностью исключает ответственность авиаперевозчика как за причинение вреда жизни и здоровью пассажира, несохранность багажа или груза, так и за просрочку (задержку) в их доставке, является вина лица, требующего возмещения, т.е. отправителя, получателя или пассажира. Согласно ст. 21 Варшавской конвенции в случае, если перевозчик докажет, что вина лица, потерпевшего вред, была причиной вреда или содействовала ему, суд может согласно устранить или ограничить ответственность перевозчика, применив норму своего внутреннего права.

Монреальская конвенция, устанавливая правило о смешанной ответственности, избегает отсылки к национальному закону и формулирует соответствующее самостоятельное правило в самом тексте. Согласно ст. 20 этой Конвенции потерпевшие лишаются права на возмещение вреда в той степени, в какой суд признает, что их "небрежность, неправильное действие или бездействие" способствовали причинению вреда.

Какие-либо иные основания освобождения перевозчика от ответственности недопустимы. Это положение вытекает из ст. 26 Монреальской конвенции и из ст. 23 Варшавской конвенции.

Согласно положениям Монреальской конвенции перевозчик вправе сам отказаться от любых предусмотренных в ней средств защиты.

Пределы ответственности для государств - членов МВФ устанавливаются в СДР, для остальных государств - во франках Пуанкаре. В случае причинения ущерба в результате задержки в перевозке пассажиров ответственность перевозчика в отношении каждого из них ограничивается суммой в 4150 СДР либо 62,5 тыс. франков Пуанкаре. При перевозке всего багажа пассажира, как зарегистрированного так и незарегистрированного, включая личные вещи, ответственность перевозчика за их утрату, повреждение или задержку ограничивается суммой в 1 тыс. СДР либо 15 тыс. франков в отношении каждого пассажира. При перевозке груза ответственность перевозчика за его утрату, повреждение или задержку ограничивается суммой в 17 СДР либо 250 франков за 1 кг веса брутто утраченного или поврежденного груза <1>.

<1> Монреальской конвенцией (ст. 24) предусмотрен достаточно совершенный механизм периодического пересмотра установленных ею пределов ответственности воздушного перевозчика с учетом коэффициента инфляции, что позволяет в будущем избежать процессов эрозии, которые были свойственны Варшавской системе в части, касающейся адекватности установленных пределов уровню цен и стоимости жизни. Созданный механизм позволяет вносить соответствующие изменения без созыва дипломатических конференций. Согласно ст. 24 Монреальской конвенции суммы пределов (порога) ответственности, установленные в ст. ст. 21, 22 и 23, пересматриваются ее депозитарием (ИКАО) каждые пять лет, причем первый такой пересмотр проводится в конце пятого года после даты вступления в силу

Конвенции с использованием коэффициента инфляции, соответствующего совокупным темпам инфляции за период со времени предыдущего пересмотра, или при первом пересмотре - с даты вступления в силу Конвенции. Размер темпов инфляции, используемый при определении коэффициента инфляции, исчисляется на основании средневзвешенных годовых ставок увеличения или понижения индексов потребительских цен в государствах, валюты которых образуют СПЗ. Если в результате пересмотра делается вывод о том, что коэффициент инфляции превысил 10%, то ИКАО должно уведомить государства об изменении пределов ответственности. Изменение вступает в силу через шесть месяцев после уведомления о нем участников Конвенции. Однако к 2009 г. уровень инфляции достиг 13,1%, поэтому ИКАО уведомило государства об этом.

С 1 января 2010 г. согласно указанной процедуре вступили в силу новые пределы ответственности перевозчика. Предел ответственности за груз составил 19 СПЗ за 1 кг, за весь багаж пассажира - 1,131 СПЗ на пассажира; 4,694 СПЗ за задержку при перевозке пассажира. Порог требований к перевозчику в связи со смертью или телесным повреждением одного пассажира возрос до 113,100 СПЗ.

Если бы в течение трех месяцев после уведомления большинство государств-участников заявили о своем несогласии, изменения не вступили бы в силу и данный вопрос был бы передан на рассмотрение совещания государств - участников Конвенции.

ИКАО незамедлительно уведомляет всех участников Конвенции о вступлении в силу изменения.

Эта процедура может быть также осуществлена в любое время, если просьба об этом высказана одной третью государств-участников и если упомянутый коэффициент инфляции превысил 30% за период с момента предыдущего пересмотра или с даты вступления в силу Конвенции, если пересмотр еще не проводился. Последующие пересмотры должны проводиться каждые пять лет, начиная с конца пятого года после даты указанного пересмотра.

Перевозчик может оговорить, что в отношении договора перевозки применяются более высокие пределы ответственности, чем предусмотренные в Конвенции, либо никакие пределы ответственности не применяются.

Претензионные сроки соответствуют срокам, установленным Гаагским протоколом.

Стремление государств предоставить потерпевшим гражданам более широкий выбор судов, где они могли бы требовать компенсации за причиненный при международной воздушной перевозке вред жизни и здоровью, привело к введению пятого варианта подсудности (так называемой пятой юрисдикции) в отношении таких требований. Монреальская конвенция допускает возможность предъявления иска к перевозчику по месту жительства потерпевшего пассажира. Согласно п. 2 ст. 33 Монреальской конвенции "в отношении вреда, происшедшего в результате смерти или телесного повреждения пассажира, иск об ответственности может быть возбужден в одном из судов... на территории государства-участника, в котором пассажир на момент происшествия имеет основное и постоянное место жительства". "Основное и постоянное место жительства", согласно п. 3 ст. 33 Монреальской конвенции означает одно зафиксированное и постоянное место проживания пассажира на момент происшествия. Гражданство пассажира не является определяющим фактором в этом отношении.

Такая возможность в сочетании с абсолютной ответственностью перевозчика дает потерпевшим, в первую очередь небогатым пассажирам или их иждивенцам, получить компенсацию по месту проживания с минимальными судебными расходами. Кроме того, появляется возможность более объективно оценить размер причиненного ущерба, так как суд в месте проживания пассажира будет исходить из местных условий, стандартов и уровня жизни.

Однако Монреальская конвенция, учитывая также и интересы перевозчика, ограничивает право пассажира на предъявление иска по месту своего жительства. Это право может быть осуществлено им только при наличии одновременно двух условий.

Во-первых, в месте проживания пассажира перевозчик должен осуществлять перевозки пассажиров своими воздушными судами либо на судах своего партнера по коммерческому соглашению, по которому оба совместно предоставляют такие услуги. На практике к таким соглашениям относятся соглашения авиакомпаний о взаимном обмене кодами (**code-sharing**) <1>, о совместной эксплуатации линии <2> и т.п. Наличие просто агентского соглашения о продаже перевозок с местной авиакомпанией или агентством для предъявления иска по месту проживания пассажира уже недостаточно.

<1> См.: Franklin Mark. Code-Sharing and Passenger Liability // Air & Space LAW. Vol. XXIV. N 3. 1999. P. 128 - 131.

<2> Грязнов В.С. Правовые основы деятельности авиапредприятий // Международное воздушное право. Кн. 2. М., 1981. С. 79 - 93.

Во-вторых, у перевозчика или его партнера по соглашению в месте проживания пассажира должны

иметься собственные или арендованные для вышеуказанной цели помещения.

Таким образом, в месте проживания пассажира перевозчик должен прямо или опосредствованно осуществлять коммерческую деятельность, иметь помещение с определенным адресом, по которому ответчику может быть надлежащим образом вручена судебная повестка, и как следствие, соответствующий персонал. Только в этом случае суд по месту жительства пассажира вправе принять к рассмотрению его иск к перевозчику.

Очевидным неудобством применения этой подсудности является невозможность предъявления в ее рамках требований, связанных с несохранностью багажа, при наличии требований из причинения вреда жизни и здоровью пассажира <1>. В этом видится одно из направлений совершенствования правового режима международных воздушных перевозок. В то же время предоставление пассажиру такой возможности в ситуациях, связанных не с авиапроисшествиями, а исключительно с несохранностью багажа, поставило бы перевозчика в весьма затруднительное положение, учитывая технологию перевозок и условия претензионно-исковой работы авиапредприятий.

<1> Whalen Thomas J. Op. cit. P. 21, 22.

Монреальская конвенция, так же как и Варшавская, предусматривает возможность третейского разбирательства, передачи спора на разрешение в арбитраж на основании арбитражного соглашения сторон, но только в отношении договора перевозки груза. Однако такое соглашение является действительным только при соблюдении определенных условий. Во-первых, оно должно быть в письменной форме; во-вторых, арбитражное разбирательство должно происходить в пределах названной в конвенциях альтернативы судов; и в-третьих, при рассмотрении дела арбитры должны руководствоваться нормами соответствующей Конвенции.

Самостоятельная гл. V Монреальской конвенции включает в себя частноправовую составляющую содержания Гвадалахарской конвенции 1961 г., которая касается и вопросов подсудности. Предусматривается, что к фактическому перевозчику иск может быть предъявлен в пределах альтернативной подсудности, установленной Варшавской или Монреальской конвенцией для перевозчика по договору. Однако ст. VIII Гвадалахарской и, соответственно, ст. 46 Монреальской конвенции устанавливается дополнительный вариант подсудности: иск к обоим перевозчикам может быть предъявлен в суде по месту жительства фактического перевозчика или по месту нахождения его основного коммерческого предприятия. Таким образом, возможна ситуация, когда иск может быть предъявлен одному из перевозчиков в суде страны, где у него нет ни того ни другого. Однако если фактический и договорный перевозчик по определению кооперируются в предоставлении транспортных услуг, очевидно, у них должно иметься некое коммерческое соглашение, облегчающее друг другу возможность обеспечить свою защиту в суде по месту нахождения партнера.

8.5.4. Коллизионные вопросы

Вопрос о применении внутреннего права государств является весьма существенным в области регулирования международных воздушных перевозок, поскольку положения Монреальской 1999 г. и Варшавской 1929 г. конвенций об условиях воздушных перевозок довольно кратко и требуют восполнения имеющихся пробелов. Кроме того, имеются страны, которые по разным причинам не ратифицировали или не присоединились ни к документам Варшавской системы, ни к Монреальской конвенции. Существует также достаточно многочисленная группа государств, которая участвует либо в Варшавской конвенции 1929 г., либо в Гаагском протоколе 1955 г. В силу п. 2 ст. XXI и п. 2 ст. XXIII Гаагского протокола ратификация или присоединение к нему государства, не состоящего в Варшавской конвенции, не означает присоединения к самой Конвенции, что исключает возможность применения документов Варшавской системы к перевозкам, между государством - участником Гаагского протокола и государством - участником Варшавской конвенции. В общих чертах вопрос о праве подлежащему применению в этих случаях был рассмотрен выше.

Сами конвенции также содержат нормы, отсылающие к внутреннему законодательству государств-участников. Конвенциями предусмотрено несколько коллизионных привязок, отсылающих к закону суда, рассматривающего спор. Отсылочные нормы активно используются, однако они касаются лишь немногих частных вопросов. Согласно Монреальской конвенции закон суда применяется при возмещении судебных издержек и других расходов истца по судебному разбирательству, которые могут присуждаться сверх установленных лимитов ответственности перевозчика (п. 6 ст. 22). Этим же законом определяются процедура рассмотрения исков (п. 4 ст. 33) и порядок исчисления срока исковой давности (п. 2 ст. 35). В Монреальской конвенции появилась новая коллизионная норма, отсылающая к закону государств - участников Конвенции в отношении определения в национальной валюте сумм пределов

ответственности перевозчика, установленных в специальных правах заимствования МВФ и специальных золотовалютных единицах (п. п. 1 и 2 ст. 23). Вместе с тем некоторые коллизионные нормы, имевшиеся в Варшавской конвенции, теперь отсутствуют в Монреальской конвенции. Это произошло за счет урегулирования соответствующих правоотношений в самом тексте Конвенции и относится к рассмотренным выше положениям о смешанной вине. Другая коллизионная норма Варшавской конвенции - о возможности выплаты возмещения в виде периодических платежей в Монреальскую конвенцию - не вошла за отсутствием необходимости.

8.6. Правовое регулирование перевозок грузов с участием нескольких перевозчиков и видов транспорта

В перевозке может участвовать не один вид транспорта. Если такая перевозка осуществляется по единому транспортному документу, она именуется **прямым смешанным сообщением** или **комбинированной перевозкой**.

Договор перевозки в прямом смешанном сообщении заключает перевозчик, принявший груз к перевозке. При этом грузоотправитель освобождается от обязанности передавать груз с одного вида транспорта на другой <1>. Перевозка оформляется транспортной накладной, прямым (сквозным) коносаментом или иным документом смешанной перевозки, проформы которых вырабатывают транспортные организации и экспедиторские фирмы. Эти документы сопровождают груз на всем пути следования и выдаются вместе с грузом грузополучателю конечным перевозчиком. Содержание этих документов различно, а отдельные их положения часто оказываются в противоречии с императивными нормами национального законодательства.

<1> См.: Комментарий к части второй Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Под ред. О.Н. Садикова. М., 2006. С. 217.

Международные конвенции в области транспортного права на отдельных видах транспорта дают указания о том, что в случае смешанных перевозок их положения применяются к перевозке тем видом транспорта, к которому они относятся. Стороны договора в случае смешанной перевозки могут включить в перевозочный документ условия, относящиеся к перевозкам иными видами транспорта, при условии, что положения соответствующей конвенции должны применяться к перевозке, составляющей предмет ее регулирования (Варшавская 1929 г. и Монреальская 1999 г. конвенции). Женевская конвенция 1956 г. (ЦМР) применяется ко всей перевозке в целом, когда автотранспортное средство, содержащее груз, часть пути следует по морю, железной дороге, внутреннему водному или воздушному пути и груз с транспортного средства не перегружается. Однако если доказано, что ущерб причинен во время перевозки другим видом транспорта и он был вызван событием, которое могло на нем произойти, ответственность автомобильного перевозчика определяется не ЦМР, а так, как она определялась бы при перевозке этим другим видом транспорта. Эта так называемая сетевая система ответственности содержится и в Гаагских правилах 1921 г. <1>.

<1> Подробнее см. п. 8.7.1 настоящей главы.

КОТИФ дает возможность использовать единый перевозочный документ (накладную ЦИМ) как на железнодорожном участке пути, так и на морском и внутреннем водном, при условии включения соответствующих морских и внутренних судоходных линий в перечень ЦИМ.

В современной зарубежной практике смешанных перевозок и при перевозке внешнеторговых грузов в Российской Федерации нашла применение новая юридическая конструкция договорных отношений смешанного сообщения. Организацию перевозок берет на себя оператор смешанной перевозки (ОСП), в качестве которого, как правило, выступает либо крупная транспортная организация, являющаяся первым перевозчиком или одним из них, либо экспедиторская компания. ОСП заключает договор перевозки с грузовладельцем и несет перед ним ответственность за всю транспортировку груза привлеченными им перевозчиками. В случае несохранности груза или просрочки его доставки ОСП возмещает грузовладельцу причиненный ущерб, а затем в порядке регресса привлекает к ответственности перевозчика, на участке которого возникли убытки.

Эту систему приняла за основу Женевская конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов 1980 г., разработанная в рамках ЮНКТАД. В силу она не вступила, поскольку ориентировалась на Гамбургские правила 1978 г. <1>, направленные на ужесточение ответственности перевозчика, и предлагала единую, а не "сетевую систему" такой ответственности. Однако Конвенция оказала существенное влияние на развитие правового регулирования в этой области.

<1> Подробнее см. п. 8.7.2 настоящей главы.

В частности, с учетом многих положений Конвенции Международная торговая палата совместно с Секретариатом ЮНКТАД в 1991 г. приняла Унифицированные правила для документа на смешанную перевозку (публикация ICC N 481). На основе Унифицированных правил создаются типовые транспортные документы: Коносамент ФИАТА (Международная федерация экспедиторских ассоциаций, **Federation Internationale des Associations de Transitaires et Assimiles**) на смешанную перевозку груза, Коносамент Multidoc-95, разработанный БИМКО (Балтийский и международный морской совет, **Baltic and International Maritime Council**) и др. Коносамент на смешанную перевозку - это документ, подтверждающий заключение договора смешанной перевозки. Он может быть оформлен электронным способом, если это допустимо нормами применимого права.

Ответственность оператора за груз, перевозимый на условиях стандартного коносамента, охватывает время от момента принятия оператором груза до момента его выдачи получателю. Оператор несет ответственность за утрату или повреждение груза, а также за задержку в доставке, если причины, приведшие к этому, имели место во время нахождения груза в ведении оператора и если оператор не докажет, что несохранность груза или задержка в доставке произошли не по его вине, а также не по вине лиц, за действия которых ОСП несет ответственность. Если груз перевозится морем, ОСП освобождается от ответственности за навигационную ошибку, а также в случаях, перечисленных в ст. 4 Гааго-Висбийских правил <1>.

<1> Подробнее см. п. 8.7.1 настоящей главы.

Оператор несет ответственность за задержки доставки груза, только если отправитель сделал заявление о своей заинтересованности в доставке с отметкой в коносаменте. Если груз не был доставлен в течение 90 дней с даты его принятия к перевозке, груз считается утерянным.

Ответственность оператора за несохранность груза не может превышать 666,67 СДР за место груза либо 2 СДР за 1 кг веса брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая сумма выше. Однако если договор перевозки груза в смешанном сообщении не предусматривает перевозку водным транспортом, ответственность оператора ограничивается суммой 8,33 СДР за 1 кг веса брутто несохранного груза. Если установлено, что утрата или повреждение груза произошли на конкретном участке перевозки, то ограничение ответственности ОСП определяется применяемой при такой перевозке международной конвенцией или императивной нормой национального права.

Если ОСП несет ответственность за задержку доставки груза, его ответственность ограничивается стоимостью платы по договору смешанной перевозки.

Оператор в любое время имеет залоговое право на грузы и на относящиеся к этим грузам документы в сумме, которую клиент должен оператору, включая расходы по складированию и хранению.

Стандартные условия коносамента предусматривают претензионный порядок урегулирования разногласий между оператором и грузовладельцем. Уведомление об утрате или повреждении груза должно быть заявлено оператору грузополучателем в письменной форме в момент выдачи груза либо в течение шести дней с момента выдачи, если утрата или повреждение груза неочевидны. Срок исковой давности по искам к оператору установлен в девять месяцев со дня выдачи груза или со дня, когда груз считается утраченным. Иски к оператору должны предъявляться только по месту его нахождения и рассматриваться в соответствии с законом страны местонахождения основного коммерческого предприятия оператора.

Возможно, что со временем для правового регулирования перевозок грузов в смешанном сообщении с участием морского транспорта важнейшее значение приобретут Роттердамские правила - новая Конвенция о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов 2008 г. <1>. Из самого названия Конвенции вытекает, что в рамках договора морской перевозки груза может осуществляться перевозка не только морским видом транспорта. В регулировании ответственности перевозчика за несохранность груза за пределами участка морской перевозки применяется принцип сетевой системы.

<1> Подробнее см. п. 8.7.3 настоящей главы.

8.7. Международные морские перевозки груза

Для России морские перевозки имеют большое значение как в обеспечении внутригосударственных перевозок, так и во внешнеэкономической деятельности. Наша страна не является, конечно, в этом

отношении исключением. Основная масса грузов в международной торговле перевозится морским транспортом.

В современном международном частном морском праве разработано три международных конвенции, призванные унифицировать регулирование международной морской перевозки груза.

8.7.1. Гааго-Висбийские правила

Главным источником регулирования отношений в связи с морской перевозкой грузов в праве России - и в праве большинства иных участников международной торговли - до настоящего времени является Международная конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте, заключенная в Брюсселе 25 августа 1924 г., - этот документ идейно и технически опирается на закон США, принятый в конце XIX в. ("Хартер акт", о нем несколько слов будет сказано далее). Но при этом именно Брюссельская конвенция 1924 г. составляет одну из основ современного международного частного морского права.

Конвенция 1924 г. изменялась Протоколами от 23 февраля 1968 г. и от 21 декабря 1979 г. Россия участвует в этой Конвенции с 1999 г. в редакции Протокола 1979 г. <1>.

<1> Федеральный закон от 17 декабря 1998 г. N 17-ФЗ "О присоединении Российской Федерации к Протоколу об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 года, измененной Протоколом от 23 февраля 1968 года" // СЗ РФ. 1999. N 2. Ст. 244.

Несмотря на то что Конвенция 1924 г., если судить по ее названию, должна быть посвящена регулированию коносаментов, в действительности она содержит совсем немногочисленные правила (п. 3 и отчасти п. 7 ст. 3), посвященные собственно этому виду ценных (оборотных) бумаг.

В действительности Конвенция посвящена регулированию прав и обязанностей сторон договора морской перевозки грузов и ответственности за нарушение этих обязанностей. При этом ответственность морского перевозчика грузов - главный предмет внимания этого международного договора.

В правовой литературе правила, составляющие Конвенцию 1924 г., и национальные законодательные акты, инкорпорирующие положения этой Конвенции, принято называть Гаагскими правилами.

Это связано с тем, что документ, принятый на заседании Комитета морского права (в настоящее время - Международный морской комитет, ММК) 2 сентября 1921 г., назывался "Гаагские правила 1921". Заседание это проводилось в рамках работы Гаагской конференции Ассоциации международного права <1>. Гаагские правила также были одобрены этой Конференцией 3 сентября 1921 г. <2>. Новая редакция Правил была принята в октябре 1922 г. на Лондонской конференции ММК <3>.

<1> The Travaux Préparatoires of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading of 25 August 1924, the Hague Rules and of the Protocols of 23 February 1968 and 21 December 1979, the Hague-Visby Rules. Comité Maritime International (CMI). Antwerpen, 1997. P. 30.

<2> Ibid. P. 32.

<3> Ibid. P. 42, 45.

Сначала предполагалось, что Правила будут являться типовыми условиями, подлежащими применению вследствие ссылки на них в коносаменте. Вскоре, однако, встал вопрос о разработке международной конвенции, которая придаст Гаагским правилам принудительный характер. Первая редакция Конвенции была рассмотрена созванной правительством Бельгии Пятой дипломатической брюссельской конференцией по морскому праву в октябре 1922 г. <1>. Затем измененный ММК текст был в августе 1924 г. еще раз одобрен Пятой дипломатической конференцией, возобновившей для этой цели свою работу <2>.

<1> Ibid. P. 45.

<2> Knauth Arnold Whitman. The American Law of Ocean Bills of Lading. 4th ed., rev. and enl. Baltimore, 1953. P. 126 - 127.

Конвенция стала одним из самых успешных в истории опытов унификации в области международного частного права. К Конвенции 1924 г. с учетом последующих ее редакций в разное время присоединилось 94 страны и территории <1>.

<1> Status of the Ratifications of and Accessions to the Brussels International Maritime Law Conventions //

CMI Yearbook 2010. Antwerpen, 2011. P. 569 - 578.

Гаагские правила 1921 г. были разработаны под существенным влиянием законодательной практики США. Именно в этой стране в 1893 г. был принят Акт, относящийся к судовождению, коносаментам и к некоторым обязательствам и правам, в связи с перевозкой имущества <1>. Основной целью этого Закона стало законодательное ограничение свободы договора, заключаемого с публичным перевозчиком (**common carrier**). Этот Закон больше известен по имени сенатора Майкла Хартера, внесшего на рассмотрение Конгресса США проект этого Закона, - "Хартер акт". Основные черты регулирования ответственности перевозчика, установленные "Хартер акт", были восприняты и Гаагскими правилами.

<1> An Act Relating to Navigation of Vessels, Bills of Lading and to Certain Obligations, Duties and Rights in Connection with the Carriage of Property (приводится по: Knauth Arnold W. Op. cit. P. 13).

Гаагские правила - изящно краткий документ или их вариант, включающий последующие изменения или дополнения, составляют основу законодательного регулирования большинства современных государств, участвующих в международной морской торговле. Язык Гаагских правил - в значительной степени язык мышления современных морских юристов.

Протокол об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаментах, подписанной в Брюсселе 25 августа 1924 г., принятый в Брюсселе 23 февраля 1968 г., был также разработан ММК <1>.

<1> The Travaux Préparatoires of the International Convention for the Unification of Certain Rules of Law Relating to Bills of Lading of 25 August 1924, the Hague Rules and of the Protocols of 23 February 1968 and 21 December 1979, the Hague-Visby Rules. P. 71.

Проект Протокола был рассмотрен в 1963 г. на Стокгольмской конференции ММК. Конференция в знак уважения к этому городу Ганзейского союза одобрила Протокол в г. Висби на шведском острове Готланд <1>. Отсюда общепринятое название документа "Правила Висби". Гаагские правила, измененные Правилами Висби, часто именуются Гааго-Висбийскими правилами. При этом имеется в виду в первую очередь то обстоятельство, что Правила Висби являют собой лишь изменения к Гаагским правилам. В соответствии со ст. 6 Протокола 1968 г. Конвенция 1924 г. и Протокол 1968 г. должны рассматриваться в качестве единого документа <2>. По этой причине в дальнейшем изложении применительно к современному тексту Конвенции будет преимущественно использовано название "Гааго-Висбийские правила".

<1> Treitel Günter Heinz, Francis Martin Baillie Reynolds. Carver on Bills of Lading. 3rd [rev. and updated] ed. London, 2011. P. 624, par. 9-065.

<2> Здесь и далее сведения о Конвенции 1924 г. (с. 48 - 58) и Протоколе к ней 1968 г. (с. 60 - 67) и русских переводах этих документов приводятся по: Многосторонние международные соглашения о морском транспорте (условия морских перевозок): Сборник / Сост. и авт. вступ. ст. А.Л. Маковский; под ред. Г.А. Маслова. М., 1983.

Сфера применения Гааго-Висбийских правил определена в их ст. 10. В соответствии с ней эти Правила применимы, во-первых, в отношении коносамента, когда он выдан в государстве - участнике Конвенции; во-вторых, Правила подлежат применению, если перевозка осуществляется из порта, находящегося в государстве - участнике Конвенции; также Правила подлежат применению, если это предусмотрено самим договором перевозки. Гааго-Висбийские правила прямо допускают расширение сферы своего применения национальным законодательством стран - участниц Конвенции. Из п. "b" ст. 1 Гааго-Висбийских правил следует, что эти Правила применяются по отношению к договору перевозки, удостоверенному коносаментам или любым подобным ему товарораспорядительным документом, являющимся основанием для морской перевозки грузов; Правила применимы также к коносаменту или подобному ему документу, выданному на основании чартера, с того момента, когда такой коносамент или документ регулирует отношения между перевозчиком и держателем этого коносамента или документа.

То обстоятельство, что объектом внимания составителей Гаагских правил стали именно перевозки по коносаменту, объясняется тем, что унификация, осуществленная путем принятия Брюссельской конвенции 1924 г., учитывала в первую очередь интересы сторон, которые нуждались в обеспечении стабильного оборота коносаментов как товарораспорядительных документов. В их числе могут быть названы в первую очередь банки - плательщики по аккредитиву и страховщики груза <1>. Именно эти

участники рынка крайне заинтересованы в том, чтобы коносамент не был пустой бумагой. Для этого договор морской перевозки, в отношении которого выдавался коносамент (или иной товарораспорядительный документ), не должен был содержать условия, чрезмерно ограничивающие ответственность перевозчика. Договор должен был обеспечивать действительную заинтересованность перевозчика в обеспечении сохранности груза.

<1> Такая точка зрения высказывалась ранее в отечественной правовой литературе. В работе: Авсов Ю.А., Егорьев В.В., Кейлин А.Д. Морское право СССР / Под ред. Э.Ф. Розенталя. М.; Л., 1932. С. 49 - отмечалось: "...Гаагские правила устанавливают принудительную норму ответственности перевозчика, исходя из стремления укрепить в интересах банков значение коносамента как товарораспорядительной бумаги...".

Проблемой стало то, что в эпоху парового линейного судоходства перевозчики стали доминировать на рынке, стали сильной стороной правоотношения и получили возможность во всевозрастающей степени уменьшать бремя своей ответственности по договору. Для этого применялись условия, ограничивающие или исключаящие ответственность перевозчика при наступлении тех или иных обстоятельств. Законодатель по этой причине счел за благо ограничить автономию воли сторон в данной области.

Само понятие договора морской перевозки груза в современном праве возникло в связи с необходимостью определения круга правоотношений, подлежащих строго императивному регулированию. Впрочем, и Гаагские правила не дают общего понятия договора перевозки, лишь позволяя практике и национальному закону определить его исходя из общего смысла Конвенции 1924 г. Конвенция говорит о договоре перевозке в п. "b" ст. 1 сугубо в прикладном смысле, для того чтобы опять-таки описать сферу своего регулирования ("договор перевозки применяется исключительно к договору перевозки, удостоверенному коносаментом или любым подобным ему документом, являющимся основанием для морской перевозки грузов...").

При определении сферы действия Гааго-Висбийских правил следует иметь в виду, что они применимы в отношении коносамента, удостоверяющего состоявшееся принятие груза к перевозке. Это бортовой коносамент, или коносамент, который приобрел качество бортового, т.е. коносамента, подтверждающего принятие груза к перевозке (п. 7 ст. 3).

В соответствии с п. "e" ст. 1 Гааго-Висбийские правила применяются "с момента погрузки грузов на борт судна до момента их выгрузки с судна" ("от талей до талей" или от "такелажа до такелажа"). При этом они применимы только в отношении грузов, перевозимых в трюме, но не палубных грузов. Также они не распространяются на перевозку живых животных (п. "c" ст. 1).

Большинство норм, кодифицированных Гааго-Висбийскими правилами, выработано фрахтовой практикой, язык Гаагских правил - язык коносаментных оговорок <1>. Это в первую очередь язык английской фрахтовой практики и язык английских коносаментных оговорок. Официальный текст Конвенции 1924 г. выполнен на французском языке, однако он представляет собой, по существу, не очень хороший перевод с английского. Влияние английского права и английской фрахтовой практики в десятилетия, предшествовавшие принятию Гаагских правил, на фрахтовую практику основных судовладельческих держав было столь велико, что даже во Франции многие документы, которыми оформлялась перевозка, составлялись на английском языке <2>.

<1> Stödter Rolf . Geschichte der Konossementklauseln. Hamburg, 1953. S. 97.

<2> Chauveau Paul. Traité de droit maritime. Paris, 1958. P. 520.

Влияние английского общего права на Гааго-Висбийские правила проявляется и в том, что обязательства перевозчика в них сформулированы не как обязательства по достижению цели, но как обязательства по проявлению должной заботы <1>.

<1> Scrutton Thomas Edward, Boyd Stewart Crauford, Burrows Andrew S., Foxton David. Scrutton on Charterparties and Bills of Lading. 20th ed. / By Stewart C. Boyd, Andrew S. Burrows and David Foxton. London, 1996. P. 205 - 207.

Как документ, выросший из фрахтовой практики, Гааго-Висбийские правила описывают ответственность перевозчика с использованием "каталога исключений" ответственности морского перевозчика. Этот "каталог исключений" представляет собой перечень случаев, в которых при соблюдении установленных к тому условий с перевозчика снимается ответственность за причиненные убытки. "Каталог" открывает знаменитое "правило о навигационной ошибке", составляющее одну из самых

характерных черт Гааго-Висбийских правил. Оно устанавливает, что ни перевозчик, ни судно не отвечают за потери или убытки, возникшие вследствие или явившиеся результатом действий, небрежности или упущений капитана, члена судового экипажа, лоцмана или служащих перевозчика в судовождении или управлении судном.

Это предписание Конвенции парадоксально и непривычно освобождает перевозчика от ответственности, в том числе и за упущения его - перевозчика - служащих.

В начале XX в., во время разработки и принятия Гаагских правил, не вызывала никаких сомнений обоснованность правила о навигационной ошибке как нормы, отражающей специфику деятельности морского транспорта. Судовождение представляет собой особую сферу деятельности, требующей специальных знаний, где малейшая ошибка могла привести и приводила к огромным убыткам. Кроме того, правило о навигационной ошибке представлялось разработчикам Конвенции в качестве важного элемента компромисса между интересами судовладельцев и грузовладельцев: перевозчики лишались возможности использовать в своих интересах принцип свободы договора, но взамен приобретали возможность освобождаться от ответственности за ошибки своих служащих в судовождении и управлении судном. Немаловажно было также и то, что на перевозчиков не возлагалось более бремя строгой обязанности предоставить судно в мореходном состоянии, как это было свойственно праву многих стран ранее <1>; перевозчик теперь должен был проявить должную заботу о приведении судна в мореходное состояние до начала рейса и в начале него (п. 1 ст. 3).

<1> Knauth Arnold W. Op. cit. P. 136.

Основными чертами это компромиссной системы ответственности, установленной Гааго-Висбийскими правилами и воспринятой большинством развитых современных национальных морских законодательств, являются следующие:

- ответственность морского перевозчика строится на строго понимаемом принципе презюмируемой вины;

- правила относительно ответственности морского перевозчика и исключения из его ответственности описаны детально и являются императивными;

- система распределения рисков построена на принципе, который предполагает, что перевозчик несет ответственность за ошибки в обращении с грузом, но не за навигационные риски, в частности перевозчик не отвечает за ошибки члена судового экипажа и лоцмана в судовождении и управлении судном.

Характер компромисса имело и монетарное ограничение пределов ответственности перевозчика, которое было установлено Гаагскими правилами. Перевозчик нес достаточно высокую ответственность за утрату или повреждение груза - 100 фунтов стерлингов за место или единицу груза. Однако, как правило, если только стоимость груза не была объявлена заранее или стороны не достигли согласия о более высоком пределе ответственности, он не мог нести ответственность в большем размере (п. 5 ст. 4 Гаагских правил).

Протокол 1968 г. оперировал уже золотой единицей исчисления пределов ответственности перевозчика - франком Пуанкаре (подп. "d" п. 5 Гааго-Висбийских правил). При этом Правила Висби дополнили Гаагские правила, введя еще один вариант исчисления пределов ответственности перевозчика - 30 франков за 1 кг веса утраченного или поврежденного груза (подп. "a" п. 5 ст. 4 Гааго-Висбийских правил).

Наконец, Протокол об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., измененной Протоколом от 23 февраля 1968 г. (Брюссель, 21 декабря 1979 г.) <1> (Протокол СДР), заменил валютную единицу для исчисления пределов ответственности морского перевозчика. Протокол использует для этой цели СПЗ МВФ (подп. "d" п. 5 ст. 4 Гааго-Висбийских правил в редакции Протокола 1979 г.). Для России действует редакция подп. "a" п. 5 ст. 4, в соответствии с которой, если характер и стоимость груза не были объявлены отправителем до погрузки и внесены в коносамент, ни перевозчик, ни судно ни в коем случае не отвечают за любые потери или повреждения, причиненные грузу или связанные с ним, в сумме, превышающей 666,67 расчетных единиц за место или единицу либо 2 расчетные единицы за 1 кг веса брутто утраченного или поврежденного груза, в зависимости от того, какая сумма выше.

<1> СЗ РФ. 2004. N 23. Ст. 2235.

В соответствии с Гааго-Висбийскими правилами решение вопроса, считается ли контейнер, поддон или иное подобное транспортное приспособление единицей груза, зависит от того, перечислены ли в коносаменте единицы груза в качестве упакованных в такое транспортное приспособление (подп. "c" п. 5

ст. 4).

Статья 4-бис Гааго-Висбийских правил вводит нормы, актуальные для тех правовых систем, в которых допускается конкуренция деликтного иска, иска из нарушения договора и исков из иных правооснований <1>. В соответствии с этой нормой ответственность агентов и служащих перевозчика подчиняется тем же правилами, что и ответственность самих перевозчиков. Правила Висби вводят эту норму для того, чтобы дать ответы на многие вопросы, которые встали перед судебной практикой. Речь, в частности, идет о так называемой Гималайской оговорке (**Himalaya clause**) <2>, которая в настоящее время включается по существу в каждый коносамент <3>. Свое название она получила по названию английского судебного дела **Adler v. Dickson (the Himalaya)** 1955 г., в котором рассматривался вопрос о возможности деликтного иска против капитана морского судна <4>. Интерпретация этих коносаментных оговорок в практике порождает и продолжает порождать известные сложности <5>.

<1> См., например, описание круга лиц, которым может быть подан иск в английском праве: Scrutton Thomas Edward. *Scrutton on Charterparties and Bills of Lading*: 20th ed. / By Steward C. Boyd, Andrew S. Burrows and David Foxton. Op. cit. 1996. P. 247.

<2> Тетлей В. Претензии и иски при перевозке грузов морем: морские требования по грузу. М., 1983 (по изд. 1978 г.). С. 278.

<3> Yiannopoulos A.N. Op. cit. P. 15.

<4> Тетлей В. Указ. соч. С. 281.

<5> Scrutton Thomas Edward. Op. cit. P. 248.

Гааго-Висбийские правила (п. 6 ст. 3) устанавливают годичный срок для предъявления иска с требованием в связи с потерей или убытком с момента доставки грузов или даты, когда они должны были быть доставлены. Поскольку речь идет "об освобождении от всякой ответственности", не исключено, что в данном случае мы имеем дело не просто со сроком исковой давности, но с преклюзивным сроком, истечение которого прекращает обязательство. При этом отсутствие немедленного уведомления о потерях или убытках создает презумпцию сдачи перевозчиком груза в соответствии с его описанием в коносаменте. Если потери или убытки не очевидны, уведомление должно быть направлено в течение трех дней с момента сдачи грузов. Письменное уведомление не требуется, если состояние груза в момент его получения было установлено совместно (п. 6 ст. 3).

Закон суда может устанавливать дополнительный срок для предъявления регрессного иска. Однако этот срок должен быть не менее трех месяцев со дня, когда лицо, предъявляющее регрессный иск, удовлетворило требование или получило уведомление о возбуждении процесса по иску к нему самому (п. 6-бис ст. 3 Гааго-Висбийских правил).

Это правило, очевидно, предназначено для защиты интересов перевозчиков, которые таким образом освобождаются от необходимости в течение длительного срока хранить сведения о произведенных перевозках.

Гаагским правилам сопутствовал успех, в короткий срок они были восприняты правовыми системами большинства развитых государств. Гаагские правила были учтены при составлении Положения о морской перевозке 1926 г. <1>, Кодекса торгового мореплавания (КТМ) СССР 1929 г. <2>, КТМ СССР 1968 г. <3>.

<1> Постановление ЦИК СССР, СНК СССР от 28 мая 1926 г. "Положение о морской перевозке" // СЗ СССР. 1926. N 39. Ст. 284.

<2> Кодекс торгового мореплавания Союза ССР, утв. Постановлением ЦИК СССР, СНК СССР от 14 июня 1929 г. // СЗ СССР. 1929. N 41. Ст. 366.

<3> Указ Президиума ВС СССР от 17 сентября 1968 г. N 3095-VII "Об утверждении Кодекса торгового мореплавания Союза ССР" // Ведомости ВС СССР. 1968. N 39. Ст. 351.

В России Гааго-Висбийские правила до настоящего момента не опубликованы официально в соответствии с установленным порядком и не переведены на русский язык. Это может поставить перед русскими судами нелегкую задачу при решении вопроса об их применении в свете предписаний п. 3 ст. 15 Конституции РФ. Эта норма Конституции устанавливает, что любые нормативные правовые акты, затрагивающие права, свободы и обязанности человека и гражданина, не могут применяться, если они не опубликованы официально для всеобщего сведения.

При присоединении к Брюссельской конвенции 1924 г. был опубликован только официальный русский перевод Протокола 1979 г., который содержит лишь некоторые нормы, изменяющие и дополняющие Конвенцию 1924 г., измененную Протоколом 1968 г. <1>. В отрыве от Гааго-Висбийских правил Протокол 1979 г. не может применяться.

<1> СЗ РФ. 2004. N 23. Ст. 2235.

Проблема отсутствия и официального перевода на русский язык Конвенции 1924 г. и официального ее опубликования является тем более существенной, что положения КТМ РФ 1999 г. <1> (гл. VIII), регулирующие морские перевозки грузов, не соответствуют вполне нормам Конвенции 1924 г. в редакции Протоколов к ней 1968 и 1979 гг.

<1> СЗ РФ. 1999. N 18. Ст. 2207.

8.7.2. Гамбургские правила

В 1978 г. на Конференции ООН по морской перевозке грузов, проходившей в Гамбурге с 6 по 31 марта 1978 г., была принята Конвенция ООН о международной морской перевозке грузов <1>. Правила Конвенции в соответствии с Резолюцией Конференции было рекомендовано именовать Гамбургскими правилами <2>.

<1> Тексты, принятые Конференцией ООН по морской перевозке грузов (Гамбург, 6 - 13 марта 1978 г.) (A.CONF.89/13) // Комиссия ООН по праву международной торговли: Ежегодник / ООН. Нью-Йорк, 1981. Т. IX: 1978 (A/CN.9/SER.A/1978).

<2> Резолюция, принятая Конференцией ООН по морской перевозке грузов (A.CONF.89/13, приложение III) // Комиссия ООН по праву международной торговли: Ежегодник / ООН. Нью-Йорк, 1981. Т. IX: 1978 (A/CN.9/SER.A/1978). С. 272.

Конвенция разрабатывалась рабочими группами Комитета по морским перевозкам, Конференции ООН по торговле и развитию (ЮНКТАД) <1> и Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) <2>.

<1> Доклад Генерального секретаря (A/CN.9/41) "Обзор работы по вопросам международного законодательства в области морских перевозок, проводимой различными международными организациями, и координация дальнейшей работы в этой области" // Комиссия ООН по праву международной торговли: Ежегодник / ООН. Нью-Йорк, 1971. Т. I: 1968 - 1970 (A/CN.9/SER.A/1970). С. 268 (п. 1).

<2> Доклад Комиссии ООН по праву международной торговли о работе ее второй сессии (1969 г.) (A/7618) // Комиссия ООН по праву международной торговли: Ежегодник / ООН. Нью-Йорк, 1971. Т. I: 1968 - 1970 (A/CN.9/SER.A/1970). С. 124 (п. 133).

Основная нагрузка по разработке проекта Конвенции легла на рабочую группу ЮНСИТРАЛ <1>. Представителем нашей страны в рабочей группе ЮНСИТРАЛ являлся С.Н. Лебедев <2>.

<1> Sweeney Joseph C. Introduction; Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute. International Regulation of Maritime Transportation / Ed. J.C. Sweeney. Fordham Law Institute, 1978. New York, 1978. P. XXXII.

<2> Доклад о работе второй сессии 22 - 26 марта 1971 г. (A/CN.9/55) "Рабочая группа по международному законодательству в области морских перевозок" // Комиссия ООН по праву международной торговли: Ежегодник / ООН. Нью-Йорк, 1972. Т. II: 1971 (A/CN.9/SER.A/1971). С. 155 (приложение 1).

Гамбургская конвенция 1978 г. определяет договор морской перевозки груза как договор, в соответствии с которым перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз морем из одного порта в другой (п. 6 ст. 1) <1>.

<1> Заключительный акт Конференции ООН по морской перевозке грузов (A/CONF.89/13). Приложение I // Конференция ООН по морской перевозке грузов, Гамбург, 6 - 31 марта 1978 г.: Официальные отчеты. Документы Конференции и краткие отчеты пленарных заседаний и заседаний (A/CONE.89/14). Нью-Йорк, 1981. С. 158.

Конвенция применяется к договорам морской перевозки между двумя различными государствами, если порт погрузки или порт разгрузки находятся в одном из договаривающихся государств или коносамент или другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, выдан в одном из

договаривающихся государств. Правила Конвенции также подлежат применению, если документ, подтверждающий договор морской перевозки, предусматривает, что договор перевозки должен регулироваться положениями Конвенции или законодательством любого государства, вводящим их в действие (ст. 2). Сфера применения Гамбургских правил несколько шире, чем у Гааго-Висбийских правил. Гааго-Висбийские правила не применяются к коносаменту, выданному на перевозку из порта государства, не участвующего в Гааго-Висбийских правилах, в порт государства, участвующего в этих Правилах (ст. 10). Гамбургские правила в такой ситуации подлежат применению.

Гамбургские правила не применяются по отношению к рейсовым чартерам (п. 3 ст. 2).

Гамбургские правила расширяют период ответственности перевозчика в сравнении с Гааго-Висбийскими правилами. Они основаны на принципе "от порта до порта" (ст. 4).

Живые животные могут быть предметом перевозки, но перевозчик не несет ответственности за любые особые риски, присущие этому виду перевозки (п. 5 ст. 5).

Разработчики Гамбургской конвенции 1978 г. отказались от использования "каталога исключений", т.е. примерного перечня обстоятельств, освобождающих перевозчика от ответственности. В отличие от Гааго-Висбийских правил, правило об ответственности перевозчика сформулировано в позитивной форме: "перевозчик несет ответственность...", тогда как в Брюссельской конвенции 1924 г. говорится о том, что "ни перевозчик, ни судно" не несут ответственности за ущерб при наличии определенных условий. Вместе с "каталогом исключений" из Конвенции исчезло и правило об исключении ответственности морского перевозчика за навигационную ошибку.

На первый взгляд громоздкие и казуистичные положения Гааго-Висбийских правил в Конвенции ООН были заменены краткой формулировкой п. 1 ст. 5: "Перевозчик несет ответственность за ущерб, явившийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в сдаче, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждение или задержку, имели место в то время, когда груз находился в его ведении, как это определено в статье 4, если только перевозчик не докажет, что он, его служащие или агенты приняли все меры, которые могли разумно требоваться, чтобы избежать таких обстоятельств или последствий" <1>. Это положение Конвенции должно рассматриваться в соответствии с Общей договоренностью, принятой Конференцией Организации Объединенных Наций по морской перевозке грузов: "Согласно общей договоренности ответственность перевозчика в соответствии с настоящей Конвенцией основана на принципе презюмируемой вины. Это означает, что, как правило, бремя доказывания возлагается на перевозчика, однако в определенных случаях положения Конвенции изменяют это правило" <2>.

<1> Здесь и далее сведения о Конвенции даются по: Заключительный акт Конференции Организации Объединенных Наций по морской перевозке грузов (A/CONF.89/13). Приложение I // Конференция ООН по морской перевозке грузов, Гамбург, 6 - 31 марта 1978 г.: Официальные отчеты. Документы Конференции и краткие отчеты пленарных заседаний и заседаний (A/CONF.89/14). Нью-Йорк, 1981. С. 158 - 165.

<2> Там же. Приложение III. С. 165.

Этих два приведенных правила Конвенции были призваны реформировать систему ответственности, установленную Гаагскими правилами.

Конвенция не решает прямо вопроса о характере ответственности перевозчика в соответствии с Гамбургскими правилами. Указание на то, что вина является условием наступления ответственности перевозчика, содержится в "Общей договоренности, принятой Конференцией Организации Объединенных Наций по морской перевозке грузов", правовой статус которой неясен хотя бы потому, что эта Общая договоренность не является частью Конвенции.

Гамбургские правила (ст. 6) существенно повысили предел ответственности морского перевозчика. Ответственность перевозчика за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, ограничивается 835 расчетными единицами за место или другую единицу отгрузки, либо 2,5 расчетной единицы за один килограмм веса брутто утраченного или поврежденного груза в зависимости от того, какая сумма выше. В соответствии со ст. 26 Конвенции под расчетной единицей следует понимать специальное право заимствования МВФ.

Статья 20 ("Исковая давность") Конвенции устанавливает двухгодичный срок исковой давности. Как видно, этот срок на год больше установленного Гааго-Висбийскими правилами.

Статьи 21 и 22 Конвенции ограничивают право сторон заключать соглашения о выборе суда или арбитража, в котором будет рассматриваться спор. Также соглашение без соблюдения условий, установленных этими статьями, могло быть заключено лишь после возникновения спора.

Гамбургская конвенция 1978 г. стала для своего времени передовым документом. Она предполагала использование многих интересных и важных решений актуальных проблем регулирования морской

перевозки грузов. Вместе с тем многие правовые решения, воплощенные в этой Конвенции, оказались неприемлемыми с точки зрения основных участников международной морской торговли. В итоге сложилось понимание, что ряд норм новой Конвенции ущемляют интересы морского перевозчика, нарушая равновесие в правовом положении сторон договора морской перевозки груза <1>. При этом имелись в виду в первую очередь новшества Конвенции относительно оснований и условий наступления ответственности морского перевозчика. Такое нарушение баланса интересов участников рынка произошло из-за непропорционально сильного влияния представителей развивающихся стран на процесс работы над проектом Конвенции и вследствие их преобладания на Гамбургской дипломатической конференции ООН. Понятно, что развивающиеся страны обычно не имеют значительного торгового флота. На судьбу Конвенции не могло не повлиять то, что она воспринимается в качестве "прогрузовладельческой" <2>.

<1> Иванов Г.Г., Калпин А.Г. К вопросу о международно-правовом регулировании отношений по морской перевозке грузов (итоги Конференции ООН по морской перевозке грузов): Информ. бюллетень / СЭВ. Бюро координации фрахтования судов. 1978. N 8 (170). С. 39; Yiannopoulos A.N. XIVth International Congress of Comparative Law: Current Developments Concerning the Form of Bills of Lading // Ocean Bills of Lading: Traditional Forms, Substitutes, and EDI Systems: XIVth International Congress of Comparative Law / Ed. by A.N. Yiannopoulos. The Hague, 1995. P. 8.

<2> Griggs Patrick J.S. Obstacles to Uniformity of Maritime Law. The Nicholas J. Healy Lecture // CMI Yearbook 2002. Antwerpen, 2002. P. 171.

В итоге Конвенция так и не стала значимым международно-правовым актом. Она набрала необходимое число ратификаций и вступила в силу <1>. В ней в настоящее время участвует 34 страны <2>, но среди ее участниц не найти ни одной значительной судовладельческой державы. Ситуация с подсчетом числа стран - участниц Гамбургской конвенции 1978 г. оказывается и вовсе запутанной в свете того, что значительная часть из них также участвует и в Конвенции 1924 г. или в одном из последующих протоколов к ней. И это несмотря на то, что ст. 31 Конвенции 1978 г. устанавливает обязательство денонсировать Конвенцию 1924 г.

<1> Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН 48/34 [по докладу Шестого комитета (A/48/613)] (A/RES/48/34) 1 February 1994.

<2> Статус конвенций и типовых законов. Записка Секретариата (A/CN.9/773, 30 April 2013) / Комиссия ООН по праву международной торговли, сорок шестая сессия. Вена, 8 - 26 июля 2013 г. С. 8.

Большинство государств - участников Гамбургских правил - развивающиеся государства, не играющие заметной роли в международной морской торговле. Многие из них вообще не имеют выхода к морю.

Вряд ли Гамбургские правила когда-либо станут основой регулирования отношений в международной морской торговле. К настоящему времени они уже рассматриваются в качестве устаревшего и не отражающего многие современные технологические достижения в области морских перевозок документа, в частности контейнеризацию <1>.

<1> Griggs Patrick. Maritime Transportation Law - Renewed Efforts at Uniformity // CMI News Letter. 1999. N 3. P. 10.

8.7.3. Роттердамские правила

Несмотря на впечатляющий успех Гаагских правил, современное регулирование международных морских перевозок грузов в праве различных стран остается в существенных деталях неунифицированным. Во-первых, не все страны присоединились к разработанным Международным морским комитетом протоколам от 1968 г. и 1979 г. к Брюссельской конвенции 1924 г. Часть стран присоединилась к Протоколу 1968 г., но не присоединилась к Протоколу 1979 г.

Во-вторых, в последние годы в некоторых странах (Аргентине, Австралии, Канаде, Новой Зеландии, Южной Кореи, Китае, Японии, Венесуэле, Скандинавских странах) <1> принимаются новые законы, регулирующие морскую перевозку грузов. Все эти законы, сохраняя основы регулирования, установленные Гааго-Висбийскими правилами, включают многие существенные заимствования из более современных Гамбургских правил. Представляется, что и внутринациональное право России является примером такого "гибридного" законодательства. На путь разработки такого закона в свое время встали

США <2>.

<1> Berlingieri Francesco. Uniformity of the Law of the Carriage of Goods by Sea - Report on the Work of the International Sub-Committee // CMI News Letter. 1999. N 2. P. 1; Maritime Code of the People's Republic of China. Beijing, 1993. P. 13 - 33; Mason Anthony. The FS Dethridge Memorial Address 1997, Harmonisation of Maritime Laws and the Impact of the International Law on Australian Maritime Law // Maritime Law Association of Australia and New Zealand Journal. 1999. Vol. 14. Part 1. P. 14 - 21; Philip Allan. Scope of Application, Choice of Law and Jurisdiction in the New Nordic Law of Carriage of Goods by Sea // Modern Issues in European Law: Nordic Perspectives: Essays in Honour of Lennart Palsson / Ed. by Göran Melander. Stockholm, 1997. P. 173; Selvig Erling. The International Shipping Law of the 20th Century under Pressure // CMI News Letter. 2000. N 1. P. 7; Weitz Leslie Tomasello. The Nautical Fault Debate (the Hamburg Rules, the U.S. COGSA 95, the STCW 95 and the ISM Code) // Tulane Maritime Law Journal. 1998. Vol. 22. N 2. P. 589.

<2> Tetley William. Reform of Carriage of Goods - The UNCITRAL Draft and the Senate COGSA'99 // Tulane Maritime Law Journal. 2003. Vol. 28. N 1. P. 18 - 33.

В-третьих, некоторые страны участвуют в системе регулирования, созданной Гамбургскими правилами.

В этой связи на повестке дня на рубеже веков оказался вопрос о необходимости разработки новой конвенции, которая смогла бы восстановить столь важное и отчасти утраченное единство правового регулирования международной морской перевозки грузов.

Работа над новой Конвенцией была начата ММК. Проект был передан ММК в ЮНСИТРАЛ <1> после трех с половиной лет работы над ним <2>. Первоначальный проект конвенции <3> испытал заметное влияние со стороны американского законопроекта <4>.

<1> CMI Draft Instrument on Transport Law // CMI Yearbook 2001. Antwerpen, 2001. P. 532 - 597.

<2> Tetley William. Op. cit. P. 5.

<3> Транспортное право: проект документа о [полностью или частично] [морской] перевозке грузов. Записка Секретариата (A/CN.9/WG.III/WP.32, 4 September 2003) / Комиссия ООН по праву международной торговли. Рабочая группа III (Транспортное право). 12-я сессия. Вена, 6 - 17 октября 2003 г.

<4> Tetley William. Op. cit. P. 2.

Работа над проектом конвенции шла в сотрудничестве ММК и ЮНСИТРАЛ <1>. ЮНСИТРАЛ на своем 887-м заседании 3 июля 2008 г. приняла решение рекомендовать Генеральной Ассамблее ООН принять Конвенцию ООН о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов на основе проекта, разработанного Комиссией <2>.

<1> News from the CMI Excerpts of the Minutes of the Executive Council Meeting Held in London, 12 November 1999 // CMI News Letter. 2000. N 1. P. 3.

<2> Доклад Комиссии ООН по праву международной торговли. 41-я сессия (16 июня - 3 июля 2008 г.) // Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. 63-я сессия. Дополнение N 17 (A/63/17). Нью-Йорк, 2008. С. 67 (п. 298).

Генеральная Ассамблея ООН на своем 67-м пленарном заседании 11 декабря 2008 г. Резолюцией 63/122 приняла Конвенцию <1>. Дипломатическая конференция для обсуждения и принятия Конвенции не созывалась. Генеральная Ассамблея решила провести по приглашению правительства Нидерландов церемонию открытия Конвенции для подписания 23 сентября 2009 г. в Роттердаме и рекомендовала называть правила, содержащиеся в Конвенции, Роттердамскими правилами <2>.

<1> Конвенция ООН о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов. Вена. Издание ООН NR.09.V.9, 2009. С. 1 - 3.

<2> Там же. С. 3.

Генеральный секретарь ООН в качестве депозитария Конвенции 11 октября 2012 г. обратил внимание на то, что аутентичные тексты Конвенции имеют ошибки, и исправил их <1>.

<1> Proposal of Corrections to the Original Text of the Convention (Arabic, Chinese, English, French, Russian and Spanish Authentic Texts) and to the Certified True Copies (Reference: C.N.563.2012.TREATIES-XI.D.8. Depositary Notification). 11 October 2012.

В соответствии со ст. 94 Конвенции она вступает в силу через год после ратификации или присоединения к ней 20 стран.

Понятие договора перевозки содержится в п. 1 ст. 1 Роттердамских правил. В соответствии с Конвенцией "договор перевозки" означает договор, по которому перевозчик за уплату фрахта обязуется перевезти груз из одного места в другое. Такой договор предусматривает морскую перевозку и может предусматривать перевозку другими видами транспорта в дополнение к морской перевозке <1> (концепция регулирования "море плюс").

<1> Здесь и далее текст Конвенции о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов приводится по изданию ООН NR.09.V.9. 2009.

Если Гааго-Висбийские и Гамбургские правила исключают свое действие в отношении иных, нежели морской, видов транспорта, то Роттердамские правила распространяют свое действие как на договор, предусматривающий морскую перевозку, так и на перевозку иными видами транспорта в дополнение к морской перевозке.

В отношении этапа, предшествующего морской перевозке или следующего за ней, Роттердамские правила уступают действию других международных документов (ст. 26).

Главное внимание разработчиков Роттердамских правил было, конечно, обращено на морскую перевозку груза. Однако Конвенция ООН 2008 г. содержит правила, касающиеся регулирования смешанной (мультимодальной) перевозки иными видами транспорта, если часть перевозки производится морским транспортом. Для этого Конвенция определяет сферу своего действия через понятия места получения груза и места сдачи груза (п. 1 ст. 5). Роттердамские правила предназначены для регулирования перевозки "от двери до двери". Это должно сделать удобным применение этих правил к мультимодальным контейнерным перевозкам.

Конвенция (п. 1 ст. 5) применяется к договорам перевозки, по которым место получения груза и место сдачи груза находятся в разных государствах и порт погрузки для морской перевозки и порт разгрузки для этой же морской перевозки находятся в разных государствах. Это правило действует, если согласно договору перевозки любое одно из следующих мест находится в государстве - участнике Конвенции: место получения груза; порт погрузки; место сдачи груза или порт разгрузки.

В отличие от предшествующих международных договоров новый международный документ не связывает своего действия с местом выдачи коносамента или иного транспортного документа. Не содержит он и указания на то, что его действие может проистекать из того, что к договору применимо национальное право страны - участницы Конвенции.

Конвенция не распространяется на чартеры, иные договоры на использование судна или любого пространства на нем (очевидно, речь идет о вместимости судна).

Конвенция не применяется в отношении договоров перевозки при нелинейных перевозках, за исключением случаев, когда не существует чартера или другого договора между сторонами на использование судна или любого пространства на нем или когда выданы транспортный документ или транспортная электронная запись (ст. 6).

Наряду с понятием перевозчика Роттердамские правила оперируют понятием "морская исполняющая сторона". Морская исполняющая сторона - это любое лицо, помимо перевозчика, которое исполняет или обязуется исполнить любое из обязательств перевозчика в соответствии с договором перевозки в отношении получения, погрузки, обработки, укладки, перевозки и хранения груза, ухода за ним, выгрузки или сдачи груза.

В соответствии с п. 7 ст. 1 морская исполняющая сторона означает исполняющую сторону в той мере, в какой она выполняет или обязуется выполнить любые обязательства перевозчика в период между прибытием груза в порт погрузки судна и его убытием из порта разгрузки судна. Морская исполняющая сторона солидарно с перевозчиком несет ответственность за утрату, повреждение груза или задержку в его доставке по общему правилу в течение периода, когда груз находился в ее ведении; правила, по которым определяется ответственность перевозчика, распространяются и на морскую исполняющую сторону (ст. ст. 19 и 20).

Конвенция ООН 2008 г. отказалась от традиционной терминологии, используемой для обозначения документов, оформляемых в связи с морской перевозкой груза (например, "коносамент", "чартер"). Она использует общее родовое понятие "транспортный документ" (п. 14 ст. 1), означающее документ, который выдан в соответствии с договором перевозки перевозчиком и который свидетельствует о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза в соответствии с договором перевозки, а также и свидетельствует о наличии договора перевозки или содержит такой договор.

Конвенция распространяется на любой транспортный документ вне зависимости от того, является он оборотным или необоротным. Документ признается оборотным, если из него понятно, что груз

отправлен приказу грузоотправителя, приказу грузополучателя или предъявителю (п. 15 ст. 1).

Разработчики Конвенции в попытке принять во внимание развитие бездокументарных оборотных документов ввели в нее понятие "транспортная электронная запись" (п. 18 ст. 1). Это понятие означает информацию, содержащуюся в одном или более сообщениях, которые были переданы перевозчиком с помощью электронной связи в соответствии с договором перевозки, и свидетельствующую о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза в соответствии с договором перевозки, а также свидетельствующую о наличии договора перевозки или содержащую такую договор.

В соответствии со ст. 8 Конвенции все, что подлежит включению в транспортный документ, может быть записано в транспортной электронной записи, при условии что выдача или последующее использование транспортной электронной записи осуществляется с согласия перевозчика и грузоотправителя.

Вслед за Гааго-Висбийскими и Гамбургскими правилами Роттердамские правила кладут в основу ответственности перевозчика принцип вины. Бремя отсутствия вины за утрату или повреждение груза, а также задержку в его сдаче возлагается на перевозчика (п. 2 ст. 17). Альтернативой доказыванию вины является доказывание одного из обстоятельств "каталога исключений ответственности перевозчика" (п. 3). В этом отношении Роттердамские правила вернулись к языку и системе Гааго-Висбийских правил. Новая Конвенция, однако, подобно Гамбургским правилам, не включает в этот "каталог" исключение ответственности за ошибочные действия служащих в судовождении и управлении судом.

Перевозчик несет ответственность за убытки, причиненные немореходностью судна, даже если предусмотрено его освобождение от ответственности по одному из оснований названного "каталога".

Статья 14 возлагает на перевозчика значительно более тяжкое бремя проявления "надлежащей осмотрительности до, в начале и во время морского рейса" в целях обеспечения и поддержания мореходного состояния судна. Гааго-Висбийские правила такую обязанность на перевозчика возлагают "перед рейсом и в начале его" (п. 1 ст. 3).

Роттердамские правила (ст. 25) указывают на три случая, когда груз может перевозиться на палубе. Это возможно, если такая перевозка требуется законодательством; или груз перевозится в или на контейнерах или транспортными средствами, которые приспособлены для перевозки на палубе, и палуба специально приспособлена для перевозки таких контейнеров или транспортных средств; или перевозка на палубе осуществляется в соответствии с договором перевозки или обычаями, обычкновениями или практикой в данной отрасли. Если перевозка палубного груза разрешена в соответствии с названными предписаниями, нормы Конвенции относительно ответственности перевозчика распространяются на эту перевозку.

Однако если утрата или повреждение груза либо задержка в его сдаче вызваны особыми рисками, связанными с его перевозкой на палубе, а перевозка на палубе производилась по требованию закона, в соответствии с договором или обычаями, обычкновениями или практикой, перевозчик от ответственности освобождается.

Конечно, введение в Роттердамские правила этих специальных предписаний относительно палубных грузов в большой степени обусловлено все большим распространением палубных перевозок в современных технологиях морских перевозок грузов. В первую очередь речь идет о контейнерных перевозках.

Как и Гааго-Висбийские правила, Роттердамские правила относительно ответственности перевозчика односторонне-императивные. Соглашением нельзя уменьшить бремя ответственности, лежащее на перевозчике. Статья 79 делает недействительным любое соглашение, прямо или косвенно исключающее или ограничивающее обязательства перевозчика или морской исполняющей стороны. Вместе с тем ст. 80 Роттердамских правил содержит исключение из этого принципа в отношении договоров об организации перевозок.

Следует учитывать, что термин "договор об организации перевозок", используемый в русском тексте Конвенции, по всей видимости, не вполне эквивалентен термину, используемому в нашем внутреннем праве - в ст. 798 ГК РФ, ст. 118 КТМ РФ. Так, п. 2 ст. 1 Конвенции признает за этим договором свойство договора перевозки ("договор перевозки, который предусматривает перевозку указанного количества груза серией партий в течение согласованного срока").

Это понятие в Конвенции восходит к американскому **volume contract** или **service contract** <1> - "договор о перевозке определенного количества (объема) груза". Подобренный в официальном русском тексте эквивалент "договор об организации перевозок" следует признать не вполне удачным и адекватно отражающим существо используемого Конвенцией понятия.

<1> См.: разд. 46 "Мореплавание", подразд. IV "Регулирование мореплавания", Ч.А. "Мореплавание", гл. 41 "Общие положения" (приводится по сайту Службы советника по ревизии законодательства (Office of the Law Revision Counsel) при Палате представителей Конгресса США:

<http://uscode.house.gov/download/pls/46C401.txt>).

Конвенция содержит специальные правила относительно живых животных и особых грузов (ст. 81). В отношении такого груза может быть заключено специальное соглашение, исходя из его характера, состояния или обстоятельств и условий, в которых осуществляется перевозка, если такой договор перевозки не касается обычных коммерческих поставок, осуществляемых в рамках обычной торговли, и если не выдается никакого обратного транспортного документа или обратной транспортной электронной записи для перевозки такого груза.

Конвенция ООН 2008 г. несколько повышает предел ответственности перевозчика в сравнении с Гааго-Висбийскими и Гамбургскими правилами. В соответствии с ее ст. 59 этот предел ограничивается 875 расчетными единицами (СПЗ МВФ) за место или другую единицу отгрузки или 3 расчетными единицами за 1 кг веса брутто груза в зависимости от того, какая сумма выше.

Размер компенсации за утрату или повреждение груза, обусловленные задержкой, ограничивается суммой, эквивалентной 2,5-кратному размеру фрахта. Общий размер суммы не может превышать предела, который был бы установлен в отношении полной утраты груза (ст. 60).

Роттердамские правила вводят аналог "оговорки Гималая", которая упоминалась выше. Средства правовой защиты перевозчика и ограничение его ответственности независимо от того, основывается ли иск на договоре, деликте или ином правоосновании, применяются в отношении перевозчика, морской исполняющей стороны, членов судового экипажа, служащих перевозчика или морской исполняющей стороны (ст. 4).

Роттердамские правила ограничивают право на предъявление иска двумя годами (ст. 62) со дня, в который перевозчик сдал груз, или в случае, когда груз не был сдан или была сдана только часть груза, в последний день, в который груз должен был быть сдан. Хотя в русском варианте Конвенции ст. 62 озаглавлена "Исковая давность", речь, скорее всего, идет о сроке, поражающем процессуальное право на предъявление иска, но не о сроке, влияющем на материально-правовое притязание <1>.

<1> Alcántara González José María, Hunt Frazer, Johansson Svante O., Oland Barry, Pysden Kay, Ramberg Jan, Schmitt Douglas G., Tetley William., Vidal Julio. Particular Concerns with Regard to the Rotterdam Rules // Cuadernos de Derecho Transnacional. 2010. Octubre. Vol. 2. N 2. P. 9 (<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/113/594>).

Конвенция включает гл. 14 "Юрисдикция" и 15 "Арбитраж", которые могут быть введены в действие заявлением страны - участницы Конвенции (ст. 74). Помимо прочего положения этих глав ограничивают усмотрение сторон в заключении соглашений о выборе компетентного суда или арбитража. В итоге стороны могут оказаться ограничены в праве подчинить спор компетенции суда или арбитража страны, обладающей развитыми и устойчивыми правовой и юрисдикционной системами. А это чрезвычайно важно именно в случае с такой специфической и чрезвычайно сложной категорией споров, как споры в области торгового мореплавания.

Роттердамские правила используют весьма сложный язык (для сравнения: в Роттердамских правилах 96 статей, в Гааго-Висбийских - 17). Кроме того, Конвенция в надежде добиться участия в ней США использует юридическую технику, в которой чувствуется влияние права этой страны <1>. Все это может породить затруднения в применении и унифицированном толковании Конвенции в судах разных стран - затруднения тем более существенные, что в значительном числе случаев суды и арбитражи не будут иметь возможности опираться на накопленную за многие десятилетия практику толкования Гаагских и Гааго-Висбийских правил.

<1> Ibid. P. 14.

Конвенция ООН 2008 г. уже стала предметом многоаспектной критики со стороны видных специалистов по частному морскому праву <1>. Так, предметом их беспокойства является общее допущение возможности договорного исключения ответственности перевозчика применительно к "договору об организации перевозок", в этом они усматривают поле для злоупотреблений <2>. Сомнения вызывает сама базовая идея Конвенции - "регулирование морской перевозки плюс", т.е. распространение правил Конвенции за пределы регулирования собственно морской перевозки грузов, хотя этот международный договор оказался и неспособен предложить полноценного нового правового режима регулирования мультимодальной перевозки <3>.

<1> Ibid. P. 5 - 15.

<2> Ibid. P. 6, 12 - 13.

<3> Alcántara González José María, Hunt Frazer, Johansson Svante O., Oland Barry, Pysden Kay, Ramberg Jan, Schmitt Douglas G., Tetley William, Vidal Julio. Particular Concerns with Regard to the Rotterdam Rules // Cuadernos de Derecho Transnacional. 2010. Octubre. Vol. 2. N 2. P. 6 - 7.

Не исключено, что крупнейшие участники международной морской торговли пойдут по пути разработки в рамках ММК новых протоколов к Брюссельской конвенции 1924 г., направленных на развитие регулирования морской перевозки груза в рамках системы Гааго-Висбийских правил. Такие протоколы могут воплощать в том числе и отдельные технико-юридические находки Роттердамских правил.

8.7.4. Внутреннее право России

Основным законодательным актом, регулирующим международные морские перевозки груза на уровне внутреннего законодательства в России, является КТМ РФ 1999 г. <1>. Применительно к действующему КТМ можно согласиться с суждением, которое ранее высказывалось применительно к КТМ СССР 1968 г. <2>, - гл. VIII "Договор морской перевозки груза" занимает центральное место в названной кодификации. Отечественное регулирование договора морской перевозки груза основано преимущественно на Гааго-Висбийских правилах. Из них российский закон почерпнул ключевые элементы системы регулирования ответственности морского перевозчика груза.

<1> СЗ РФ. 1999. N 18. Ст. 2207.

<2> Экспортно-импортные операции. Правовое регулирование / Ред. В.С. Поздняков. М., 1970. С. 205 (автор гл. XI "Морская перевозка грузов" - А.Л. Маковский).

Однако некоторые заимствования из Гамбургских правил позволяют признать правила гл. VIII КТМ РФ примером "гибридного" законодательства (совмещающего черты Гааго-Висбийских и Гамбургских правил).

Так, из Гамбургских правил в КТМ РФ вошли:

- правила относительно условий, при которых может производиться перевозка палубного груза (п. 1 ст. 138 КТМ, п. 1 ст. 9 Гамбургских правил);
- указание на то, что коносамент выдается по требованию грузоотправителя (п. 1 ст. 142 КТМ, п. 1 ст. 14 Гамбургских правил);
- указание на сведения о содержании коносамента (ст. 144 КТМ, ст. 15 Гамбургских правил);
- правила, относящиеся к коносаментным оговоркам в и их доказательственном значении (ст. 145 КТМ, ст. 16 Гамбургских правил);
- дополнительное указание на "единицу отгрузки" (п. 1 ст. 170 КТМ, п. 2 ст. 6 Гамбургских правил) для целей исчисления пределов ответственности перевозчика.

Помимо этого:

- каталог исключений ответственности перевозчика, соответствующий в основном Гааго-Висбийским правилам, дополнен указанием на меры по спасанию людей и разумные меры по спасанию имущества на море (п. 1 ст. 166 КТМ, п. 6 ст. 5 Гамбургских правил);
- вслед за Гамбургскими правилами КТМ РФ оперирует понятием фактического перевозчика и устанавливает правила относительно его ответственности (ст. 173 КТМ, ст. 10 Гамбургских правил);
- как и Конвенция 1978 г., КТМ позволяет взыскивать с перевозчика убытки не только за утрату, повреждение, недостачу груза, но и за задержку в его доставке (ст. 166, ст. 5 Гамбургских правил).

Сложно судить, насколько оправданно включение в текст национального закона норм Конвенции, не принятой основными морскими державами.

Другое необычное и не вполне понятное отличие КТМ от Гааго-Висбийских правил состоит в том, что его ст. 124 требует приведения судна в мореходное состояние непременно до начала рейса. Как было показано выше, Гааго-Висбийские правила требуют от перевозчика проявления разумной заботливости о приведении судна в мореходное состояние до начала рейса и в начале его (подп. "а" п. 1 ст. 3). То есть последние необходимые мероприятия по приведению судна в мореходное состояние международный договор вполне рационально позволяет осуществлять после выхода судна в рейс.

Следует учитывать, что в п. 4 ст. 15 Конституции РФ определено, что если международным договором России установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора. Это означает, в частности, что положения Гааго-Висбийских правил (с учетом положений Протокола 1979 г.) имеют приоритет перед нормами КТМ РФ и его гл. VIII. При этом, конечно, следует иметь в виду сложность в связи с отсутствием официальной публикации Конвенции в России, о чем речь уже шла выше.

Случаи, в которых надлежит применять правила КТМ РФ, относящиеся к морской перевозке грузов, в ситуациях, где на регулирование спорного правоотношения претендуют несколько право порядков, установлены коллизионными нормами КТМ РФ. Пункт 2 ст. 414 Кодекса применительно к договорам, регулируемым КТМ, устанавливает, что стороны могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по данному договору.

Подобно тому, как этот вопрос решается в Гааго-Висбийских правилах, предписания КТМ РФ в отношении ответственности морского перевозчика грузов, если перевозка груза осуществляется на основании коносамента, имеют характер свехимперативных (односторонне-императивных) норм (п. 1 ст. 175, п. 2 ст. 414). Соглашение сторон об избрании применимого права не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности перевозчика.

В соответствии с п. 2 ст. 418 КТМ РФ в отсутствие соглашения сторон об избрании применимого права отношения сторон договора морской перевозки груза регулируются законом государства, в котором учреждена, имеет основное место деятельности или место жительства сторона, являющаяся перевозчиком в договоре морской перевозки.

Обычай признается источником коллизионного регулирования в области торгового мореплавания (п. 1 ст. 414 КТМ).

Большинство норм гл. VIII КТМ РФ, посвященной морской перевозке грузов, действует как в каботажных перевозках, так и в международном сообщении. В соответствии с п. 1 ст. 4 КТМ под каботажем понимается перевозка и буксировка между портами России.

Статья 122 КТМ устанавливает, что к перевозкам грузов в каботаже не применяются правила об исключении ответственности перевозчика за навигационную ошибку лоцмана или члена экипажа судна (ст. 167), ограничении ответственности перевозчика - (ст. 170) и о предъявлении требования к агенту или служащему перевозчика - (п. 2 ст. 171). В этих случаях действуют общие предписания КТМ и общегражданского законодательства России.

Следует учитывать, что положения КТМ РФ и, соответственно, правила, регулирующие морскую перевозку грузов, распространяются на морские суда не только во время их плавания по морским путям, но и по внутренним водным путям; помимо этого КТМ применим и в отношении судов внутреннего плавания и судов смешанного (река - море) плавания во время их плавания по морским путям, а также по внутренним водным путям при осуществлении перевозок с заходом в иностранный морской порт (п. 1 ст. 3).

В морском праве России под договором морской перевозки груза понимается договор, по которому перевозчик обязуется доставить груз, который ему передал или передаст отправитель, в порт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (получателю); отправитель или фрахтователь обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату (фрахт) (п. 1 ст. 115 КТМ РФ).

Российское право различает два вида договоров морской перевозки грузов: договор с условием предоставления для морской перевозки груза всего судна, части его или определенных судовых помещений (чартер) или без такого условия (п. 2 ст. 115 КТМ).

Первый из названных договоров в практике обычно удостоверяется выдачей коносамента, второй - заключением договора рейсового фрахтования (чартера).

Видами договора перевозки груза в соответствии с КТМ РФ являются и реальный (возникающий в момент передачи груза перевозчику), и консенсуальный договоры (договор, который считается заключенным с момента достижения соглашения по всем существенным условиям договора). В этом отношении КТМ существенно отличается от ГК РФ. Глава 40 ГК признает договором перевозки груза только лишь реальный договор: "По договору перевозки груза перевозчик обязуется доставить вверенный ему отправителем груз в пункт назначения и выдать его управомоченному на получение груза лицу (получателю), а отправитель обязуется уплатить за перевозку груза установленную плату" (п. 1 ст. 785 ГК). Чартер же ГК РФ признается самостоятельным видом договора (ст. 787), отличным от договора перевозки.

Договор перевозки груза, воплощаемый бортовым коносаментом, доказывает существование реального договора. Рейсовый чартер доказывает заключение договора, квалифицируемого в качестве консенсуального.

Заключение чартера необходимо при осуществлении так называемых трамповых, т.е. нерегулярных, перевозок. Сторонам договора необходимо в этой ситуации определить все условия будущей перевозки. Эти условия обычно включают судно, которое будет исполнять перевозку или несколько перевозок, или основные требования, предъявляемые к судну, маршрут предполагаемой перевозки и многие другие условия договора, важные для сторон.

Заключение договора морской перевозки в линейном регулярном сообщении происходит вследствие сдачи груза перевозчику. Письменным подтверждением заключения договора является коносамент.

Обычно в таком случае коносамент является единственным письменным доказательством заключения договора перевозки. Согласование иных дополнительных условий перевозки, как правило, не является необходимым, поскольку важнейшие условия перевозки судами, осуществляющими перевозку на линии, известны обыкновенно заранее. Решение же многих других вопросов, регулируемых чартером, таких как согласование сроков подачи судна, сроков его погрузки и разгрузки, исчисление стапи и демереджа, применительно к линейным перевозкам не имеет никакого смысла.

Заключение чартера не только не исключает, но обычно, наоборот, предполагает выдачу коносамента в отношении принятого к перевозке груза.

Следует заметить, что иные типы договоров, также называемых договорами фрахтования (тайм-чартер или договор фрахтования судна на время (гл. X КТМ) и бербоут-чартер или договор фрахтования судна без экипажа (гл. XI КТМ)), в современном праве России не рассматриваются в качестве разновидностей договоров перевозки. Они относятся в терминах общегражданского законодательства к договорам аренды транспортных средств (§ 3 гл. 34 ГК).

Гаагские правила и Правила Висби оставляют решение вопроса о том, каковы требования, предъявляемые к коносаменту, на усмотрение национального права. Только оно в конечном итоге может дать ответ на вопрос, какой именно документ может рассматриваться в качестве коносамента и каковы его свойства. Из норм общегражданского законодательства мы можем узнать о коносаменте две важные вещи. Во-первых, коносамент является ценной бумагой (ст. 143 ГК). Во-вторых, коносамент признается товарораспорядительной ценной бумагой. При этом его передача приравнивается к передаче вещи (п. 2 ст. 224 ГК).

В ГК РФ ценной бумагой признается документ, удостоверяющий с соблюдением установленной формы и обязательных реквизитов имущественные права, осуществление или передача которых возможны только при его предъявлении (п. 1 ст. 142 ГК). Российское внутреннее право не устанавливает перечня обязательных реквизитов коносамента. Перечень "данных", включаемых в коносамент, в соответствии с п. 1 ст. 144 КТМ, по всей видимости, не может считаться таковым. В пользу этого говорит хотя бы то, что он является открытым. Суждение иного рода привело бы с неизбежностью к выводу, что значительная часть, если не большинство коносаментов, используемых во внешнеторговом обороте России, не являются коносаменентами, поскольку, например, не содержат указания на наименование перевозчика. По существу мы принуждены сказать, что в праве России понятие коносамента и его признаки можно вывести лишь на основе анализа общих свойств ценной бумаги, из обычаев (ст. 5 ГК) и при помощи аналогии закона и права (ст. 6 ГК).

С уверенностью можно судить о том, что коносамент должен быть составлен в письменной форме; что он должен содержать сведения, необходимые для идентификации и индивидуализации вверенного перевозчику груза и установления количества этого груза; он должен позволить установить судно, на котором производится перевозка, и маршрут морской перевозки. Наконец, документ, который может быть признан коносаментом, должен свидетельствовать о намерении лица, выдавшего его, придать ему свойства товарораспорядительного документа, например содержать наименование "коносамент".

Из общих свойств ценной бумаги мы должны заключить, что предъявление коносамента является условием исполнения обязательства перевозчика выдать груз уполномоченному лицу. Также мы можем отметить, что передача коносамента связывается в отечественном праве с передачей владения. Вслед за Г.Ф. Шершеневичем можно сказать, что передача товарораспорядительной бумаги устраняет необходимое для возникновения владения вручение вещи, заменяя его символической традицией <1>. Обоснованным представляется мнение В.А. Белова, что товарораспорядительный документ (а значит, и коносамент) воплощает обязательственное право требовать выдачи груза <2>.

<1> См.: Шершеневич Г.Ф. Курс торгового права. М., 2003 (по изд. 1908 г.). Т. II: Товар. Торговые сделки. С. 74.

<2> См.: Белов В.А. Передача права собственности на товар путем передачи товарораспорядительного документа // Законодательство. 1998. N 3. С. 14; СПС "Гарант".

Российское право устанавливает специфические и нетипичные для практики мирового торгового мореплавания правила относительно условий удостоверения обстоятельств, которые могут служить основанием для ответственности участников морской перевозки груза (ст. 402 КТМ). Закон требует составления для этого коммерческих актов, актов общей формы и иных актов аналогичного содержания по форме, утвержденной законодательством. Это требование, к счастью, неприменимо к удостоверению обстоятельств в иностранных портах. Хотелось бы надеяться, что наша судебная и арбитражная практика пойдет по пути ограничительного толкования данных норм закона в тех случаях, где этого будут требовать соображения правосудия и справедливости.

Для перевозок в каботаже до предъявления перевозчику иска обязательным является

предъявление перевозчику претензии (ст. 403 КТМ). КТМ РФ также ограничивает право на передачу права на предъявление иска и претензии (ст. 404). Такое право может быть только передано путем совершения переуступочной надписи на коносаменте или ином перевозочном документе отправителем получателю или наоборот, а также отправителем или получателем экспедитору либо страховщику.

КТМ РФ устанавливает годичный срок исковой давности к требованиям, вытекающим из договора морской перевозки груза (п. 1 ст. 408).

Если исчисление суммы требования зависит от расчетов по общей аварии, течение срока исковой давности приостанавливается на время со дня вынесения диспашером постановления о наличии общей аварии и до дня получения диспаши заинтересованным лицом (ст. 412 КТМ).

Глава 9. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ БАНКОВСКИХ СДЕЛОК

9.1. Общая характеристика международных банковских сделок

Современное состояние мировой экономики характеризуется возрастающим доминированием сфер предпринимательской деятельности, связанных с международным финансовым посредничеством, частью которого является международный банковский сектор.

Основными целями международного банковского сектора являются:

- аккумуляция денежных средств и дальнейшее их предоставление субъектам международных экономических отношений в виде кредитов;
- осуществление международных расчетов;
- финансирование внешнеэкономических сделок (торговое финансирование).

Международный банковский сектор обеспечивается механизмами финансовой инфраструктуры (коммуникационные, платежные, клиринговые, расчетные системы).

В институциональном аспекте международный банковский сектор характеризуется деятельностью международных (глобальных) банков и международных банковских групп (банковских холдингов), а также офшорных банков.

Таковы, в самом упрощенном виде, характерные признаки международного банковского сектора, понимание которых является важным для правового регулирования частноправовой составляющей - международных банковских сделок.

Правоотношения, возникающие при совершении международных банковских сделок, являются отношениями, осложненными иностранным элементом. Международные банковские сделки могут быть охарактеризованы как трансграничные (**cross-border**) сделки с участием банка или иного кредитного учреждения, обладающего специальной правоспособностью на осуществление банковской деятельности. Специальная правоспособность банка подтверждается лицензией или иным разрешением уполномоченного государственного органа. Трансграничность может проявляться следующим образом:

- при нахождении сторон международной банковской сделки в различных государствах (банк и клиент, банки при межбанковских сделках);
- при нахождении в различных государствах банков, входящих в синдикат (при синдицированном кредитовании);
- при нахождении в различных государствах финансовой инфраструктуры и обслуживаемых банков (платежная система и ее участники).

Международные банковские сделки также могут быть охарактеризованы как трансвалютные (**cross-currency**), когда сделка совершается в валюте, отличной от валюты, являющейся национальной для одной из сторон. Разновидностью трансвалютных сделок являются евровалютные (**euro-currency**) сделки, совершаемые в иностранной для обеих сторон сделки валюте <1>.

<1> Крупнейшим евровалютным рынком является Лондон. Противоположностью евровалютных сделок являются сделки с иностранной валютой (**foreign currency**), совершаемые в национальной для одной из сторон сделки валюте. Возможна также мультивалютность (**multicurrency**) при возможности совершения сделки в одной из нескольких валют.

Необходимо отметить следующие особенности, присущие правовому регулированию международных банковских сделок.

Важно учитывать, во-первых, роль международных принципов и стандартов, которые определяют рамочные требования к банковскому регулированию и надзору. В их числе можно отметить документы Банка международных расчетов <1> - Ключевые принципы эффективного банковского надзора, Ключевые принципы для системно значимых платежных систем, Всемирного банка - Принципы эффективной

несостоятельности и прав кредитора, ФАТФ <2> - 40 рекомендаций, 9 специальных рекомендаций.

<1> Bank for International Settlements, создан в 1930 г., штаб-квартира в г. Базеле, Швейцария.

<2> Межправительственная организация **Financial Action Task Force on Money Laundering - FATF**, создана в 1989 г., штаб-квартира в г. Париже, Франция.

Международный валютный фонд (МВФ) и Всемирный банк проводят оценку соответствия международным принципам и стандартам практики банковского регулирования и надзора различных стран в рамках Программы оценки финансового сектора (**FSAP**) <1>. Оценка и публикация отчетов осуществляются на добровольной основе (опубликовано более 700 отчетов). Для банковского сектора важную роль имеет находящийся за рамками **FSAP** документ Банка международных расчетов "Международная конвергенция измерения капитала и стандартов капитала: новые подходы" ("Базель II").

<1> Программа создана в 1999 г. в рамках МВФ.

Во-вторых, влияние норм международного регулирования финансовых услуг: для стран - членов ВТО действует Приложение по финансовым услугам к Генеральному соглашению по торговле услугами (ГАТС), в котором приведен перечень банковских услуг.

В-третьих, влияние норм европейского права: Директивы от 20 марта 2000 г. N 2000/12/ЕС "Об учреждении и ведении бизнеса кредитными учреждениями" (в редакции Директивы N 2006/48/ЕС, интегрирующей в европейское право требования "Базеля II"), Директивы от 19 мая 1998 г. N 98/26/ЕС "Об окончательности расчета в платежных системах и системах расчета по ценным бумагам", Директивы от 6 июня 2002 г. N 2002/47/ЕС "О соглашениях финансового обеспечения".

В-четвертых, влияние норм национального банковского регулирования, в частности:

1) норм банковского законодательства - приводят к возникновению у банков при совершении ими международных банковских сделок не только договорных обязательств, но и дополнительных публичных обязанностей, которые могут ограничивать правоспособность банка (например, через вид лицензии, обязательные нормативы или иные требования, касающиеся надежности и платежеспособности);

2) норм валютного законодательства - обуславливают возможности банка по совершению международных банковских сделок как количественно (по валюте сделки, срокам, суммам), так и качественно (по видам совершаемых сделок);

3) норм законодательства о противодействии отмыванию доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма - обуславливают совершение международной банковской сделки выполнением определенных требований (идентификация, обязательный контроль, сообщение о подозрительных сделках и т.п.). Могут приводить к невозможности совершения международной банковской сделки (в силу права или обязанности банка отказать в совершении сделки при несоблюдении установленных требований или при ее подозрительности).

В-пятых, влияние норм законодательства об информационных технологиях: большинство межбанковских сделок совершаются путем обмена электронными сообщениями, в связи с чем возникают вопросы признания юридической и доказательственной силы таких сообщений. В некоторых случаях совершение сделки невозможно без использования электронных средств, например при оказании банковских интернет-услуг.

Говоря об источниках правового регулирования международных банковских сделок, можно отметить документы, разработанные:

- **Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ)**, в частности Нью-Йоркскую конвенцию о международных переводных векселях и международных простых векселях 1988 г., Нью-Йоркскую конвенцию о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г., Типовой закон о международных кредитовых переводах 1992 г., Правовое руководство по электронному переводу средств 1987 г.;

- **Международной торговой палатой**, в частности Унифицированные правила по договорным гарантиям 1978 г., Унифицированные правила по гарантиям с платежом по требованию 1993 г., Унифицированные правила по инкассо 1995 г., Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 2007 г.;

- **Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА)** - Оттавские конвенции 1988 г. о международном лизинге и международном факторинге.

Приведенный перечень источников позволяет сделать вывод о большой степени унификации (гармонизации) в сфере международных банковских сделок.

К международным банковским сделкам традиционно относятся международный кредитовый перевод, документарный аккредитив, документарный инкассо, банковская гарантия, международный

вексель. В связи с развитием современных информационных технологий и международной практики появились новые формы осуществления международных банковских сделок - электронный перевод, SWIFT, международный резервный аккредитив, кредитные сделки и др. <1>.

<1> Более подробный анализ правового регулирования международных банковских сделок см.: Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2009. (Серия "Библиотека центра исследований платежных систем и расчетов"); Кредитные организации в России / Под ред. Е.А. Павлодского. М., 2006. С. 235 - 244 (автор раздела - Л.А. Новоселова).

9.1.1. Правовое регулирование международного кредитового перевода

Международный кредитовый перевод по своей правовой природе представляет собой последовательность сделок, которая начинается с передачи перевододателем (инициатором) поручения перевода в свой банк, после чего может следовать серия межбанковских переводов между банками-корреспондентами (банками-посредниками), и заканчивается принятием поручения перевода к исполнению банком бенефициара в пользу бенефициара. Перевод является кредитовым, поскольку инициатива его совершения принадлежит плательщику (перевод, инициируемый бенефициаром, является дебетовым). Перевод является международным, если банки-участники расположены на территории различных государств (основной признак), а также если его предметом является предоставление перевододателем, расположенным на территории одного государства, в распоряжение бенефициара, расположенного на территории другого государства, определенной денежной суммы в согласованной сторонами валюте (факультативный признак).

Говоря об источниках правового регулирования международного кредитового перевода, необходимо указать на Типовой закон ЮНСИТРАЛ "О международных кредитовых переводах" 1992 г. (далее - Типовой закон) и Директиву Европейского Союза от 27 января 1997 г. N 97/5/ЕС "О трансграничных кредитовых переводах" (далее - Директива о кредитовых переводах).

Важнейшей частью Типового закона является определение обязанностей отправителя платежного поручения и банка-получателя, а также структуры ответственности сторон. Понятие "отправитель платежного поручения" включает в себя перевододателя кредитового перевода, обслуживающий его банк и банки-посредники. Все они объединены обязанностью направления своего платежного поручения следующему участнику перевода вплоть до банка-получателя, обслуживающего бенефициара. Банки (за исключением банка-бенефициара) выступают в отношении платежных поручений в роли как отправителей, так и получателей. Юридическим фактом, порождающим обязанность перевододателя произвести платеж, является акцепт со стороны банка-получателя. Расчет (операции списания и зачисления денежных средств по счетам) может прямо следовать за акцептом или быть обусловленным будущей датой (датой валютирования).

Типовой закон уделяет особое внимание определению момента окончательности платежа, т.е. момента, когда кредитовый перевод считается завершенным. В качестве такого момента ст. 6 Типового закона указывает на момент использования банком-получателем денежных средств, кредитованных на его счет, или, если они не используются, на следующий рабочий день банка после дня, на который кредитованные средства представляются для использования и банку-получателю становится известно об этом факте. Исключение составляет случай, когда банком-посредником является центральный банк, а также перевод на нетто-основе - окончательность наступает в момент окончательности расчета для банка-получателя.

Банк-отправитель, исполнивший свои обязательства перед банком-получателем, освобождается от ответственности за неполучение денежных средств бенефициаром. В то же время согласно ст. ст. 8 и 10 Типового закона обязанность банка-получателя наступает только после акцепта платежного поручения банка-отправителя. Поскольку кредитовый перевод завершается акцептом платежного поручения банком бенефициара в интересах бенефициара (ст. 19), то банк, не являющийся банком бенефициара, обязан выдать собственное платежное поручение. Банк-получатель обязан исполнить платежное поручение либо направить уведомление об отклонении в срок, установленный ст. 11 Типового закона. В противном случае банк-получатель считается акцептовавшим платежное поручение.

Согласно ст. 19 Типового закона по завершении кредитового перевода банк бенефициара становится должником бенефициара в размере акцептованного им платежного поручения. В данный момент банки-участники исполняют свои обязательства перед перевододателем, а перевододатель - перед бенефициаром. Что касается юридических последствий незавершения кредитового перевода, то банковской практикой была выработана такая мера правовой защиты, как гарантия возврата, которая

применяется по всей цепочке участников перевода. Эта цепочка начинается с банка перевододателя, который обязан возместить перевододателю сумму перевода с процентами за период, начинающийся со дня платежа и заканчивающийся в день возмещения средств, и заканчивается банком, не завершившим кредитовый перевод.

В соответствии с Директивой о кредитовых переводах существенным признаком надлежащего исполнения поручения перевода является исполнение в течение согласованного времени и в полном размере. В соответствии со ст. 6 Директивы о кредитовых переводах кредитное учреждение обязано исполнить поручение перевода в течение времени, согласованного с инициатором (бенефициаром). При нарушении согласованного периода времени или по истечении пятого банковского рабочего дня (за датой акцепта поручения или кредитования) кредитное учреждение обязано предоставить инициатору (бенефициару) компенсацию, включая проценты, за исключением случаев, когда нарушение произошло по вине самого бенефициара.

Размер ответственности кредитного учреждения инициатора в случае незавершения трансграничного кредитового перевода ограничен суммой 2500 евро, суммой процентов, а также сборов, уплаченных инициатором. Возмещение предоставляется инициатору в течение 14 банковских рабочих дней с даты его запроса (возможно после истечения согласованного периода или пятого банковского рабочего дня за датой акцепта). Кредитное учреждение инициатора освобождается от ответственности за незавершение перевода, если это явилось результатом ошибки или упущения в инструкциях инициатора либо неисполнения посредником, избранным инициатором, своих обязательств. Однако кредитное учреждение должно прилагать усилия по возврату суммы перевода. Если перевод не завершен из-за неисполнения своих обязательств посредником, избранным кредитным учреждением бенефициара, последнее обязано уплатить бенефициару сумму до 12500 евро. Посредник несет ответственность, если: 1) перевод не совершен в течение согласованного периода времени или по истечении пятого банковского рабочего дня, следующего за предполагаемой датой акцепта (ст. 6 Директивы), или 2) поручение на перевод исполнено ненадлежащим образом (ст. 8 Директивы). Посредник не несет ответственность за ошибки или упущения, вызванные инструкциями другого кредитного учреждения.

Новым этапом в регулировании кредитовых переводов стало принятие Директивы Европейского парламента и Совета N 2007/64/ЕС от 13 ноября 2007 г. о платежных услугах на внутреннем рынке. В соответствии с этой Директивой кредитовые переводы в рамках ЕС уже не рассматриваются в качестве трансграничных и должны осуществляться по единым правилам. В связи с этим в ней предусмотрено, что Директива о кредитовых переводах 1997 г. подлежит отмене с 1 ноября 2009 г.

Специальные коллизионные нормы, касающиеся международного кредитового перевода, содержатся на национальном уровне в ЕТК США (ст. 4А-507), а на международном - в Типовом законе. Несмотря на то что в ходе принятия Типового закона коллизионные нормы были исключены из основного текста и рекомендованы для факультативного использования государствами, их содержание представляет практический интерес. Общим подходом является привязка к праву страны, где находится сторона, осуществляющая решающее исполнение (место нахождения банка-получателя в отношениях с отправителем, банка бенефициара - в отношениях с бенефициаром).

9.1.2. Электронный перевод денежных средств. **SWIFT**

Бурное развитие информационных технологий и их широкое использование банками в своей деятельности привели к появлению такого понятия, как "электронный перевод денежных средств" (**electronic funds transfer, EFT**). Указанное понятие включает в себя, применительно к международному кредитовому переводу, возможность его осуществления с использованием электронных средств.

В 1987 г. ЮНСИТРАЛ было принято детальное Правовое руководство по электронному переводу денежных средств (**Legal Guide on Electronic Funds Transfer**, далее - Правовое руководство), которое сохраняет актуальность до настоящего времени. Правовое руководство содержит большое количество положений, касающихся договорных отношений участников электронного перевода и различных аспектов самого перевода. Электронный перевод определяется Правовым руководством (п. 6) как перевод, при котором одна или более операций в процессе такого перевода, ранее выполнявшихся при помощи бумажных документов, теперь осуществляется электронными методами. Наиболее важным из указанных методов является замена бумажного поручения перевода, подписанного собственноручной подписью, электронным сообщением, подписанным электронным способом, передаваемым по компьютерной сети. В связи с этим Правовое руководство устанавливает следующий перечень требований к таким поручениям перевода и обязательствам сторон:

- в отношении них применяется так называемое неофициальное установление подлинности (когда происходит только указание на источник) в отличие от официального (нотариального и т.п.) с целью облегчить доказывание фактов ненадлежащего исполнения, подделки подписи, ошибок или иных фактов;

- при использовании полной формы поручения перевода оно является единственным юридически значимым документом, достаточным для совершения перевода денежных средств, при сокращенной форме необходим оригинал поручения перевода;

- должны быть согласованы форматы поручений перевода в целях упрощения автоматизированной обработки и обеспечения совместимости при межбанковских расчетах; несоблюдение форматов банком-отправителем влечет его обязанность возместить ущерб банку-получателю вследствие допущенных ошибок и расходы по поиску и устранению нарушений;

- должны устанавливаться основания определения убытков и принципы их распределения с учетом применимых правовых средств ограничения ответственности банка-отправителя (оговорки в отношении оснований ответственности и видов убытков).

Правовое руководство следует рассматривать с учетом двух Типовых законов ("Об электронной коммерции" 1996 г., "Об электронных подписях" 2001 г.), принятых ЮНСИТРАЛ позднее и регулирующих общие вопросы придания юридической силы электронным сообщениям и электронным подписям <1>.

<1> См. также п. 6.5 настоящего тома учебника.

Главным международным оператором услуг электронного обмена финансовыми сообщениями является Сообщество международных интербанковских финансовых телекоммуникаций (**Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunication, SWIFT**), созданное в 1973 г. 239 банками из 15 стран в форме акционерного общества бельгийского права. Целью деятельности **SWIFT** является обеспечение надежного и безопасного электронного обмена стандартизированными финансовыми сообщениями, в частности сообщениями о денежных переводах.

Отношения **SWIFT** и пользователей регулируются Руководством пользователя **SWIFT (SWIFT User Handbook)**. Наибольший интерес с частноправовой точки зрения представляют "Общие положения и условия" (**General Terms and Conditions**), которые определяют взаимные обязательства **SWIFT** и пользователей, основания и пределы ответственности **SWIFT**.

В соответствии с общими положениями и условиями **SWIFT** обязуется предпринимать все оправданные с коммерческой точки зрения усилия для предоставления услуг и продуктов **SWIFT**, а также гарантирует аккurateное их предоставление в соответствии со сложившейся практикой. Вместе с тем **SWIFT** не дает никаких гарантий, что предоставление услуг и продуктов будет бесперебойным, безошибочным или что все дефекты будут устранены. **SWIFT** вправе приостановить предоставление услуг и продуктов полностью или частично по основаниям, предусмотренным общими положениями и условиями.

Общая ответственность **SWIFT** перед всеми пользователями по искам, предъявляемым в течение года в связи с предоставлением или использованием услуг и продуктов **SWIFT**, ограничена 10 млн. евро. Если общая сумма исков, предъявленных **SWIFT** в течение года, превышает данную сумму, то сумма каждого удовлетворенного иска должна быть уменьшена пропорционально той части, в которой данный иск относится к сумме всех удовлетворенных исков, предъявленных **SWIFT** в течение года.

9.2. Правовое регулирование документарных аккредитивов и документарного инкассо

9.2.1. Правовое регулирование документарных аккредитивов

Основным источником международно-правового регулирования документарных аккредитивов являются международные банковские обычаи. Прежде всего следует отметить ведущую роль Международной торговой палаты (МТП) в этой сфере. Попытки унификации обычаев и практики по документарным аккредитивам предпринимались еще в 20-е годы XX в. - это, например, Правила Нью-Йоркской банковской конференции 1920 г. Первый документ МТП появился в 1929 г. - Единообразные правила в отношении документарных аккредитивов (*Reglement Uniforme Relatif Aux Credits Documentaires*). В 1933 г. они получили свое нынешнее название - Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (**UCP**); они пересматривались в 1951, 1962, 1974, 1983, 1993 гг. В настоящее время действует редакция 2007 г. (публикация N 600, вступила в силу с 1 июля 2007 г.).

Правовая природа **UCP** в доктрине и судебной практике разных стран трактуется по-разному. Например, в США, где документарный аккредитив регулируется разд. 5 ЕТК, в некоторых штатах установлен приоритет **UCP** по отношению к ЕТК. В других штатах **UCP** применялось судами как свидетельство существующего обычая.

В английском праве **UCP** не имеют силы закона или статуса торгового обычая или обыкновения. Во Франции и Бельгии суды в ряде случаев признавали **UCP** в качестве обычаев, которые могут применяться

и в отсутствие прямо выраженной ссылки сторон на них.

В российской доктрине **UCP** признаются в качестве кодификации международных обычаев и обыкновений, осуществленной на негосударственном уровне <1>.

<1> См.: Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994. С. 238.

В **UCP-600** дается определение аккредитива как любого соглашения, как бы оно ни было названо или обозначено, которое является безотзывным <1> и представляет собой твердое обязательство банка-эмитента выполнить платеж по надлежащему представлению. В свою очередь надлежащее представление (**complying presentation**) означает представление документов, которое соответствует условиям аккредитива, применяемым положениям **UCP-600** и международной стандартной банковской практике. Выполнение обязательства банком-эмитентом означает:

<1> Таким образом, **UCP-600** прямо исключают возможность открытия отзывных аккредитивов, ограниченную в **UCP-500**.

- 1) заплатить по предъявлению, если аккредитив исполняется путем платежа по предъявлению;
- 2) принять на себя обязательство отсроченного платежа и заплатить по наступлении срока, если аккредитив исполняется путем отсроченного платежа;
- 3) акцептовать переводной вексель (тратту), выписанный бенефициаром, и заплатить по наступлении срока, если аккредитив исполняется путем акцепта.

Основными сторонами аккредитивной сделки являются:

- приказодатель - сторона, по просьбе которой выставлен аккредитив;
- бенефициар - сторона, в пользу которой выставлен аккредитив;
- банк-эмитент - банк, который выставляет аккредитив по просьбе приказодателя или от своего имени;
- подтверждающий банк - банк, который добавляет свое подтверждение к аккредитиву;
- авизирующий банк - банк, который авизует аккредитив (подтверждает его подлинность) по просьбе банка-эмитента;
- исполняющий банк - банк, в котором аккредитив предусматривает исполнение.

В **UCP-600** подробно описываются обязанности всех сторон аккредитивной сделки.

При расчетах по аккредитиву применяются два основных принципа - независимости и строгого соответствия. Принцип независимости состоит в юридическом обособлении аккредитива от договора купли-продажи или иного договора, на котором он может быть основан. Банки ни в коей мере не связаны и не должны заниматься такими договорами, даже если в аккредитиве есть какая-либо ссылка на такой договор (ст. 3 **UCP-500**, ст. 4 **UCP-600**).

Принцип строгого соответствия документов вытекает из ст. ст. 13, 14 **UCP-500** и ст. 14 **UCP-600**. В ст. 14 **UCP-500** установлены критерии для проверки документов. Так, банки должны их проверить, с тем чтобы удостовериться на основании самих документов, являются ли они по своим внешним признакам надлежаще представленными документами (надлежащее представление). **UCP-600** исключили требование проверки документов с разумной тщательностью (содержалось в ст. 13(а) **UCP-500**), которое было достаточно неопределенным.

В **UCP-600**, как и в предыдущей редакции, специально выделяется переводной (трансферабельный) аккредитив, определяемый как аккредитив, по которому бенефициар ("первый бенефициар") может просить исполняющий банк о том, чтобы аккредитивом могли пользоваться полностью или частично один или несколько бенефициаров ("второй бенефициар"). Банк не обязан осуществлять перевод аккредитива иначе как в пределах и в порядке, на которые он прямо выразил свое согласие. Аккредитив может быть частично переведен более чем одному второму бенефициару при условии, что частичные использования или частичные отгрузки по аккредитиву разрешены. Переведенный аккредитив не может быть переведен по просьбе второго бенефициара последующему бенефициару. При этом в **UCP-600** сделана оговорка о том, что первый бенефициар не рассматривается в качестве последующего бенефициара.

Просьба о переводе аккредитива должна содержать указание на возможность и условия авизования изменений последующему бенефициару. **UCP-600** предусматривают, что, если аккредитив переводится более чем одному второму бенефициару, отказ от изменения одним или более вторыми бенефициарами не делает недействительным принятие такового любым другим вторым бенефициаром, в отношении которого переведенный аккредитив будет соответственно изменен. В отношении любого второго бенефициара, который отказался от изменения, переведенный аккредитив останется неизменным. В своем поручении на перевод (трансферацию) первый бенефициар может указать, что выполнение платежного обязательства или неогония должны быть произведены второму бенефициару в месте, куда

аккредитив был переведен до даты и включая дату истечения срока аккредитива.

В связи с развитием информационных технологий, в первую очередь электронной коммерции, Комиссией МТП по банковской технике и практике 7 ноября 2001 г. было принято Дополнение по электронному представлению к **UCP** (далее - Дополнение) <1>. В нем регулируются вопросы электронного представления документов ("записей") по документарному аккредитиву. Дополнение рассматривает, в частности, следующие вопросы:

<1> Supplement to the Uniform Customs and Practice for Documentary Credits for Electronic Presentation (eUCP).

1) соотношение между Дополнением и **UCP** (на аккредитив, подчиненный **UCP**, Дополнение распространяется без специальной ссылки; положения Дополнения имеют преимущественную силу в случае коллизий; при представлении только бумажных документов действуют **UCP**);

2) трактовка терминов, используемых в **UCP**, применительно к электронному представлению ("по внешним признакам", "документ", "место представления", "подписывать"), а также введение новых терминов ("электронная запись", "электронная подпись", "формат");

3) принципы электронного представления электронных записей (место, время представления, представление посредством нескольких электронных записей, представление электронных записей совместно с бумажными документами, последствия технической неспособности банка получать электронные записи), их изучения (посредством гиперссылки или отсылки к внешней системе, неспособность изучать записи в формате их представления и др.) и отказа в принятии (временные критерии);

4) ситуации искажения электронных записей после представления (порядок повторного представления).

Значение коллизионных норм, применяемых к документарным аккредитивам, снижается повсеместным включением ссылки в аккредитивы на применение **UCP**. В качестве примеров специальных коллизионных норм можно привести ст. 5-116 разд. 5 ЕТК США, которая указывает, что ответственность эмитента, уполномоченного лица, авизующего банка определяется правом их местонахождения (если применимое право не избрано сторонами или аккредитив не подчинен **UCP**), а также Банковский кодекс Республики Беларусь (ст. 274), содержащий сходные принципы.

9.2.2. Правовое регулирование документарного инкассо

Документарное инкассо характеризуется участием в сделке банка без самостоятельных обязательств (в этом отличие от документарного аккредитива), но с осуществлением платежа против документов (в этом сходство с документарным аккредитивом) и гарантией сохранения права собственности на товары для продавца в случае несостоятельности покупателя и гарантией упрощенного взыскания при использовании тратты.

Ведущая роль в унификации правил по документарному инкассо также принадлежит МТП, которой в 1978 г. впервые были изданы Унифицированные правила по инкассо (публикация N 322, далее - УПИ, Uniform Rules for Collections (**URC**)). С 1 января 1996 г. вступила в силу новая редакция УПИ (публикация N 522 1995 г.), подтвердившая тенденцию совершенствования основных сводов международных банковских обычаев (в области документарных аккредитивов, инкассо и банковских гарантий).

Структура УПИ приближена к структуре **UCP**. За основу взята следующая логическая последовательность: инкассовое поручение; представление документов; обязательства и ответственность банков; инкассо основной суммы платежа; инкассо иных сумм (процентов, комиссий, расходов). Сторонами по инкассо являются:

- "доверитель" - сторона, которая поручает банку обработку инкассо;
- "банк-ремитент" - банк, которому доверитель поручил обработку инкассо;
- "инкассирующий банк" - любой банк, не являющийся банком-ремитентом, участвующий в процессе обработки инкассового поручения;
- "представляющий банк" - инкассирующий банк, делающий представление плательщику.
- "плательщик" - лицо, которому должно быть сделано представление в соответствии с инкассовым поручением.

УПИ впервые в ст. 4 вводит стандарт инкассового поручения (включая адрес **SWIFT**), указывая на обязательные требования к инкассовому поручению и разрешая банкам действовать только в соответствии с такими инкассовыми инструкциями.

Инкассовое поручение и инкассовые инструкции не обязывают банк-ремитент и другие банки к их выполнению (ст. 1); таким образом, инкассовое поручение должно быть банком-ремитентом только

принято. Если банк-ремитент решит не выполнять поручение, то его единственная обязанность - известить об этом принципала "без задержки посредством телекоммуникационной связи или, если это невозможно, другим ускоренным способом". Выполнение инструкций банком-ремитентом сводится к отправке документов инкассирующему банку.

В свою очередь инкассирующий банк обязан направить документы представляющему банку, указанному банком-ремитентом (ст. 5 УПИ), а также без задержки направить инкассированные суммы только в пользу банка-ремитента, если не оговорено иное (ст. 16 УПИ), направив также извещение о платеже.

Представляющий банк обязан передать плательщику документы в соответствии с полученными инструкциями. Только такая передача образует надлежащее представление по смыслу ст. 5 УПИ.

Для надлежащего представления требуется соблюдение условий в отношении формы, сроков представления, способа передачи коммерческих документов, валюты, размера платежа, порядка уплаты процентов, комиссии и расходов.

В отношении всех банков-участников действуют два принципа: автономности и ограничения ответственности (содержание аналогично принципам документарного аккредитива).

9.3. Международные банковские гарантии и резервные аккредитивы

Международные банковские гарантии и резервные аккредитивы служат цели обеспечения обязательств принципала (приказодателя). При этом резервный аккредитив также может использоваться для непосредственного осуществления платежа по основному обязательству. Резервный аккредитив появился в американской банковской практике, где было запрещено выдавать гарантии. Чтобы обойти этот запрет, американские банки модифицировали институт документарного аккредитива, приблизив его к независимой гарантии.

Основными источниками регулирования в хронологическом порядке являются следующие. В 1978 г. МТП опубликовала Унифицированные правила для договорных гарантий (Uniform Rules for Contract Bonds, **URCB**, Публикация N 325, далее - УП 1978 г.). Однако эти Правила имели серьезный недостаток, связанный с ограниченностью сферы применения, - они не распространялись на гарантии по требованию, тогда как именно они составляют большинство международных банковских гарантий. В СССР УП применялись в форме приложения к Инструкции Внешторгбанка СССР от 25 декабря 1985 г. N 1 (приложение N 23).

В 1992 г. МТП опубликовала Унифицированные правила по гарантиям с платежом по требованию (Публикация N 458, Uniform Rules for Demand Guarantees, **URDG**, далее - УП 1992 г.), вступившие в силу с 1 января 1993 г. и восполнившие пробел регулирования, имевшийся в УП 1978 г. Следующим шагом стало принятие 11 декабря 1995 г. Конвенции ООН (далее - Конвенция) о независимых гарантиях и резервных аккредитивах. В 1998 г. Институт международного банковского права и практики под эгидой МТП разработал документ, который называется Международная практика для резервных аккредитивов (International Standby Practices) 1998 г. (далее - **ISP-98**, Публикация N 590). С 1 июля 2010 г. вступили в силу новые Унифицированные правила для гарантий по требованию (Публикация МТП N 758).

Таким образом, можно говорить о системе международно-правовых источников регулирования международных банковских гарантий и резервных аккредитивов.

Вопрос о праве, применимом к международным банковским 60 гарантиям и резервным аккредитивам, решается во всех документах примерно одинаково: если право не избрано сторонами, то применяется право места коммерческой деятельности гаранта (ст. 10 УП 1978 г., ст. 27 УП 1992 г.), места нахождения учреждения гаранта (эмитента) (ст. 22 Конвенции) или места выдачи резервного аккредитива (п. 1.08 (d) **ISP**). Аналогично решается этот вопрос и в зарубежном законодательстве. В российском законодательстве отсутствует коллизионная норма для определения права, применимого к банковской гарантии. Однако можно сделать вывод, что решение этого вопроса приведет к тому же результату, что и в вышеуказанных документах. Поскольку выдача банковской гарантии рассматривается как односторонняя сделка, а в ст. 1217 ГК РФ устанавливается применение права той страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке, это означает возможность применения права места жительства или места основной деятельности гаранта.

Содержание обязательств, возникающих по международной банковской гарантии (резервному аккредитиву), составляют обязательства двух основных субъектов правоотношений: гаранта (эмитента) и принципала (приказодателя). Правоотношения между гарантом (эмитентом) и банками регулируются соглашениями по межбанковскому рамбурсированию, обязательства привлеченных банков с бенефициаром строятся, с учетом объема, по принципам, применяемым к гаранту (эмитенту).

Основанием возникновения обязательств гаранта (эмитента) по международной банковской гарантии (резервному аккредитиву) является ее выдача. Под выдачей понимается передача документа (в том числе электронного) гарантом (эмитентом) бенефициару или третьим лицам (авизирующей, подтверждающей, исполняющей стороне). Для определения момента выдачи используется критерий выхода за пределы контроля гаранта (эмитента). Поскольку выдача гарантии (аккредитива) является правом гаранта (эмитента), что прямо указано в ст. 7 Конвенции, момент выхода за пределы контроля гаранта (эмитента) определяет он сам. Условиями гарантии (аккредитива) может предусматриваться ее вступление в силу в более позднюю дату. Если императивные нормы национального права препятствуют гаранту (эмитенту) в выдаче или точном исполнении инструкций принципала (приказодателя), гарант обязан уведомить последнего о такой невозможности. Из всех рассматриваемых документов эта ситуация отражена только в ст. 7 УП 1992 г.

Общим подходом рассматриваемых документов является установление стандарта поведения гаранта (эмитента), основанного на добросовестности и разумной осмотрительности (ст. 14 Конвенции и ст. 9 УП 1992 г.) с учетом общепризнанных стандартов международной практики независимых гарантий или резервных аккредитивов (ст. 14 Конвенции и п. 2.01 **ISP-98**). Данный стандарт применим ко всем обязательствам гаранта (эмитента). Основным обязательством гаранта (эмитента) является уплата суммы, указанной в гарантии (аккредитиве), бенефициару по представлении документов, соответствующих по внешним признакам условиям данной гарантии или аккредитива (ст. 2 УП 1992 г. и п. 2.01 **ISP-98**). Кроме того, гарант обязан известить бенефициара об отклонении его требования (ст. 10 УП 1992 г.), а в случае его удовлетворения - без задержки передать требование бенефициара и соответствующие документы принципалу или, когда это применимо, инструктирующей стороне для передачи принципалу (ст. 21 УП 1992 г.).

Ответственность гаранта (эмитента) за неисполнение (ненадлежащее исполнение) своих обязательств имеет ограниченный характер в силу автономности и независимости обязательства.

Основными обязательствами принципала (приказодателя) являются уплата комиссионного вознаграждения и возмещение расходов гаранта (эмитента).

9.4. Основы международного вексельного права

Основными источниками международного вексельного права <1> в настоящее время являются Женевские конвенции 1930 г. (Конвенция о Единообразном законе о переводном и простом векселе (ЕВЗ), Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о простых и переводных векселях, Конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей) и Конвенция ЮНСИТРАЛ о международных переводных и простых векселях 1988 г. (далее - Конвенция), которая еще не вступила в силу. СССР присоединился к ней в 1990 г., Россия с 1991 г. является по ней правопреемником.

<1> Вексель - письменное денежное обязательство строго установленной законом формы, по которому владелец векселя (векселедержатель) вправе получить от должника по векселю определенную в нем сумму в конкретном месте. Должником по векселю выступает: по простому векселю - векселедатель, по переводному векселю (тратте) - иное указанное в векселе лицо, являющееся должником векселедателя.

Конвенция представляет собой компромисс между женевской и англо-американской системами вексельного права. Как писал Л.А. Лунц, в международном торговом обороте в основном существуют два вида векселя: вексель типа Женевской конвенции 1930 г. и вексель англо-американского типа <1>.

<1> Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 345 - 349.

9.4.1. Понятие международного векселя

В Конвенции, так же как и в ЕВЗ, проводится различие между простым и переводным векселем, а также выделены элементы, присущие международному векселю <1>. Международным является вексель, в котором названы по крайней мере два из следующих мест, которые находятся в разных государствах: место выставления векселя; место, указанное рядом с подписью векселедателя; место, указанное рядом с наименованием плательщика (в международном переводном векселе) или получателя; место платежа по векселю (ст. 2.1 Конвенции). Реквизиты международного векселя по Конвенции незначительно отличаются от предусмотренных ЕВЗ, что объясняется стремлением учесть принципы англосаксонской системы вексельного права (так, в международном переводном векселе не требуется включение вексельной метки, предложение уплатить именуется приказом уплатить, получатель векселя может не

указываться).

<1> Для сравнения: в английском вексельном Законе 1882 г. в ст. 4 проводится деление векселей на отечественные и иностранные (разновидностью которых можно считать международные). Аналогично Закон КНР 1995 г. "О векселе" в ст. 95 содержит понятие зарубежного векселя.

9.4.2. Субъекты международной вексельной сделки

Векселедержатель - лицо, которое получило международный вексель надлежащим образом и право которого не может быть оспорено третьими лицами, за исключением некоторых случаев (например, обманных или незаконных действий со стороны держателя). В Конвенции используется термин "защищенный держатель", при этом защищенность держателя международного векселя презюмируется, если не доказано обратное (ст. 32 Конвенции).

Векселедатель простого векселя обязан по выданному векселю в любом случае, а векселедатель переводного векселя может включить в его текст оговорку об исключении своей ответственности за акцепт или платеж (ст. ст. 38, 39 Конвенции).

Гарант - любое лицо, даже если оно является стороной по векселю (ст. 46 Конвенции). Конвенция проводит разделение всех гарантов на банки или иные финансовые учреждения, а также на прочих гарантов (ст. 47 Конвенции), предоставляя первым право выдвигать возражения даже против защищенных держателей.

Конвенция предусматривает возможность гарантии платежа по международному векселю. Такая гарантия может выдаваться как в отношении всей суммы, так и в отношении ее части.

9.4.3. Регулирование обращения международного векселя

Конвенцией и ЕВЗ предусмотрена передача переводного векселя посредством именного или бланкового индоссаменты, а также установлены требования к порядку передачи (ст. ст. 13, 18, 19, 21 Конвенции) и предусмотрены специальные правила в случае, когда индоссамент является подложным или совершен представителем с превышением полномочий (ст. ст. 25, 26 Конвенции).

Положения Конвенции об акцепте международного векселя в целом повторяют ЕВЗ. Новацией является право векселедателя предусмотреть в переводном векселе, что он не должен предъявляться к акцепту или оплате до наступления определенного срока или наступления определенного события (ст. 50 Конвенции).

Платеж по международному векселю может производиться полностью или частично. В последнем случае принятие исполнения остается на усмотрение держателя, если частичные платежи не предусмотрены условиями самого векселя (ст. 73 Конвенции). Конвенция предусматривает специальные правила в отношении места и валюты платежа.

Согласно Конвенции протест векселя в случае неакцепта или неплатежа совершается в месте и по законам места, где было отказано в акцепте или платеже. Конвенция устанавливает реквизиты, обязательно указываемые при протесте векселя, а также срок для протеста - в день отказа в платеже (акцепте) или в течение последующих четырех рабочих дней (ст. 61 Конвенции), что больше требований ЕВЗ. Учитывая возникновение регрессных требований в случае отказа в акцепте или платеже, Конвенция предусматривает обязанность держателя (ст. 64) уведомить об этом векселедателя, последнего индоссанта переводного векселя и иных гарантов и индоссантов, адреса которых могут стать известными из информации в векселе. По сравнению с ЕВЗ процедура уведомления изменена, поскольку ранее держатель был обязан известить только векселедателя и своего индоссанта.

9.4.4. Коллизионное регулирование векселя

Примером коллизионного регулирования векселей являются нормы Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о простых и переводных векселях 1930 г. (далее - Женевская конвенция).

Женевская конвенция содержит коллизионные нормы в отношении следующих вопросов:

- определение дееспособности по простым и переводным векселям - вопросы применимого права решаются на основе принципа национального закона лица с возможностью применения отсылки к закону другой страны;
- форма векселя и форма обязательств по векселю - применяется закон государства, на территории которого происходит принятие обязательств;
- сроки предъявления исков в порядке регресса по векселю - предусмотрено применение закона

места составления векселя;

- форма и сроки совершения действий, необходимых для осуществления и защиты прав по векселю,
- предусмотрено применение права страны, на территории которой должно совершаться соответствующее действие (главным образом это касается протеста, предъявления к акцепту, платежу, а также формы и сроков предъявления иска);

- восстановление прав по утраченным векселям - регулируется законом страны, на территории которой должен был быть произведен платеж по векселю.

Как отмечалось выше, вексель англо-американского типа имеет свою специфику, что отражается и в коллизионном регулировании. Английский Закон о векселях 1882 г. содержит специальную ст. 72, выделенную в отдельный раздел, в которой установлены следующие коллизионные нормы:

- форма векселя и его юридическая сила подчинены праву места совершения векселя;
- отношения между держателем и акцептантом в вексельных сделках, совершаемых за пределами Великобритании, регулируются правом страны, в которой совершается действие;

- установление содержания терминов при толковании понятий индоссамента, акцепта или акцепта после протеста осуществляется в соответствии с правом места совершения соответствующих действий.

9.5. Правовое регулирование международных кредитных сделок

Международные кредитные сделки в зависимости от особенностей субъектного состава подразделяются:

1) с точки зрения кредитора на: а) сделки, где в роли кредитора выступает один банк, и б) сделки, где в роли кредитора выступают два или более банка, действующие в рамках единого кредитного соглашения (так называемые международные консорциональные (синдицированные) кредитные сделки);

2) с точки зрения заемщика на: а) сделки, где в роли заемщика выступает коммерческая организация (так называемые корпоративные займы), и б) сделки, где в роли заемщика выступает государство (так называемые суверенные займы) <1>;

<1> Анализ правового регулирования суверенных займов см.: Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2009 (Серия "Библиотека центра исследований платежных систем и расчетов").

3) с точки зрения цели кредитования на сделки, совершаемые в целях финансирования: 1) конкретной внешнеэкономической сделки; 2) определенного объекта предпринимательской деятельности (проектное финансирование) <1>; 3) определенной сферы предпринимательской деятельности.

<1> Анализ правового регулирования международного проектного финансирования см.: Там же.

К стандартным международным кредитным соглашениям относят соглашения, предусматривающее предоставление кредита одним банком-кредитором одному заемщику - коммерческой организации.

Согласно кредитной документации **LMA** <1> кредитное соглашение может быть обязывающим кредитора (**committed facility**) или не обязывающим кредитора (**uncommitted facility**). В случае обязывающего кредитного соглашения обязательства кредитора по предоставлению кредита, в том числе частями (траншами), обычно обусловлены соблюдением заемщиком предварительных условий (**conditions precedent**). В число предварительных условий, как правило, входит обязательство заемщика представить документы о своем корпоративном статусе, финансовом положении заемщика, заключении договоров обеспечения и др.

<1> **Loan Market Association (LMA)** - Ассоциация ссудного рынка, создана в 1996 г. в Лондоне, ее членами являются более 500 организаций, среди которых банки, юридические фирмы, инвесторы и другие участники рынка. Одной из основных форм деятельности является разработка документации - типовых форм для заключения различных кредитных соглашений.

Что касается обязанности заемщика принять кредит, то стандартные кредитные соглашения требуют от заемщика направления в банк запроса об использовании кредита (**utilisation request**) в согласованной форме и право банка в течение согласованного времени (**availability period**) направить заемщику подтверждение. По истечении согласованного периода времени заемщик утрачивает право на получение кредита.

В качестве договорных средств защиты прав кредитора применяются заверения (**representations**) и гарантии (**warranties**), даваемые заемщиком банку, а также обязательства (**covenants, undertakings**),

принимаемые на себя заемщиком. Заверения и гарантии направлены на подтверждение правового статуса заемщика в течение срока действия кредитного соглашения на основании предусмотренных кредитным соглашением документов. Целью заверений и гарантий является обеспечение возможности банку прекращения кредитования при изменении правового статуса заемщика, предоставлении недостоверной информации, что может рассматриваться в качестве обстоятельства неисполнения (**event of default**) по кредитному соглашению.

Обязательства обеспечивают возможность контроля со стороны банка за деятельностью заемщика и ограничения такой деятельности в целях поддержания финансовой стабильности заемщика и соблюдения интересов кредитора. Обязательства можно подразделить на три типа - финансовые, связанные с предоставлением информации и связанные с защитой активов. К финансовым обязательствам относятся различные лимиты и пропорции, которые зависят от изменения финансового положения заемщика. Информационные обязательства связаны с предоставлением банку в течение действия кредитного соглашения согласованной финансовой информации, информации, связанной с корпоративным управлением и принимаемыми решениями, страхованием обеспечения.

Обязательства, связанные с защитой активов, можно, в свою очередь, подразделить на позитивные и негативные. Позитивные обязательства связаны с информированием банка о невозможности (потенциальной невозможности) исполнения обязательств заемщиком. К категории позитивных обязательств можно отнести обязательства страхования обеспечения, получения заемщиком необходимых лицензий (природопользования, валютных, экспортных и т.п.), предоставление банку доступа к информации заемщика, назначение независимых аудиторов. Негативные обязательства включают в себя так называемый негативный залог (**negative pledge**) <1>, обязательство равной очередности требований по сравнению с необеспеченными кредиторами (**pari passu ranking**), а также запрет на отчуждение активов, предоставление займов, распределение дивидендов.

<1> Негативный залог не является обеспечением, а представляет собой особые условия кредитного соглашения, устанавливающие обязательство заемщика не создавать обеспечения иного, чем в пользу кредитора по данному кредитному соглашению. У заемщика есть возможность согласовать группу активов, исключаемых из-под действия негативного залога при намерении использования их в обычной деятельности или для целей, улучшающих финансовое положение заемщика.

К событиям неисполнения, присущим международным кредитным соглашениям, относится нарушение обязательств заемщика по иным соглашениям (**cross default**), в том числе зависимыми компаниями, которым заемщик оказывает финансовую поддержку или в отношении обязательств которых является гарантом (**cross default into subsidiaries**). Также обстоятельствами, влекущими неисполнение обязательств, может явиться изменение деятельности (**change of business**) или изменение в управлении заемщика (**change of control**).

Главной целью синдицированного кредитования является распределение рисков при предоставлении крупного кредита одному заемщику между несколькими банками - участниками синдиката в рамках единого синдицированного кредитного соглашения (**syndicated loan agreement**). К основным юридическим признакам этого соглашения можно отнести следующие:

- соглашение является многосторонним договором, объединяющим все банки-участники;
- обязательства банков-участников отдельные, т.е. обычные участники не несут обязательств друг перед другом;
- обязательства банков-участников долевые, т.е. платежи при возврате кредита осуществляются пропорционально доле банка в общей предоставленной сумме;
- кредит предоставляется заемщику на необеспеченной основе, но под условием запрета залога (**negative pledge**), что обеспечивает равенство прав банков-участников в случае несостоятельности заемщика.

Исходя из структуры договорных отношений синдицированного кредитования выделяются следующие два основных его вида:

- первичное (прямое), при котором между заемщиком и всеми кредиторами заключается многосторонний кредитный договор, а для переводов сумм предоставляемого (возвращаемого) кредита привлекается уполномоченный банк-агент, который также может осуществлять контроль за исполнением заемщиком своих обязательств. При этом сумма кредита, предоставляемого заемщику каждым из кредиторов, считается предоставленной на единых условиях, но в размере соответствующей доли и в рамках двусторонних отношений, сторонами которых являются каждый кредитор и заемщик;
- вторичное (косвенное или путем участия), при котором заключается двусторонний кредитный договор между заемщиком и банком-кредитором, при этом последний уступает, иным образом передает свои права требования к заемщику другим банкам или привлекает от них средства на иной основе. При

участии в кредитовании между банком-кредитором и участником заключается договор участия (**sub-participation agreement**). Банк-кредитор вправе не раскрывать заемщику того обстоятельства, что в действительности для его кредитования будут привлечены третьи банки-участники.

Говоря о праве, применимом к международной кредитной сделке, следует отметить, что, поскольку банк, как правило, имеет возможность самостоятельно определять условия предоставления кредита (за исключением случаев особого интереса к заемщику или в случае государственных займов), обычно в качестве применимого указывается право места нахождения банка. Однако возможен и выбор права страны-заемщика и в этом случае банк нередко включает в договор дополнительные оговорки, защищающие его от возможных правовых рисков, в частности от последующего изменения законодательства.

Существующие в законодательстве зарубежных государств специальные коллизионные привязки также указывают на право страны места нахождения кредитора как на право, применимое к кредитному договору (характерно для законодательства стран СНГ, включая Россию <1>, стран Балтии, некоторых стран Восточной Европы, Китая). При коллизионном регулировании банковских сделок в целом также применяется привязка к месту нахождения банка (Австрия, Румыния). Могут использоваться и коллизионные привязки общего характера, в частности, **lex loci solutionis**, **lex rei sitae**, **lex monetariae** и др.

<1> См.: п. 3 ст. 1211 ГК РФ.

Предоставляемые евровалютные кредиты подчинены, как правило, английскому праву в силу использования стандартной кредитной документации, разработанной упомянутой выше **LMA**. Стандартные формы **LMA** содержат набор "жестких" условий (**hard provisions**) и "мягких" (**soft provisions**) условий. Первые устанавливают толкование основных понятий, механизм осуществления сделки, в том числе порядок предоставления и погашения кредита, порядок уплаты процентов, закрепляют права и обязанности сторон, регулируют вопросы налогообложения и вопросы выбора применимого права. Если стороны сделки договариваются об использовании форм договоров **LMA**, "жесткие" условия таких договоров в процессе переговоров изменены быть не могут. "Мягкие" условия определяются сторонами с учетом особенностей кредитной сделки и регулируют вопросы установления предварительных условий предоставления кредита, вопросы целевого использования кредита и форм обеспечения обязательств, определяют случаи досрочного исполнения обязательств, порядок изменения состава кредиторов и другие технические вопросы.

Глава 10. ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ СДЕЛОК НА МЕЖДУНАРОДНЫХ ФИНАНСОВЫХ РЫНКАХ

10.1. Общая характеристика сделок на международных финансовых рынках

Целью функционирования международных финансовых рынков является предоставление денежных средств субъектам международных экономических отношений в виде инвестиций за счет вложений в ценные бумаги и иные финансовые инструменты. Международные финансовые рынки, так же как и международный банковский сектор, обеспечиваются механизмами финансовой инфраструктуры.

В институциональном аспекте международные финансовые рынки характеризуются наличием международных финансовых центров <1> с рынками (биржевыми и внебиржевыми), ориентированными на иностранных участников, и трансграничной финансовой инфраструктурой.

<1> Крупнейшие финансовые центры расположены в городах Лондон, Нью-Йорк, Токио, Франкфурт, Шанхай, Гонконг, Цюрих, Париж, странах Люксембург, Сингапур.

Сделки на международных финансовых рынках, так же как и международные банковские сделки, могут быть охарактеризованы как:

- трансграничные - при нахождении на территории различных государств участника финансового рынка и его клиентов, биржи, расчетной системы и ее участников, финансовых организаций, входящих в синдикат при выпуске еврооблигаций;

- трансвалютные - когда сделка совершается с ценными бумагами, деноминированными в иностранной валюте (иностранные ценные бумаги) или евровалюте (евроценные бумаги (**euro-securities**), наиболее известной разновидностью которых являются еврооблигации).

Необходимо отметить следующие особенности, присущие правовому регулированию сделок на международных финансовых рынках.

Во-первых, необходимо учитывать роль международных принципов и стандартов, которые определяют рамочные требования к финансовому регулированию и надзору. В числе указанных принципов и стандартов необходимо отметить документы Банка международных расчетов (Рекомендации для систем расчета по ценным бумагам <1>, Рекомендации для центральных контрагентов <2>), Международной организацией комиссий по ценным бумагам (Принципы и цели регулирования по ценным бумагам), которые используются МВФ и Всемирным банком в рамках Программы оценки финансового сектора (**FSAP**).

-
- <1> Совместно с Международной организацией комиссий по ценным бумагам (**IOSCO**).
 - <2> Совместно с Международной организацией комиссий по ценным бумагам (**IOSCO**).

Во-вторых, велико влияние норм ВТО, европейского права (Директива от 21 апреля 2004 г. 2004/39/ЕС "О рынках финансовых инструментов"), национального финансового регулирования, законодательства об информационных технологиях.

Говоря об источниках правового регулирования сделок на международных финансовых рынках, можно отметить документы, разработанные:

- **Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА)** - Конвенция о материальных нормах для ценных бумаг, находящихся у посредника, 2009 г.;

- **Гаагской конференцией международного частного права** - Гаагская конвенция о праве, применимом к некоторым правам в отношении ценных бумаг, находящихся во владении у посредника, 2006 г.

Столь скромный перечень источников, разработанных международными организациями, не означает неурегулированности рассматриваемой сферы. Сделки на международных финансовых рынках регулируются в основном материальными нормами национального применимого права и правилами бирж (в части размещения ценных бумаг иностранных эмитентов и совершения сделок с ними) либо правилами и генеральными соглашениями (**master agreements**), разрабатываемыми ассоциациями участников финансового рынка. Примерами таких ассоциаций являются расположенные в Лондоне Международная ассоциация кредитования ценными бумагами (**ISLA**), Ассоциация свопов и деривативов (**ISDA**), в Цюрихе - Ассоциация международного рынка капиталов (**ICMA**), в Нью-Йорке - Ассоциация индустрии ценных бумаг и финансовых рынков (**SIFMA**), в Париже - Ассоциация финансовых рынков (**ACI**) <1>.

<1> Более подробно см.: Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2009 (Серия "Библиотека центра исследований платежных систем и расчетов").

10.2. Правовое регулирование трансграничного владения ценными бумагами и трансграничных переводов ценных бумаг

Современный уровень развития международных финансовых рынков характеризуется возможностью для эмитентов ценных бумаг и инвесторов соответственно размещать и приобретать ценные бумаги на финансовых рынках (биржевых и внебиржевых) различных стран. Одновременно возникает необходимость инфраструктуры, обеспечивающей возможность учета и передачи прав на международные ценные бумаги (в первую очередь еврооблигации), ценные бумаги, размещаемые в международных финансовых центрах или на развивающихся финансовых рынках. Необходимость разработки международных стандартов для подобной финансовой инфраструктуры подчеркивалась еще в 1988 г. в докладе Группы 30 <1>.

<1> Clearance and Settlement Systems in the World's Securities Markets, Group of Thirty, 1988.

Указанные стандарты начали получать свое оформление на международном уровне в целом ряде актов рекомендательного характера: Рекомендациях для систем расчета по ценным бумагам Банка международных расчетов и Международной организации комиссий по ценным бумагам 2001 г. (**IOSCO**, далее - Рекомендации 2001 г.), Рекомендациях Международной ассоциации услуг по ценным бумагам (**ISSA**) 2000 г., Рекомендациях Группы тридцати, включенных в План действий по глобальному клирингу и расчетам 2003 г.; на европейском уровне - в Рекомендациях консультативных групп Комиссии ЕС (Группа Джиованнини, Группа **CESAME**, Группа по юридической определенности) и Европейском кодексе поведения по клирингу и расчетам 2006 г.

Указанные Рекомендации явились методологической основой для разработки Гаагской конвенции о праве, применимом к некоторым правам в отношении ценных бумаг, находящихся во владении у

посредника, 2006 г. (далее - Гагская конвенция по ценным бумагам) и Конвенции УНИДРУА о материальных нормах для ценных бумаг, находящихся у посредника, 2009 г. (далее - Конвенция УНИДРУА по ценным бумагам).

Трансграничное владение ценных бумаг характеризуется следующим:

1) осуществляется вне страны места нахождения как минимум эмитента ценных бумаг;

2) является, как правило, косвенным (**indirect holding**), когда: а) в качестве законного владельца ценных бумаг в официальном реестре эмитента отражается номинальный держатель-посредник (депозитарий/кастодиан) <1>, а бенефициарный владелец (или посредник, через которого последний владеет ценной бумагой) отражается в качестве владельца ценных бумаг в учетных книгах номинального держателя либо б) ценные бумаги на предъявителя размещаются у посредника, и посредник ведет счет, отражающий права и интересы бенефициарного владельца на ценную бумагу <2>;

<1> Различие между депозитариями и кастодианами является скорее экономическим, чем юридическим, хотя, например, право США понимает под иностранным кастодианом банк или трастовую компанию, учрежденные в соответствии с законодательством соответствующей страны и располагающие достаточным капиталом. Далее термин "кастодиан" будет использоваться применительно к отношениям с инвесторами, термин "депозитарий" - к отношениям с кастодианами или другими депозитариями.

<2> При прямом владении бенефициарный владелец ценных бумаг 1) отражается в качестве законного владельца в официальном регистре (реестрах) эмитента (и, если требуется, ценные бумаги удостоверяются сертификатом ценных бумаг, выпущенным на имя владельца) или 2) является владельцем ценных бумаг на предъявителя.

3) ценные бумаги хранятся у посредника в иммобилизованной (с выпуском глобального сертификата, представляющего единый выпуск ценных бумаг, который хранится посредником) или дематериализованной (бездокументарной) форме (права на ценные бумаги подтверждаются путем записей по счетам, ведущимся посредником);

4) осуществляется с участием центрального депозитария ценных бумаг (ЦДЦБ), который заключает соглашения об открытии счетов иностранных кастодианов (в том числе глобальных) или депозитариев. ЦДЦБ может обслуживать финансовые рынки нескольких стран или являться международным центральным депозитарием (МЦДЦБ), оказывающим услуги на основе соглашений с ЦДЦБ или кастодианами (депозитариями) соответствующей страны. Двумя действующими сегодня МЦДЦБ являются **Clearstream** и **Euroclear**.

Трансграничный перевод ценных бумаг характеризуется следующим:

1) осуществляется в стране размещения ценных бумаг или в стране места нахождения МЦДЦБ, но вне страны места нахождения эмитента;

2) передача прав на ценные бумаги происходит посредством дебетования и кредитования счетов, ведущихся в учетных книгах (**book-entry**) ЦДЦБ;

3) перевод ценных бумаг в ЦДЦБ автоматически ведет к передаче правового титула на ценные бумаги.

Обеспечение трансграничного владения ценными бумагами и трансграничных переводов ценных бумаг является двумя взаимосвязанными целями деятельности системы расчета по ценным бумагам (**securities settlement system**), которая может предоставлять доступ к своим услугам иностранным участникам одним из следующих способов:

- прямое трансграничное участие (может ограничиваться правом места нахождения системы);

- участие через местного кастодиана, являющегося прямым участником системы;

- участие через глобального кастодиана, обеспечивающего доступ к кастодиальным и расчетным услугам на нескольких финансовых рынках через своих контрагентов-субкастодианов;

- участие через ЦДЦБ или МЦДЦБ.

Учитывая, что трансграничное владение ценными бумагами и трансграничные переводы ценных бумаг подразумевают вовлеченность целого ряда посредников, расположенных в различных странах, открывающих счета другим посредникам и (или) ведущих счета других посредников, достижение определенности и предсказуемости в отношении применимого права является ключевым в минимизации рисков функционирования систем расчета по ценным бумагам. Данной цели на международном уровне служит Гагская конвенция по ценным бумагам (подписана США и Швейцарией 5 июля 2006 г., Маврикием - 28 апреля 2008 г.).

Гагская конвенция по ценным бумагам определяет право, применимое к ценным бумагам (акциям, облигациям, иным финансовым инструментам или активам, а также правам на них), находящимся во владении у лица (посредника), которое в ходе ведения предпринимательской или иной регулярной деятельности, в том числе как ЦДЦБ, ведет счета других лиц (владельцев счетов). По этим счетам может

осуществляться зачисление и списание ценных бумаг (счета ценных бумаг) на основании соглашений счета. Посредник, ведущий счет ценных бумаг, признается в отношениях с владельцем счета "соответствующим посредником" (**relevant intermediary**).

На основе применимого права определяются:

- правовая природа прав на ценные бумаги, возникающих в результате зачисления ценных бумаг на счет, и последствия такого зачисления для посредника и третьих лиц;
- правовая природа и последствия распоряжения ценными бумагами (путем прямой передачи прав, посредством обеспечения или предоставления обеспечительного интереса; путем распоряжения счетом, путем распоряжения или в силу ареста в пользу посредника) в отношении посредника и третьих лиц;
- требования в отношении формализации распоряжения ценными бумагами;
- преимущество или приоритет права одного лица на ценные бумаги перед правом другого лица;
- обязанности посредника перед иным лицом, чем владелец счета, которое предъявляет на ценные бумаги требование, конкурирующее с требованием владельца счета или другим лицом;
- требования о реализации права на ценные бумаги;
- распространение распоряжения ценными бумагами на право получения дивидендов, дохода, иных выплат, на средства от выкупа, продажи или иные поступления.

Указанный перечень вопросов является закрытым. Все эти вопросы носят частноправовой характер и не затрагивают действия публично-правовых норм, в частности норм о борьбе с отмытием доходов, налоговых норм.

Статья 4 Гаагской конвенции по ценным бумагам устанавливает основную коллизионную норму, предусматривающую, что применимым ко всем вопросам сферы действия Конвенции является право государства, прямо указанное в соглашении счета как регулирующее соглашение счета. Если в этом соглашении указано, что к вышеперечисленным вопросам должно применяться другое право, то применяется это другое право.

Выбор применимого права признается в том случае, если в момент заключения соглашения счета соответствующий посредник имеет в государстве, чье право избрано в качестве применимого, свой идентифицированный (по номеру счета, банковскому коду или иным образом) офис, который самостоятельно или совместно с другими офисами:

- осуществляет проводки по счетам ценных бумаг или их мониторинг;
- администрирует платежи или корпоративные действия в отношении ценных бумаг;
- иным образом вовлечен в предпринимательскую или иную регулярную деятельность по ведению счетов ценных бумаг (Конвенция устанавливает случаи, когда офис не может считаться вовлеченным в такую деятельность).

Таким образом, избранное в соглашении счета право в любом случае должно быть локализовано в месте нахождения одного из отвечающих указанным требованиям офиса посредника (**place of relevant intermediary approach, PRIMA**).

Если по каким-либо причинам применимое право не определено, Конвенция устанавливает три резервных варианта, применяемых последовательно:

- если в соглашении счета прямо и однозначно указан офис посредника, через который заключается соглашение (с учетом критериев обмена документами, предоставления услуг, выполнения функций), то применимым является право места нахождения такого офиса при условии, что он отвечает требованиям к офису, установленным в ст. 4 Конвенции;
- применимым является право места учреждения или создания посредника во время заключения соглашения счета или открытия счета ценных бумаг (при отсутствии соглашения счета);
- применимым является право места ведения (основного места ведения при наличии нескольких) предпринимательской деятельности посредника во время заключения соглашения счета или открытия счета ценных бумаг (при отсутствии соглашения счета).

В целях установления применимого права не учитывается место нахождения эмитента, сертификатов, реестра ценных бумаг, а также место нахождения иных посредников, чем соответствующий посредник.

В Гаагской конвенции по ценным бумагам предусматриваются специальные меры по защите прав в случае изменения применимого права (ст. 7 Конвенции), а также признание выбора применимого права в случае открытия процедур несостоятельности (ст. 8 Конвенции).

Сравнивая подход Гаагской конвенции по ценным бумагам 2006 г. с подходом европейского права, следует отметить, что в коллизионных нормах Директивы об окончательности расчета, Директивы Европейского парламента и Совета от 6 июня 2002 г. N 2002/47/ЕС "О соглашениях финансового обеспечения" (далее - Директива о финансовом обеспечении), Директивы Европейского парламента и Совета от 4 апреля 2001 г. N 2001/24/ЕС "О реорганизации и прекращении деятельности кредитных учреждений" используется критерий места нахождения (ведения) соответствующего счета.

В частности, в ст. 9 (2) Директивы об окончательности расчета предусматривается, что если ценные бумаги (включая права на ценные бумаги) предоставляются в качестве залогового обеспечения участникам системы и (или) центральным банкам государств-членов или Европейскому центральному банку и их право (или любого номинального держателя, агента или третьего лица, действующего от их имени) в отношении ценных бумаг юридически учтено в реестре, на счете или в централизованной депозитарной системе, расположенной на территории государства-члена, установление прав таких юридических лиц в качестве держателей залогового обеспечения в отношении этих ценных бумаг должно регулироваться правом данного государства-члена. Аналогичное по смыслу положение содержится в ст. 24 Директивы о реорганизации и прекращении деятельности кредитных учреждений. Статья 9 Директивы о финансовом обеспечении содержит указание на право страны, в которой ведется соответствующий счет.

В своей правовой оценке некоторых аспектов Гаагской конвенции по ценным бумагам, проведенной 3 июля 2006 г. Комиссией ЕС, признается необходимость присоединения к Гаагской конвенции по ценным бумагам. Вместе с тем вероятность выбора в рамках системы расчета по ценным бумагам в различных соглашениях в качестве применимого права нескольких государств, участвующих в Гаагской конвенции, повышает, по мнению Комиссии ЕС, степень правового риска. В качестве способа минимизации такого риска Комиссией ЕС предлагается указать в Директиве об окончательности расчета, что в качестве применимого может быть избрано право только одного государства - участника Гаагской конвенции по ценным бумагам.

В Конвенции УНИДРУА по ценным бумагам, посвященной сходным с Гаагской конвенцией 2006 г. вопросам, касающимся косвенного владения ценными бумагами, используется та же базовая терминология (ценные бумаги, счет ценных бумаг, соответствующий посредник, владелец счета). Вместе с тем в Конвенции УНИДРУА затрагиваются не только двусторонние отношения (владелец счета - посредник, посредник - посредник), но и уровень расчетных и клиринговых систем, а также их правила (**uniform rules**). Таким образом, Конвенция УНИДРУА в своей структуре исходит из комплексности регулирования, охватывая все наиболее существенные материально-правовые аспекты.

Описывая права владельца счета, в ст. 7 Конвенции признается зачисление ценных бумаг на счет достаточным и действительным (в отношении третьих лиц, соответствующего посредника, эмитента) способом возникновения и реализации прав на ценные бумаги, распоряжения ими путем направления инструкций посреднику, предоставления права посреднику владеть ценными бумагами иным образом, чем посредством счета. Соответственно, посредник обязан обеспечить владельцу счета возможность приобретать и осуществлять свои права на ценные бумаги.

Перевод ценных бумаг, находящихся во владении у посредника, предоставление обеспечительного интереса на них также осуществляются путем их списания и зачисления по счету, в том числе на нетто-основе (ст. 9). Предоставление обеспечительного или иного ограничительного (**limited interest**) интереса может осуществляться владельцем счета третьему лицу без операций по счету (ст. 10) на основании соглашения с третьим лицом (в его пользу) и при соблюдении ряда условий, в том числе когда в пользу третьего лица по счету совершена так называемая уполномочивающая запись (**designating entry**) или между владельцем счета, третьим лицом и посредником заключается соглашение о контроле.

В разд. IV Конвенции УНИДРУА по ценным бумагам устанавливаются специальные положения, направленные на обеспечение целостности системы владения ценными бумагами через посредника, включая: действие прав владельца счета, обеспечительного интереса третьего лица в случае процедур несостоятельности; запрет на обращение взыскания на ценные бумаги на более высоком уровне (**upper-tier**), чем уровень владельца счета; обязанность посредника обеспечить достаточность ценных бумаг в размере зачисленных на счета; обязанность посредника обеспечить возможность отнесения ценных бумаг, которыми он владеет, к соответствующим счетам.

В ст. 24 "Несостоятельность оператора или участника системы расчета по ценным бумагам" Конвенции и разд. VI "Специальные положения в отношении обеспечительных сделок" инкорпорированы подходы Директивы об окончательности расчета и Директивы о финансовом обеспечении.

Конвенция УНИДРУА по ценным бумагам содержит специальные положения, касающиеся возможности применения права государств-участников наряду с положениями Конвенции (**non Convention law**).

10.3. Правовое регулирование сделок с международными ценными бумагами - еврооблигациями и американскими депозитарными расписками

Еврооблигации (**eurobonds**) по своей правовой природе относятся к категории евробумаг (**euro-securities**), понятие которых приведено, в частности, в приложении 11 к британскому Закону о

финансовых услугах и рынках 2000 г., в соответствии с которым евроценные бумаги означают инвестиции:

- размещение которых гарантируется (в форме андеррайтинга) и осуществляется синдикатом, если как минимум двое из его членов имеют зарегистрированные офисы в различных государствах или на различных территориях;

- которые предлагаются в значительных размерах в одном или более государствах или на территориях за пределами государства или территории, в которых эмитент имеет зарегистрированный офис, и

- которые могут первоначально приобретаться только через кредитное или иное финансовое учреждение.

Данное определение следует дополнить следующими признаками:

- 1) валюта обязательств - валюта еврооблигаций является, как правило, иностранной для эмитента и держателя;

- 2) форма выпуска, удостоверения прав - бездокументарная, предъявительская;

- 3) способ владения - посредством международных центральных депозитариев ценных бумаг **Euroclear** и **Clearstream**;

- 4) порядок совершения сделок - обычно сделки с еврооблигациями совершаются на внебиржевом рынке, хотя еврооблигации размещаются на биржах нескольких стран (Лондон, Цюрих, Люксембург).

Основными юридическими документами, необходимыми для выпуска еврооблигаций, являются:

- проспект предложения (**offering circular**) - включает в себя основные данные об эмитенте, предварительные условия размещения (сумма, срок погашения, вид облигаций, дата завершения подписки и т.п.), указание на соблюдение ограничений национального законодательства, а также содержит перечень банков - участников эмиссионного синдиката. Подготовка проспекта предложения эмитентом на практике требуется в двух случаях:

- 1) если этого требует законодательство эмитента - при размещении еврооблигаций в США наличие проспекта обязательно, при размещении еврооблигаций в странах Европейского союза действует ст. 3 Директивы N 2003/71/ЕС о проспекте ценных бумаг при их публичном предложении;

- 2) если еврооблигации получают листинг на фондовой бирже и биржа требует опубликовать проспект.

Кроме проспекта или его упрощенного варианта эмиссия еврооблигаций предполагает подготовку и заключение целого ряда договоров, основными из которых являются следующие:

- соглашение о подписке (**subscription agreement**) - заключается между эмитентом, ведущим менеджером (ведущими менеджерами) и менеджерами. В случае выпуска гарантированных еврооблигаций стороной соглашения является компания-гарант (часто материнская компания эмитента);

- трастовый договор (**trust deed**) - заключается между эмитентом, гарантом (при его наличии) и трастовой компанией, выступающей в качестве доверительного собственника, действующего в пользу держателей облигаций. Предметом договора является исполнение эмитентом своих обязательств по погашению еврооблигаций, а также по уплате процентов путем перечисления соответствующих сумм в согласованной валюте на банковский счет доверительного собственника;

- соглашение между менеджерами (**agreement among managers**) - обычно заключается на условиях, рекомендованных **ICMA** <1>, путем обмена телексами между ведущим менеджером и потенциальными участниками эмиссионного синдиката.

<1> **International Capital Market Association (ICMA)** - Международная ассоциация рынка капиталов, учреждена в 1969 г., головной офис расположен в Цюрихе.

Под американской депозитарной распиской (АДР) право США понимает сертификат американского банка-депозитария, подтверждающий право собственности на определенное количество его акций, которые, в свою очередь, предоставляют право собственности на определенное количество депонированных ценных бумаг иностранного частного эмитента. В сделках с АДР участвуют иностранный частный эмитент, американский банк-депозитарий (выпускающий АДР на территории США), банк-кастодиан (расположенный в стране эмитента, в котором помещаются на хранение (депонируются) акции иностранного частного эмитента на имя банка-депозитария) и держатель АДР (инвестор).

АДР подразделяются в зависимости от:

- места обращения - на: 1) американские депозитарные расписки, сделки с которыми совершаются только на территории США; и 2) глобальные депозитарные расписки, сделки с которыми совершаются как на территории США, так и за их пределами;

- степени участия в выпуске АДР иностранного частного эмитента - на: 1) спонсируемые, выпуск которых осуществляется по инициативе и при участии иностранного эмитента; и 2) неспонсируемые. В свою очередь, спонсируемые АДР подразделяются в зависимости от цели выпуска на: 1) выпускаемые в

целях увеличения количества акционеров (АДР первого и второго уровня) и 2) АДР, выпускаемые в целях увеличения капитала (АДР третьего уровня). АДР каждого уровня отличаются друг от друга степенью вовлеченности эмитента в процесс выпуска и раскрытия им информации.

Среди договоров, опосредующих выпуск АДР, наибольший интерес представляют:

1) депозитарное соглашение - заключается между банком-депозитарием, иностранным эмитентом и держателями АДР. Банк кроме депозитарных может выполнять также функции реестродержателя и трансферт-агента. Существенные условия депозитарного соглашения включают правила выпуска АДР, получения дивидендов и других платежей инвесторами, процедуру голосования ценными бумагами, а также правила регистрации перехода права собственности на АДР и ценные бумаги эмитента;

2) кастодиальное соглашение - заключается между банком-кастодианом и депозитарием. Обязательства банка-кастодиана по кастодиальному соглашению заключаются в получении ценных бумаг эмитента и их хранении; передаче ценных бумаг лицам, указанным депозитарием; голосовании ценными бумагами держателей АДР на собраниях акционеров эмитента по поручению и в соответствии с инструкциями депозитария; получении дивидендов и иных поступлений с направлением депозитарию (после уплаты всех налогов и сборов) для распределения среди держателей АДР, а также получении от эмитента информации для предоставления держателям АДР с направлением ее депозитарию.

10.4. Правовое регулирование международных сделок обратной покупки ценных бумаг (сделок РЕПО) и сделок кредитования ценными бумагами

Двумя наиболее распространенными типами международных сделок кредитования с использованием ценных бумаг (в качестве обеспечения или предмета кредита) являются сделки обратной покупки ценных бумаг (или РЕПО - от англ. **repurchase**) и сделки кредитования ценными бумагами (**securities lending**).

В документах Банка международных расчетов и Международной организации комиссий по ценным бумагами (**IOSCO**) соглашение об обратной покупке (**repurchase agreement**) определяется как сделка по продаже ценных бумаг (прямая сделка) с обязательством их обратной покупки (обратная сделка) через определенный срок по заранее согласованной цене. Сделки РЕПО (по продаже и обратной покупке) рассматриваются в рамках одного правоотношения, оформляемого одним соглашением. Этим соглашения РЕПО отличаются от сходных соглашений продажи/обратной покупки (**sell/buy-backs**), представляющих собой две самостоятельные сделки.

При сделках кредитования ценными бумагами владелец ценных бумаг предоставляет их в кредит заемщику на определенный срок и за вознаграждение. Заемщик принимает на себя обязательство поставить равное количество аналогичных ценных бумаг или вернуть точно те же ценные бумаги.

Сделки РЕПО и кредитования ценными бумагами сходны переходом права собственности на ценные бумаги, проведением их переоценки, а также обязательством поставки эквивалентных, а не первоначально переданных ценных бумаг. Это сходство было отмечено в Директиве о финансовом обеспечении, а затем в Конвенции УНИДРУА по ценным бумагам 2009 г.

Основными документами, устанавливающими общие требования к заключению соглашений РЕПО, являются Международный кодекс поведения и практики для финансовых рынков (The International Code of Conduct and Practice for the Financial Markets), разработанный в 2000 г. Ассоциацией финансовых рынков, а также Основные принципы торговой практики РЕПО (Repo Trading Practice Guidelines), принятые Европейским советом РЕПО 26 июля 2000 г.

Международные сделки РЕПО обычно регулируются Глобальным генеральным соглашением РЕПО 2000 г. (Global Master Repo Agreement - **GMRA**, далее - Глобальное соглашение РЕПО), разработанным **ISMA** с подчинением английскому праву. Сторонами Глобального соглашения являются продавец и покупатель, действующие через свои назначенные для этой цели офисы. Продавец соглашается продать покупателю ценные бумаги или иные финансовые инструменты (кроме акций и ценных бумаг с чистым доходом) против уплаты покупной цены с одновременным согласием покупателя продать продавцу эквивалентное количество этих ценных бумаг на определенную дату или по требованию против уплаты покупной цены покупателем продавцу.

Эквивалентными ценными бумагами являются ценные бумаги, эквивалентные приобретаемым.

В отношении уплаты денежных средств Глобальное соглашение РЕПО устанавливает требование об их немедленной доступности, о свободной конвертируемости, выражении в соответствующей валюте и выплате свободными от налогов и удержаний, в отношении ценных бумаг - о соблюдении формы и способа передачи (через **Euroclear**, **Clearstream** или согласованную клиринговую систему).

По запросу продавца с согласия покупателя может осуществляться замена (**substitution**) ценных бумаг, эквивалентных приобретенным, на другие, согласованные сторонами (путем одновременных

встречных переводов ценных бумаг).

В Глобальном соглашении предусматриваются случаи неисполнения сторонами сделки РЕПО своих обязательств и их последствия. К случаям неисполнения отнесены неспособность покупателя уплатить покупную цену, а продавца - выкупную цену в установленную дату, нарушение обязательства поставить ценные бумаги в дату покупки (выкупа), неспособность уплатить причитающуюся сумму и др. В указанных случаях исполнившая свои обязательства сторона обязана вручить уведомление о неисполнении стороне-нарушителю.

В практике международных финансовых рынков широко распространены сделки так называемого трехстороннего РЕПО (**triparty repurchase agreement**) с участием агента, действующего в интересах сторон (**repurchase service agent**). В качестве такого агента на международном уровне обычно действуют международные центральные депозитарии ценных бумаг **Euroclear, Clearstream** <1>.

<1> Анализ соглашений трехстороннего РЕПО см.: Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М., 2009 (Серия "Библиотека центра исследований платежных систем и расчетов").

Международные сделки кредитования ценными бумагами регулируются Глобальным генеральным соглашением о кредитовании ценными бумагами 2000 г. (Global Master Securities Lending Agreement, GMSLA), разработанным **ISLA** с подчинением английскому праву. По своей конструкции Глобальное соглашение кредитования сходно с Глобальным соглашением РЕПО. Аналогично услугам трехстороннего РЕПО международные центральные депозитарии ценных бумаг оказывают услуги по кредитованию ценными бумагами.

10.5. Международные сделки с производными финансовыми инструментами (деривативами)

Определения дериватива даются в различных документах международных организаций и зарубежных регулирующих органов. Банк международных расчетов определяет дериватив как финансовый контракт, стоимость которого зависит от стоимости одного или более лежащих в основе его активов, ставок или индексов. Зависимый (производный) от основных (базовых) активов характер деривативов не означает, что права по деривативу распространяются и на базовый актив. Последнее зависит от срока исполнения обязательств, предметом которых является базовый актив. Кроме того, хотя деривативы и связаны с возникновением прав и обязанностей в отношении базового актива, но сделки с ними не всегда приводят к фактической передаче такого актива.

Деривативы в зависимости от содержания возникающих обязательств подразделяются на 1) форвардные контракты; 2) фьючерсные контракты; 3) опционные контракты; 4) свопы. Форвардный и фьючерсный контракты представляют собой обязательство купить или продать определенное количество валюты по курсу или выплатить проценты по ставке, согласованной в момент заключения контракта. Отличия фьючерсного контракта от форвардного заключаются в основном в правилах совершения сделок. Фьючерсные контракты являются почти всегда биржевыми, их условия стандартизированы биржевыми правилами, исполнение предполагает, как правило, выплату разницы в курсе или процентных ставках, при заключении требуется внесение гарантийного депозита (маржи) и др.

Оptionный контракт порождает право (но не обязанность) покупателя купить (продать) валюту по согласованному курсу (валютные опционы) или привлечь (разместить) денежные средства в валюте по согласованной процентной ставке (процентные опционы) в течение определенного времени в обмен на уплату определенной суммы (премии). Выделяют следующие основные виды валютных опционов: на покупку (**Call**) и на продажу валюты (**Put**). Процентные опционы можно подразделить на опционы по процентным ставкам и опционы на разницу между ставками. Последние позволяют покупателю получить от продавца опциона разницу между рыночной ставкой или учетной ставкой в день исполнения и ставкой опциона в рассматриваемый период.

Своп (от англ. **to swap** - менять) - сделка, порождающая встречные обязательства по обмену эквивалентных сумм в различных валютах с возмещением (иногда только разницы) в одну или несколько определенных дат (валютный своп) или процентными ставками (процентный своп) с выплатой разницы в процентных ставках.

Одним из наиболее быстро развивающихся в международном масштабе продуктов являются кредитные свопы, базовым активом которых является кредитный риск, вытекающий из долговых обязательств и (или) кредитоспособности третьего лица (должника по кредитному обязательству).

С учетом развития электронных торговых систем для биржевых деривативов (фьючерсов, опционов) большое значение приобретают критерии признания соответствующего финансового рынка внутренним

или иностранным (т.е. нерегулируемым). Признание рынка деривативов иностранным порождает коллизионные проблемы, связанные с необходимостью установления права, применимого к сделке с деривативом и контракту с базисным активом, когда они заключаются или исполняются на разных рынках. В отношении сделок, совершаемых на иностранном рынке деривативов с участием посредников, также возникает вопрос о праве, применимом к обязательствам того или иного посредника (иностранного банков-корреспондентов и (или) иностранного клирингового учреждения). На организованных рынках данный вопрос решается биржевыми правилами (обычно применимым правом является право государства места нахождения биржи), но данные правила распространяются только на его участников, поэтому взаимоотношения между банком и клиентом не обязательно будут регулироваться правом рынка (правом места нахождения биржи). Следует учитывать и возможность применения оговорки о публичном порядке с точки зрения действия законодательства об азартных играх и пари, поскольку в некоторых странах сделки с деривативами отнесены к азартным играм и пари.

Глава 11. ВНЕДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

11.1. Общие положения

Развитие современных технологий, международного автомобильного, железнодорожного и воздушного сообщения, средств массовой информации, рост туризма и международного коммерческого оборота резко увеличили вероятность возникновения таких ситуаций, которые тем или иным способом, в той или иной степени связаны с возникновением внедоговорных обязательств, в том числе обязательств из причинения вреда, и коллизией правопорядков.

Каждый юрист, сталкивающийся с подобными вопросами, знает о многочисленных сложностях коллизионного порядка, которые могут возникнуть в результате, например, причинения вреда чести, достоинству гражданина или репутации юридического лица, осложненных иностранным элементом, последствий, вызванных импортом недоброкачественной продукции из-за границы, и т.п. Постоянно растущее международное разделение труда, быстрое появление и развитие новых форм предпринимательской деятельности все более усложняют локализацию гражданского правоотношения с помощью традиционных формул прикреплений. В связи с этим современное международное частное право претерпевает серьезные изменения. Наиболее яркая альтернатива "жестким" принципам определения применимого права - отсылка к праву страны, с которой правоотношение связано наиболее тесным образом. Менее распространен, но также широко известен принцип применения права, "наиболее благоприятного" для одной из сторон <1> (например, для пострадавшего в деликтном правоотношении).

<1> См., например: Кабатова Е.В. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве // Международное частное право - современная практика: Сб. статей. М., 2000. С. 10 и далее.

При этом выбор применимого права в большой степени осложнен тем, что большинство правопорядков традиционно существенно ограничивают или вообще отрицают допустимость в сфере деликтных правоотношений такого института, который широко используется в регулировании договорных отношений, как автономия воли сторон при выборе применимого права.

В прошлом практика отвергала возможность установления статута деликтного обязательства на основе соглашения сторон о применимом праве. Еще совсем недавно статут деликтных обязательств практически повсеместно придавался принудительный характер, исключавший возможность применения принципа автономии воли сторон (**lex voluntatis**).

Следует отметить, что регулирование гражданско-правовых деликтов в целом традиционно ближе к публично-правовому регулированию по сравнению с другими институтами частного права. Причина этого кроется в существовании заинтересованности со стороны государства в поддержании тех или иных стандартов, в частности стандартов выпуска качественной и безопасной продукции, стандартов охраны окружающей среды, защиты прав потребителей, устранения недобросовестной конкуренции, защиты свободы слова и т.д. Эти факторы традиционно ограничивают применение принципа автономии воли сторон при выборе применимого права в деликтных обязательствах.

Тем не менее и в этой сфере в последнее время произошли существенные изменения.

В современном законодательстве наблюдается отход от своего рода табу в области свободы воли обеих сторон деликтного правоотношения при выборе применимого права. В той или иной степени автономию воли сторон предусматривает законодательство и (или) правоприменительная практика многих государств. В частности, нормы об автономии воли сторон содержатся во Вводном законе к Германскому гражданскому уложению в редакции 1999 г., Швейцарском законе о международном частном праве 1987 г., Австрийском законе о международном частном праве 1979 г. Нормы части третьей ГК РФ

2002 г. впервые в истории отечественного права предоставили возможность выбора права сторонами деликтного обязательства. В новую редакцию ГК РФ включена ст. 1223.1 "Выбор права сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения", предоставляющая сторонам указанных внедоговорных обязательств возможность выбрать право, применимое к таким обязательствам без ущерба для прав третьих лиц.

Некоторые виды деликтных правоотношений, по общему мнению, несовместимы с коллизионным регулированием **lex voluntatis**. К примеру, в сфере защиты конкуренции практически повсеместно в доктрине, законодательстве и правоприменительной практике единодушно признается, что выбор права, независимо от момента такого выбора, недопустим в силу приоритета общественных и государственных интересов в данной области правового регулирования экономических отношений.

В настоящее время новые коллизионные вопросы возникают в том числе в связи с расширением сферы гражданской ответственности без вины, широким применением страхования гражданской ответственности. Страховые компании заинтересованы в предварительном расчете объема страхового возмещения, что в свою очередь зависит от того, право какой страны будет применяться к внедоговорному правоотношению. При этом многие страховые компании имеют транснациональный характер, т.е. занимаются страховой деятельностью на территории более чем одной страны. Более того, застрахованное лицо зачастую также является субъектом внешнеэкономической деятельности.

Эти и другие тенденции отражаются в развитии как зарубежного, так и российского законодательства, в международной договорной практике. Происходит "расширение числа "гибких" коллизионных норм, распространение автономии воли сторон в сфере... деликтов" <1>.

<1> Кабатова Е.В. К вопросу о современных проблемах международного частного права // Государство и право. 2000. N 8. С. 54.

Следует отметить, что современная гибкость коллизионного регулирования в сфере деликтных обязательств достигается как с помощью коллизионного начала "право страны, с которой правоотношение наиболее тесно связано", так и "посредством модификации формализованных коллизионных норм" <1> и прежде всего путем адаптации и нового толкования основной коллизионной привязки в этой сфере правоотношений.

<1> Звеков В.П. Обязательства вследствие причинения вреда в коллизионном праве. М., 2007. С. 3.

11.2. Основная коллизионная привязка в сфере деликтных обязательств

Выбор закона в сфере деликтных обязательств приводит к установлению правопорядка, которым регулируются основания и пределы деликтной ответственности и который обычно именуют статутом деликтного обязательства. Необходимо отметить, что круг вопросов, регулируемых этим статутом, а также границы подчинения их статусу определяются правовыми системами разных стран далеко не единообразно.

В вопросах выбора применимого права для целей регулирования деликтных обязательств право места совершения действия - в данном случае места, где правонарушение было совершено, - играет существенную роль. Если какое-либо действие считается незаконным с точки зрения этого права и создает обязательство в том месте, где оно было совершено, то представляется вполне естественным, что такое обязательство должно признаваться и подвергаться принудительному исполнению всюду, где бы правонарушитель ни был обнаружен. Поэтому во многих странах и последствия правонарушения, с теми или иными условиями, традиционно регулирует право места совершения деликта (**lex loci delicti commissi**).

Господствующее коллизионное начало **lex loci delicti commissi** в сфере деликтов, осложненных иностранным элементом, следующим образом описал еще в 1924 г. выдающийся российский юрист А.Н. Макаров: "...согласно единодушному на континенте Европы мнению современной доктрины, разделяемому и судебной практикой, обязательственные правоотношения, имеющие своим основанием правонарушения, обсуждаются по закону места совершения правонарушения" <1>.

<1> Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 2005. С. 115 - 116.

Однако в связи с происходящей в настоящее время интернационализацией экономических и иных отношений, появлением новых видов правонарушений становится все сложнее правильно локализовать то или иное правоотношение с помощью "жестких", или "объективных", коллизионных привязок типа **lex**

loci delicti commissi. Часто привязка **lex loci** в том или ином виде дополняется правом суда (**lex fori**), так как государство стремится сохранить за собой право наблюдать за гражданскими последствиями противоправных действий, совершенных за границей. С этой целью ряд нормативных правовых актов некоторых стран в целом или в отдельных случаях предусматривает кумулятивное применение **lex loci delicti commissi** и **lex fori**.

Влияние закона суда чаще всего объясняется особенностями внутреннего деликтного права, его тесной связью с действующей в том или ином государстве системой социального обеспечения, с особой процедурой исчисления и выплаты возмещения.

Анализ действующего зарубежного и российского законодательства позволяет сделать вывод о том, что основной коллизионной привязкой в сфере деликтных обязательств с теми или иными особенностями продолжает оставаться коллизионная привязка **lex loci delicti commissi**. Тем не менее различия в применении этой привязки в разных странах носят достаточно существенный характер.

В 1971 г. в США был принят второй Свод законов о конфликте законов (далее - Свод 1971 г.), седьмая глава которого посвящена деликтным правоотношениям. Глава подразделяется в свою очередь на три титула: первый содержит нормы общего характера, применяемые ко всем деликтным правоотношениям, второй и третий содержат специальные нормы, регулирующие отдельные виды деликтов. Основной коллизионный принцип содержится в § 145, согласно которому права и обязанности сторон, возникшие из причинения вреда, определяются правом государства (штата), которое имеет наиболее тесную связь с событием и сторонами.

При определении наиболее тесной связи во внимание принимаются следующие обстоятельства:

- а) место, в котором наступил вред;
- б) место, где произошло действие, повлекшее за собой наступление вреда;
- в) местонахождение, постоянное место жительства, гражданство (национальность юридического лица), место инкорпорации и место предпринимательской деятельности сторон.

Эти обстоятельства должны оцениваться в соответствии с их важностью для каждого конкретного дела.

Традиционный подход английского права был подвергнут достаточно радикальному пересмотру в 1995 г. путем принятия Закона "О международном частном праве (различные положения)". Английскими исследователями, в частности, отмечается, что принятие этого акта является подтверждением общей тенденции "расширения статутного регулирования в английском международном частном праве, то есть в той области общего права, которая до этого в основном создавалась судьями" <1>.

<1> North Peter. Private International Law: Change or Decay? Oxford University Press. International and Comparative Law Quarterly. Vol. 50. Part 3. July 2001. P. 477, 496.

Новый Закон содержит разветвленную систему норм, регулирующих выбор применимого права в случае с деликтами, и иные связанные с этим выбором вопросы. В соответствии с общим правилом применимым является право "местности, где события, составляющие рассматриваемый деликт, имели место".

Во Франции суд обладает компетенцией в отношении деликтов, имевших место за границей, в силу ст. 14 Гражданского кодекса, в соответствии с которой французский гражданин обладает правом подать иск против иностранного гражданина в отношении действий, имевших место за границей, а иностранный гражданин обладает корреспондирующим правом подать иск против французского гражданина во французском суде.

Признание **lex loci delicti commissi** в качестве ведущего коллизионного начала отражено в судебной практике Франции. При этом нужно отметить, что принцип **lex loci delicti** с учетом французского публичного порядка французский суд применяет достаточно строго. Позиция французской доктрины и практики в этой области сложилась на основе расширительного толкования абз. 1 ст. 3 Кодекса Наполеона, предусматривающего, что "законы благоустройства и безопасности обязательны для всех проживающих на территории Франции". Включая в число таких законов правоотношения, возникшие в связи с деликтом, доктрина и практика придают данной норме характер двусторонней коллизионной привязки к закону места совершения правонарушения.

В целом следует отметить, что французская доктрина и правоприменительная практика последних лет все чаще склоняются к необходимости применения права, "имеющего наиболее тесную связь с причинением вреда". В последнее время этот принцип наиболее часто применялся французскими судами в тех случаях, когда он напрямую следовал из **lex loci delicti commissi** или использовался судебной практикой в государстве, к праву которого отсылал этот коллизионный принцип.

Иной подход к определению применимого права к правоотношениям, возникшим в результате причинения вреда, характерен для международного частного права Германии.

Путем принятия Закона о международном частном праве для внедоговорных обязательственных отношений и для вещей 1999 г. во Вводный закон к ГГУ были добавлены подразд. 2 разд. 5 "Внедоговорные обязательственные отношения" и разд. 6 "Вещное право" (ст. ст. 38 - 46).

В соответствии с общей нормой ст. 40 к обязательству из правонарушения применяется право того государства, в котором действовало лицо, обязанное предоставить возмещение. Потерпевший, однако, может потребовать, чтобы вместо этого права применялось право государства, в котором наступил вред <1>. Если стороны правоотношения - делинквент и пострадавший - на момент влекущего ответственность события имели обычное местопребывание в одном и том же государстве, то применяется право этого государства. Эта норма неукоснительно соблюдается немецким судом, в том числе в случаях недобросовестной конкуренции <2>.

<1> Следует отметить, что в некоторых иностранных юрисдикциях закреплена и противоположный подход: в соответствии с законом "Реформа итальянской системы международного частного права" (1995 г.) деликтная ответственность регулируется правом страны, на территории которой наступил вред. Тем не менее потерпевший имеет право требовать применения права страны, на территории которой имело место вредоносное действие.

<2> Fawcett James J., Torremans Paul. Intellectual Property and Private International Law. Oxford Monographs in Private International Law. 2011. P. 688.

Правила об ограничении требований, вытекающих из деликтных обязательств, содержатся в п. 3 ст. 40 Вводного закона к ГГУ. В соответствии с этими ограничениями требования не могут быть предъявлены в той мере, в какой они: а) существенно превышают то, что необходимо для соразмерного возмещения потерпевшему, или б) явно служат иным целям, нежели соразмерное возмещение потерпевшему, или с) противоречат правилам о правовой ответственности какого-либо международного договора, обязательного для ФРГ. Следует при этом отметить, что, согласно точке зрения большинства немецких исследователей, категория публичного порядка должна применяться исключительно в случаях, когда нормы иностранного права, подлежащего применению к деликтному обязательству, преследуют публично-правовые цели, отличные от целей соразмерной компенсации пострадавшему <1>.

<1> Schaub Renate. Die Neuregelung des Internationalen Deliktsrechts in Deutschland und das europäische Gemeinschaftsrecht. Raberszeitschrift, 66 (2002) Heft 1 (Januar). S. 61.

Особенно подчеркивается право потерпевшего предъявить свои требования непосредственно страховщику делинквента, если это право предусмотрено законом, применяемым к деликтным правоотношениям, или законом, которому подчинен договор страхования.

Статья 41 Вводного закона прямо предусматривает применение к правоотношениям сторон права, имеющего существенно более тесную связь с особым правовым или фактическим отношением между участниками, нежели право, определяемое в соответствии с общими нормами.

В соответствии с п. 1 ст. 42 Вводного закона стороны имеют право после наступления вредоносных событий избрать закон, который будет регулировать возникшие обязательственные правоотношения. Согласно официальному комментарию к ст. 42 Вводного закона, "принимая во внимание защитный характер регулирования внедоговорных отношений и из практических соображений, выбор права сторонами в соответствии с п. 1 ст. 42 допустим исключительно начиная с момента возникновения обязательственных отношений".

В соответствии с п. 2 ст. 42 Вводного закона выбор права действителен только **inter partes** и права третьих лиц и общества не должны быть ущемлены. Эта норма призвана прежде всего охранять интересы страховщика, предъявляющего требования к делинквенту в порядке регресса. В целом же эта норма отражает общий гражданско-правовой принцип о недопустимости договорного обременения третьих лиц.

Своеобразием отличается регулирование нахождения статута деликтного обязательства в Швейцарии. 18 декабря 1987 г. в Швейцарии был принят Закон о международном частном праве, в котором очень детально урегулированы коллизионные вопросы в различных областях, в том числе и в области деликтов. Общее положение содержится в ст. 133, в которой рассматриваются две ситуации: 1) делинквент и пострадавший имеют местожительство в одной стране; 2) стороны деликта живут в разных странах.

В первом случае применяется право страны их общего места жительства - предполагается, что стороны наиболее тесно связаны именно с этим правом. Во втором случае действует **lex loci**. Таким образом, законодатель, как и в Германии, предусмотрел отход от жесткой привязки и закрепил привязку к праву общего местожительства, что представляется более логичным, нежели лишь учет общего гражданства сторон деликта.

Для всех случаев выбора применимого права, в том числе и для деликтных правоотношений, действует ст. 15 Швейцарского закона о международном частном праве: право, применимое в соответствии с нормами закона, не будет применяться, если такое право очевидно слабо связано с правоотношением сторон и существует иная правовая система, имеющая более тесную связь с правоотношением.

Отсылка к праву места совершения деликта была воспринята и разработчиками Кодекса Бустаманте 1928 г., в соответствии с коллизионными нормами которого обязательства, возникшие из деликтов и вины, подчинены тому же праву, что и деликт или вина, из которых эти обязательства вытекают; обязательства, возникшие из действий или упущений, совершенных виновно или по небрежности, которые не наказуемы по закону, регулируются правом места происхождения вины или небрежности, приведших к возникновению обязательств.

Как указывалось выше, коллизионные нормы, регулирующие правоотношения сторон деликтного обязательства, содержатся в ст. ст. 1219 - 1222 ГК РФ. Нормы Кодекса содержат ряд принципиально новых для отечественного права конструкций в отношении выбора права, подлежащего применению к деликтным правоотношениям сторон.

В соответствии со ст. 1220 ГК РФ на основании права, подлежащего применению к обязательствам вследствие причинения вреда, определяются такие важные вопросы, как способность лица нести ответственность за причиненный вред, т.е. деликтоспособность причинителя вреда, в отличие от общегражданской дееспособности, определяемой в соответствии с личным статутом; возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда; основания ответственности; основания ограничения ответственности и освобождения от нее; способы возмещения вреда, а также объем и размер возмещения вреда.

Формулировка общей нормы, содержащаяся в ст. 1219 ГК РФ, соответствует принципу **lex loci delicti commissi**: к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда.

Так, российское юридическое лицо заявило иск о взыскании убытков, причиненных в результате возгорания автомобиля, к немецкой компании - производителю автомобиля в Арбитражный суд города Москвы. Суд рассмотрел вопрос о применимом праве и в соответствии со ст. 1219 ГК РФ применил право Российской Федерации, поскольку возгорание произошло и, следовательно, вред был причинен на территории Российской Федерации.

11.3. Место совершения деликта - **locus delicti**

Различные правовые системы по-разному решают вопрос о том, что следует считать **locus delicti**: место совершения действий, повлекших вред (не обязательно противоправных с точки зрения местного права), или место наступления вреда в случае наличия так называемой дихотомии, или двойственности, **locus delicti**. В случаях, когда вредоносное поведение и обусловленный им результат локализованы в разных юрисдикциях, возникает проблема квалификации понятия "место совершения деликта". При этом следует подчеркнуть, что определение места совершения деликта напрямую влияет не только на вопрос установления статута деликтного обязательства, но и на возможность обращения потерпевшего в суд той или иной страны. Законодательством многих стран, а также некоторыми международными договорами предусмотрена как альтернативная, так и исключительная территориальная подсудность для исков из деликтов.

Следует отметить, что в некоторых странах под **locus delicti** понимают место совершения вредоносного действия, в других - место наступления результата этого действия. Некоторые авторы связывают этот вопрос с вопросом о превентивной или компенсаторной функции материального деликтного права. Ряд правовых систем предлагают разрешение проблемы двойственности **locus delicti** путем выбора закона, более благоприятного для потерпевшего <1>.

<1> Например, нормы Закона Югославии о разрешении коллизий законов с правилами других стран 1982 г. (продолжают действовать после распада Социалистической Федеративной Республики Югославии - СФРЮ - в Сербии, Черногории, Хорватии, Македонии), или ст. 32 Указа о международном частном праве Венгрии 1979 г.

Для определения подходов к решению этой проблемы в государствах - членах ЕС важное значение имело толкование Европейским судом правила п. 3 ст. 5 Брюссельской конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 г. (дело **Bier v. Mines de Potasse d'Alsace** 1976 <1>), позволяющее понимать под местом причинения вреда

и место совершения действия, и место наступления вреда.

<1> В решении по этому делу Европейский суд постановил, что голландское предприятие (потерпевший) вправе предъявить иск о возмещении вреда по выбору - как во Франции (в стране, где было совершено вредоносное действие), так и в Нидерландах (в стране наступления вреда).

В США нормы Свода законодательства указывают на право места, где наступил ущерб, **lex loci iniuriae**. Тем не менее малоразрешимая проблема справедливости решения возникает в том случае, когда ответчик действует на территории, право которой не возлагает на него ответственности за те или иные действия, а истец несет ущерб в государстве, закон которого устанавливает за те же самые действия более строгую ответственность. Это обстоятельство усугубляется также тем, что "вред мог возникнуть сразу в нескольких местах, например, по причине злонамеренной публикации, приведшей к ущербу по месту ведения деятельности в нескольких штатах" <1>.

<1> Монастырский Ю.Э. Господствующие доктрины коллизионного права в США: Дис. ... к.ю.н. М., 1999. С. 54.

В Англии в случае двойственности **locus delicti** нормы закона предусматривают приоритет права места наступления вреда в отношении "личного вреда, причиненного лицу", а также в отношении имущественного вреда. В любом ином случае применению подлежит право местности, где "случились наиболее значимые составная часть или составные части этих событий".

В случае двойственности **locus delicti** французская доктрина в основном тяготеет к приоритету права места наступления вреда на том основании, что именно наступление вреда является **conditio sine qua non** возникновения ответственности в отличие от факта противоправного действия. К тому же множественность мест наступления вреда встречается на практике чаще, чем множественность мест совершения противоправных действий, и в этом случае применение к правоотношению правопорядков мест причинения вреда позволяет с большей степенью справедливости "дифференцировать" ответственность за причиненный на территории нескольких правопорядков вред. В особенности это касается причинения вреда с помощью средств массовой информации.

При этом согласно ст. 46 (3) ГПК Франции 1976 г. иск из деликта может быть предъявлен как по месту деяния, повлекшего за собой наступление вреда, так и по месту наступления вреда.

Коллизионная норма ст. 40 Вводного закона к ГГУ подчиняет деликтные обязательства праву государства, в котором действовало лицо, обязанное предоставить возмещение. При этом потерпевший вправе требовать применения права государства, в котором наступили последствия вредоносного деяния. Соответствующий выбор права может быть совершен потерпевшим только в первой инстанции до завершения первого заседания или до конца предварительного письменного производства.

Напротив, Закон 1995 г. о реформе итальянской системы международного частного права в случае деликтных обязательств, осложненных иностранным элементом, предусматривает применение права страны, на территории которой наступил вред, однако потерпевший вправе потребовать применения права страны, где имело место вредоносное действие.

При определении места деликта швейцарский Закон 1987 г. о международном частном праве в соответствии с общим правилом указывает в качестве такового страну, где было совершено противоправное действие. Однако, если деликт совершен в одной стране, а неблагоприятные последствия наступают в другой, применяется право последней при условии, что делинквент мог предположить, что такие последствия наступят в этой стране.

Согласно норме ст. 1219 ГК РФ если в результате действий, послуживших основанием для требования о возмещении вреда, вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране. Аналогичные нормы действуют в некоторых других государствах. Например, схожая норма содержится в ст. 40 Вводного закона к ГГУ в редакции 1999 г.

11.4. Отдельные виды деликтных обязательств

11.4.1. Коллизионное регулирование ответственности изготовителя

Особый вид коллизионных норм в сфере деликтов - нормы, связанные с коллизионным регулированием ответственности производителя.

Коллизионные нормы, регулирующие вопросы, связанные с ответственностью изготовителя, стали

предметом унификации в международном праве. Так, конвенцией, унифицирующей нормы деликтной ответственности, к которой присоединились многие страны, является Гагская конвенция о праве, применимом к ответственности изготовителя 1973 г. Конвенция определяет право, применимое к ответственности изготовителя за вред, причиненный его товаром, включая ущерб, понесенный вследствие неправильного описания товара или отсутствия описания его свойств и метода использования. Перечень лиц, ответственных за товар, содержится в ст. 3. Помимо изготовителя в Конвенции указаны изготовитель первоначального продукта, поставщик товара, другие лица, включая мастеров по ремонту, хранителей, участвующих в производстве и распределении товара.

Причинение вреда некачественной продукцией часто сопровождается достаточно существенным "пространственным" фактором: изготовление может иметь место в одной стране, продажа - в другой, использование или потребление - в третьей. При этом следует отличать нормы, регулирующие ответственность производителя за ущерб, причиненный его продукцией, от норм, которые регулируют ответственность производителя или продавца за введение в оборот некачественной продукции. В последнем случае применяются нормы, регулирующие ответственность в сфере договорных обязательств.

В качестве применимого права в соответствии с нормами Гагской конвенции 1973 г. выступает национальное право государства, где был нанесен вред, если:

- это государство является местом постоянного жительства пострадавшего;
- в нем расположено основное место деятельности предположительно ответственного лица;
- на его территории товар был приобретен пострадавшим (ст. 4).

В то же время если место жительства пострадавшего и место деятельности предположительно ответственного лица находятся в одном государстве, то применяется право этого последнего, несмотря на положение ст. 4 (ст. 5). Статья 5 предусматривает еще одно исключение из ст. 4: если совпадают местожительство пострадавшего и место, где он приобрел товар, то применяется право этого государства.

Если не применяется право, указанное в ст. ст. 4 и 5, то применяется право государства, где располагается основное место деятельности предположительно ответственного лица, кроме случаев, когда истец не основывает свои требования на праве стороны, где был нанесен вред (ст. 6). Таким образом, закрепляется определенная свобода выбора стороны.

Общие тенденции расширения выбора применимого права в отношении данного вида ответственности несколько ограничиваются нормой ст. 7 Конвенции, в соответствии с которой право страны наступления вреда и право страны места жительства пострадавшего не может применяться, если причинитель вреда не мог разумным образом предвидеть тот факт, что товар будет распространяться в этой стране.

Конвенция не содержит положений о праве пострадавшего предъявить требования напрямую страховщику гражданской ответственности, поскольку в данной области такого рода страхование распространено гораздо реже, чем в сфере, например, дорожно-транспортных происшествий.

Эта Конвенция также содержит положение о том, что она действует, если применимым правом является право государства, не участвующего в Конвенции (ст. 11).

Следует отметить, что в некоторых странах ответственность изготовителя сочетает в себе элементы как деликтной, так и договорной ответственности. Правовые системы, предусматривающие специальный институт ответственности изготовителя, содержат, как правило, нормы, направленные на повышение уровня защищенности потерпевшего, что находит свое отражение и в коллизионном праве.

В отношении требований, связанных с качеством товара и ответственностью за него изготовителя, швейцарский Закон 1987 г. о международном частном праве предлагает для определения применимого права широкую систему коллизионных норм (Швейцария не присоединилась к Гагской конвенции о праве, применимом к ответственности изготовителя 1973 г.). Статья 135 Закона предлагает пострадавшей стороне выбор между: 1) правом страны, где делинквент имеет свое предприятие или, при его отсутствии, постоянное местожительство; и 2) правом страны, где был приобретен товар, если только делинквент не докажет, что товар попал на рынок той страны без его согласия. При этом если в Швейцарии применяется иностранное право к требованию о возмещении вреда, причиненного недостатками или неверным описанием товара, то может быть присуждено лишь такое возмещение, которое полагалось бы за такой вред в соответствии со швейцарским правом.

Таким образом, швейцарский законодатель не отдает предпочтения ни правилу "место изготовления", ни правилу "место причинения ущерба", а предлагает третий вариант - исходить из местонахождения предприятия делинквента или места приобретения товаров.

Обращает на себя внимание то обстоятельство, что вышеуказанные требования могут возникать не только в связи с дефектом товара, но и ввиду предоставления неполной или неточной информации о нем. Это означает, что ответчиком в споре не всегда будет изготовитель товара.

Специальные нормы, предусматривающие коллизионное регулирование ответственности производителя, содержатся и в ГК РФ. Следует отметить, что эти нормы явились новеллами для российского законодательства.

Статья 1221 Кодекса содержит коллизионные нормы о выборе права, подлежащего применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги. Нормы этой статьи предоставляют потерпевшему право выбора между: 1) правом страны, где имеет место жительства или основное место деятельности продавец или изготовитель товара либо иной причинитель вреда; 2) правом страны, где имеет место жительства или основное место деятельности потерпевший; 3) правом страны, где была выполнена работа, оказана услуга, или 4) правом, где был приобретен товар. Предоставление потерпевшему возможности столь широкого выбора применимого права, безусловно, "повышает уровень его правовой защищенности, создает дополнительные гарантии справедливого решения коллизионной проблемы" <1>.

<1> Звеков В.П. Указ. соч. С. 75.

При этом указывается, что выбор потерпевшим права места своего жительства или основного места деятельности, а также права места, где был приобретен товар или оказана услуга, может быть признан лишь в случае, если причинитель вреда докажет, что товар поступил в соответствующую страну без его согласия. Эта оговорка призвана защитить права добросовестного изготовителя и продавца.

Если потерпевший не использует предоставленное ему право выбора, применимое право определяется в соответствии с общими нормами о праве, подлежащем применению к обязательствам вследствие причинения вреда, т.е. согласно правилам ст. 1219 ГК РФ.

11.4.2. Коллизионное регулирование обязательств, возникающих в результате дорожно-транспортных происшествий

Коллизионные нормы, регулирующие последствия дорожно-транспортных происшествий, осложненных иностранным элементом, стали предметом международно-правового регулирования в результате разработки и принятия международного договора - Конвенции о праве, применимом к автотранспортным происшествиям, которая была принята в Гааге 4 мая 1971 г.

Статья 3 Конвенции устанавливает общее правило: применимым правом является право государства, на территории которого произошло автотранспортное происшествие. В то же время Конвенция предусматривает множество исключений из традиционного метода. В частности, в ст. 4 говорится:

а) если в автотранспортном происшествии участвует только одна машина и она зарегистрирована не в том государстве, где имело место происшествие, то ответственность следующих лиц определяется в соответствии с правом страны регистрации:

- водителя, собственника или иного лица, имеющего контроль или какой-либо интерес в машине, независимо от того, где они постоянно проживают;

- пострадавшего пассажира, чье постоянное местожительство находится не в том государстве, где произошла авария;

- пострадавшего, не находившегося в машине, чье постоянное местожительство находится в стране регистрации.

Если пострадавших двое или более, то применимое право определяется в отношении каждого из них отдельно:

б) если в аварии участвуют две или более автомашины, то положения п. "а" применяются только в том случае, если все они зарегистрированы в одном государстве;

в) если участников инцидента, находившихся вне автомобиля, и других машин, оказавшихся на месте происшествия, два (две) или более, то положения п. п. "а" и "б" применяются только при условии, что все эти лица постоянно проживают в государстве регистрации. Это же правило действует и в отношении пострадавших.

Если же автомобили не зарегистрированы или зарегистрированы в нескольких государствах, то вместо права места регистрации применяется право места их обычного нахождения (**habitually stationed**) (ст. 6).

Такая детальная регламентация процесса установления применимого права и отказ от принципа права, "наиболее тесным образом связанного с правоотношением" связаны прежде всего с тем, что забота о максимальной "предвидимости" результата отыскания применимого права наибольшим образом соответствует интересам страховых организаций, которые в большой степени призваны защищать данная Конвенция.

Пострадавший может предъявлять иски непосредственно к страховщику, если этим правом он наделяется законом, применимым в соответствии со ст. ст. 3, 4 и 5 Конвенции (ст. 9).

Сфера действия применимого права определена в ст. 8 Конвенции. В соответствии с перечнем, содержащимся в этой статье, применимый закон определяет в том числе условия и объем ответственности; условия освобождения от ответственности; объем возмещения; условия передачи права требования возмещения; лиц, имеющих право на получение возмещения; исковую давность и иные вопросы. В любом случае правоприменительный орган должен учитывать правила дорожного движения, действующие в месте и в момент дорожно-транспортного происшествия.

Конвенция также содержит норму, указывающую на то, что она не регулирует вопросы ответственности производителей, продавцов транспортных средств и лиц, специализирующихся в их ремонте.

Важное положение включено в ст. 11. Она устанавливает, что Конвенция применяется и в том случае, если применимое право - это право страны, не участвующей в Конвенции. Такое условие, как справедливо отмечается исследователями, существенно расширяет сферу действия Конвенции, повышает ее унификационный эффект <1>.

<1> См.: Кабатова Е.В. Деликты в международном частном праве // Государство и право. 1992. N 9. С. 106.

Согласно ст. 7 Конвенции должны приниматься во внимание правила дорожного движения того государства, на территории которого произошло автотранспортное происшествие. Эта норма соответствует общепринятому правилу, согласно которому при определении ответственности в расчет также должны приниматься стандарты поведения и безопасности, действующие в месте и во время совершения вредоносного действия. Поскольку в соответствии с общим правилом применению подлежит право места наступления вреда, то эта норма призвана защитить интересы государства, на территории которого действует делинквент, выраженные в установленных им стандартах поведения.

Российская Федерация не является участницей этой Конвенции.

В начале 70-х годов XX в. в рамках ЕЭС была подготовлена Европейская конвенция о гражданской ответственности за вред, причиненный автомобильным транспортом (Страсбургская конвенция), 1973 г., унифицирующая материально-правовые нормы в сфере обязательств, связанных с дорожно-транспортными происшествиями. Конвенция была, однако, подписана только представителями Германии, Норвегии и Швейцарии и в силу не вступила.

11.4.3. Коллизионное регулирование обязательств, возникающих в результате деликтов на море

Отдельный вид коллизионных норм - коллизионные нормы, регулирующие последствия причинения вреда на море.

Статья 420 Кодекса торгового мореплавания (КТМ) РФ 1999 г. предусматривает правила выбора применимого права в случае отношений, возникающих из столкновения судов. Пункт 1 ст. 420 отражает приоритетность принципа **lex loci**: "Отношения, возникающие из столкновения судов во внутренних морских водах и в территориальном море, регулируются законом государства, на территории которого произошло столкновение". Если столкновение судов происходит в открытом море, а спор рассматривается в российском суде, к отношениям сторон применяются правила КТМ, т.е. нормы российского права (прежде всего правила гл. XVII КТМ "Возмещение убытков от столкновения судов"). При этом в п. 3 ст. 420 содержится исключение из общего правила: если произошло столкновение судов, плавающих под флагом одного государства, то применению подлежит закон данного государства, т.е. "закон общего флага" (**lex banderae**), независимо от места столкновения.

Следует отметить, что острота коллизионной проблемы в случаях столкновения судов часто сглаживается тем, что многие страны являются участниками Международной конвенции для объединения некоторых правил относительно столкновения судов 1910 г.

В соответствии со ст. 426 КТМ РФ пределы ответственности судовладельца определяются законом государства флага судна.

В области регулирования отношений из причинения ущерба в ходе морской перевозки опасных и вредных веществ, а также загрязнения нефтью действующие в настоящее время нормы исходят из принципа "территориальности" совершенного действия. В частности, в соответствии с нормами российского права определяется ущерб, причиненный на российской территории, в том числе в территориальном море и исключительной экономической зоне, загрязнением с судов нефтью, а также предупредительными мерами по его предотвращению или уменьшению. Это означает, что к отношениям

по нанесению ущерба в результате действий иностранных судов по загрязнению нефтью с судов в территориальном море или исключительной экономической зоне России в соответствии с односторонней коллизионной нормой ст. 421 КТМ РФ будет применяться российское право.

Многосторонние международные договоры, затрагивающие вопросы гражданской ответственности по отдельным видам правонарушений, совершаемых, как правило, источниками повышенной опасности, регулируют деликтные отношения преимущественно не коллизионным, а прямым методом, т.е. с помощью унифицированных материально-правовых норм. Для такого рода международных договоров характерны введение института объективной ответственности для причинителя вреда, ограничение объема возмещения за причиненный ущерб, обязательное страхование некоторых видов ответственности.

Среди таких договоров - Брюссельская конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 г. (СССР присоединился в 1975 г.), измененная Протоколом 1992 г. Конвенция обеспечивает получение соответствующего возмещения лицом, понесшим убытки из-за загрязнения, вызванного утечкой и сливом нефти из судов, определяет пределы ответственности делинквента. В соответствии с нормами Конвенции ограничение ответственности не допускается, если ущерб был вызван в результате виновного поведения собственника морского судна, его служащих и агентов, совершенного с целью причинения ущерба, при условии, что служащий или агент действовали при исполнении служебных обязанностей и в пределах своих полномочий.

Собственник морского судна не отвечает за ущерб от загрязнения, если докажет, что ущерб явился результатом военных или иных подобных действий или стихийного явления, исключительного по своему характеру, неизбежного и непреодолимого, виновного поведения третьих лиц или неправомерного действия властей. Конвенция освобождает собственника морского судна от ответственности за ущерб, вызванный виновными действиями потерпевшего. Кроме того, нормы Конвенции предусматривают меры обеспечительного характера для покрытия ущерба, включая страхование ответственности, предоставление банковских гарантий и т.д., обязанность по их осуществлению как собственниками морских судов, так и государствами - участниками Конвенции. В январе 2000 г. был принят Федеральный закон N 27-ФЗ "О присоединении Российской Федерации к Протоколу 1992 года об изменении Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 года и денонсации Российской Федерацией Международной конвенции о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения нефтью 1969 года" <1>. Протокол 1992 г. расширил географическую сферу применения Брюссельской конвенции 1969 г., включив в нее исключительную экономическую зону.

<1> СЗ РФ. 2000. N 2. Ст. 148.

Следует также отметить, что Российская Федерация является участником Международной конвенции о создании Международного фонда для компенсации ущерба от загрязнения нефтью 1971 г., которая дополняет Брюссельскую конвенцию 1969 г.

В 1996 г. под эгидой Международной морской организации была разработана и принята Конвенция об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ <1>. В соответствии с нормами Конвенции собственник судна отвечает за ущерб, причиненный любыми опасными и вредными веществами в ходе перевозки с момента их поступления на любую часть судового оборудования при погрузке до момента прекращения их нахождения на любой части судового оборудования при разгрузке. Российская Федерация присоединилась к этой Конвенции в январе 2000 г.

<1> Международная морская организация - **International Maritime Organization, IMO**, специализированное агентство ООН, занимающееся вопросами морских перевозок и их безопасности в сфере международной торговли. Конвенция об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ 1996 г. в силу не вступила.

Нормы об ответственности за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, включены в гл. IX КТМ РФ "Договор морской перевозки пассажира". В соответствии со ст. 197 Кодекса нормами гл. IX регулируется ответственность за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, если перевозчик и пассажир не являются гражданами или организациями Российской Федерации. Если перевозчик и пассажир являются организациями или гражданами Российской Федерации, ответственность перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, определяется в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации.

11.4.4. Коллизионное регулирование деликтов,
возникающих в сфере использования атомной энергии

Ряд конвенций действует и в области возмещения вреда за ядерный ущерб. Эти многосторонние договоры, такие как Парижская конвенция об ответственности в отношении третьих лиц в области атомной энергетики 1960 г., Брюссельская дополнительная конвенция 1963 г., Брюссельское соглашение об ответственности владельцев атомных судов 1962 г., Венская конвенция о гражданско-правовой ответственности за ядерный ущерб 1963 г., Конвенция о гражданской ответственности в области морских перевозок ядерных материалов 1971 г., исходят, как правило, из принципа компетентности судов страны, в которой произошел ядерный инцидент. При этом применяются положения соответствующих конвенций и право страны суда, в том числе для целей определения размера возмещения. В Венской конвенции 1963 г. более четко определено, что подлежит применению право страны суда, "включая нормы этого права, относящиеся к коллизионному праву". В соответствии с общим смыслом Парижской 1960 г. и Венской 1963 г. конвенций "физические и юридические лица, потерпевшие ущерб на территории любого из договаривающихся государств в результате ядерного инцидента, происшедшего на территории любого участника Конвенции, могут предъявить гражданский иск к оператору ядерной установки в суде государства, на территории которого произошел ядерный инцидент".

Правовой режим, установленный этими Конвенциями, содержит в себе как общие начала деликтной ответственности, так и подходы, специфические для возмещения ядерного ущерба. Одной из особенностей многосторонних конвенций, регулирующих последствия причинения вреда в сфере использования атомной энергии, является то, что основным субъектом ответственности выступает оператор ядерной установки (атомного судна). Специфическими чертами этих международных договоров являются также установление пределов ответственности, возможность ответственности причинителя вреда при отсутствии его вины, наличие системы финансового обеспечения, включающего в себя как обязательное страхование ответственности, так и возмещение вреда государством. В конвенциях, регулирующих вопросы гражданской ответственности, возникающих в сфере ядерной деятельности, предусмотрены также основания, исключающие ответственность (форс-мажорные обстоятельства, военные действия, стихийные бедствия и т.д.).

Российская Федерация является участницей Венской конвенции о гражданско-правовой ответственности за ядерный ущерб 1963 г. с марта 2005 г. Конвенция разрабатывалась под эгидой МАГАТЭ и вступила в силу в 1977 г.

Характерной особенностью Конвенции о гражданской ответственности в области морских перевозок ядерных материалов 1971 г. является освобождение морского перевозчика ядерных материалов от ответственности за вред, причиненный третьим лицам, наряду с возложением на него ответственности за ущерб, причиненный транспортному средству, на котором перевозятся ядерные материалы.

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 энергетики от 22 октября 1986 г., предусмотрена исключительная подсудность для рассмотрения таких исков судов страны места совершения действия.

Федеральный закон от 21 ноября 1995 г. N 170-ФЗ "Об использовании атомной энергии" <1> определяет основания, виды и пределы гражданско-правовой ответственности, иные правовые последствия причинения вреда путем радиационного воздействия, в том числе предусматривается система государственного финансового обеспечения для целей возмещения такого вреда.

<1> СЗ РФ. 1995. N 48. Ст. 4552.

11.4.5. Коллизионное регулирование недобросовестной конкуренции

Обязательства, возникающие вследствие совершения действий, относящихся к недобросовестной конкуренции, принято относить к обязательствам по возмещению или минимизации причиненного такими действиями вреда.

Понятие недобросовестной конкуренции в российском праве содержится в п. 9 ст. 4 и ст. 14 Федерального закона от 26 июля 2006 г. N 135-ФЗ "О защите конкуренции" (с изм. и доп., вступ. в силу с 30 января 2014 г.) <1>, ст. 5 Федерального закона от 13 марта 2006 г. N 38-ФЗ "О рекламе" (с изм. и доп., вступ. в силу с 30 января 2014 г.) <2>.

<1> СЗ РФ. 2006. N 31 (ч. I). Ст. 3434; 2013. N 52 (ч. I). Ст. 6988.

<2> СЗ РФ. 2006. N 12. Ст. 1232; 2013. N 52 (ч. I). Ст. 6981.

Федеральный закон "О защите конкуренции" определяет недобросовестную конкуренцию как 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 которые причинили или могут причинить убытки другим хозяйствующим субъектам - конкурентам либо нанесли или могут нанести вред их деловой репутации. Федеральным законом "О рекламе" не допускается недобросовестная и недостоверная реклама (п. 1 ст. 5), т.е. такая, которая содержит некорректные сравнения рекламируемого товара с находящимися в обороте товарами, которые произведены другими изготовителями или реализуются другими продавцами, порочит честь, достоинство и деловую репутацию лица, в том числе конкурента, представляет собой рекламу товара, реклама которого запрещена данным образом, в данное время или в данном месте, если она осуществляется под видом рекламы другого товара, товарный знак или знак обслуживания которого тождествен или сходен до степени смешения с товарным знаком или знаком обслуживания товара, в отношении рекламы которого установлены соответствующие требования и ограничения, а также под видом рекламы изготовителя или продавца такого товара. Недобросовестной признается также реклама, которая является актом недобросовестной конкуренции в соответствии с антимонопольным законодательством (п. 4 ст. 5).

Статьей 14 Федерального закона "О защите конкуренции" установлен запрет на недобросовестную конкуренцию и предусмотрен исчерпывающий перечень действий, отнесенных законом к недобросовестной конкуренции.

Используемое в действующем российском законодательстве определение недобросовестной конкуренции содержит, помимо описания самих действий недобросовестной конкуренции, указание на убытки, уже причиненные недобросовестными конкурентными действиями, или убытки, возможные в будущем, или на вред, причиненный деловой репутации, чести и достоинству. Соответственно, обязательства, возникающие у лица, которое совершило недобросовестное конкурентное действие, являются обязательствами из причинения вреда или деликтными обязательствами.

Понятие недобросовестной конкуренции содержится в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., участницей которой является Российская Федерация.

Действием (актом) недобросовестной конкуренции Конвенция (ст. 10-bis) считает всякий акт конкуренции, противоречащий честным обычаям в промышленных и торговых делах. Неисчерпывающий перечень таких действий, приведенный в Конвенции, включает: 1) все действия, способные каким бы то ни было способом вызвать смешение в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента; 2) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента; 3) указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров. Статьей 10-ter Конвенции предусмотрено обязательство стран-участниц обеспечить своим гражданам законные средства для эффективного пресечения всех действий, в том числе недобросовестной конкуренции, и предусмотреть меры, позволяющие союзам и объединениям промышленников, изготовителей или торговцев иметь доступ в судебные и административные органы государств для испрашивания соответствующей охраны. Положения ст. 10-bis применяются и для охраны товарных знаков, зарегистрированных в одной из стран - участниц Конвенции по принципу "таким, как он есть" (ст. 6-quinquies).

Защита от недобросовестной конкуренции с позиций положений Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. отнесена к сфере охраны промышленной собственности, включенной Всемирной организацией интеллектуальной собственности (ВОИС) в состав интеллектуальной собственности <1>.

<1> Convention Establishing the World Intellectual Property Organization, Signed at Stockholm on July 14, 1967 and as amended on September 28, 1979, WIPO Publication N 250; WIPO Intellectual Property Handbook: Policy, Law and Use. - WIPO Publication N 489 (E) (<http://www.wipo.int/about-ip/en/iprm/index.html>).

В отличие от Парижской конвенции 1883 г. российское законодательство не относит недобросовестную конкуренцию к объектам интеллектуальной собственности и не включает положений о недобросовестной конкуренции в часть четвертую ГК РФ, введенную в действие с 1 января 2008 г. Это объясняется, как отмечено в комментарии к части четвертой ГК РФ <1>, тем, что право "на пресечение недобросовестной конкуренции" представляет собой лишь право на защиту от неправомерного поведения, а не право на промышленную собственность как интеллектуальный продукт, на его использование, которое правообладатель может разрешать или запрещать другим лицам. Другие комментарии к ГК РФ подобных выводов не содержат, напротив, отмечая, что некоторые формы недобросовестной конкуренции запрещаются также в законах в области интеллектуальной собственности

<2>.

<1> Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского; вступ. ст. В.Ф. Яковлева. М., 2008. С. 318.

<2> Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (частям первой, второй, третьей) / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Ю. Кабалкина, А.Г. Лисицына-Светланова. М., 2005. Ст. 1222.

Вместе с тем, несмотря на отсутствие положений о недобросовестной конкуренции в части четвертой ГК РФ, Федеральный закон "О защите конкуренции" (п. 3 ст. 14) прямо относит незаконное использование результатов интеллектуальной деятельности и приравненных к ним средств индивидуализации юридического лица, средств индивидуализации продукции, работ, услуг к действиям недобросовестной конкуренции.

Как показывает судебная практика, вопросы недобросовестной конкуренции в основном рассматриваются судами в тех случаях, когда споры между хозяйствующими субъектами возникают по поводу объектов промышленной собственности - товарных знаков, знаков обслуживания, фирменных наименований <1>.

<1> Определения ВАС РФ от 19 марта 2008 г. N 3190/08 по делу N А40-967/07-110-10; от 30 мая 2007 г. N 6601/07 по делу N А60-20536/2005-с1 // СПС "КонсультантПлюс".

Существующие в российском законодательстве охранительные императивные нормы публично-правового характера, вводящие запрет на совершение действий недобросовестной конкуренции, носят территориальный характер. С точки зрения гражданско-правовых последствий совершения недобросовестных конкурентных действий при наличии в отношениях конкуренции иностранного элемента возникает вопрос о том, какой из правопорядков - отечественный или иностранный, - подлежит применению в конкретном случае причинения убытков или возникновения вреда.

В зарубежном праве и практике коллизионное регулирование обязательств, возникающих вследствие недобросовестной конкуренции, основывается на необходимости правовой охраны добросовестной конкуренции <1>. Коллизионное право, касающееся недобросовестной конкуренции, рассматривается в абсолютном большинстве случаев как часть международного деликтного права <2>. С позиций материально-правового регулирования недобросовестная конкуренция рассматривается в качестве внедоговорных (деликтных) обязательств, возникающих в результате совершения действий недобросовестной конкуренции (ЕС, Австрия, Швейцария).

<1> См.: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М., 2001. С. 255.

<2> Там же. С. 260 - 261.

В странах ЕС с принятием Регламента от 11 июля 2007 г. N 864/2007 "О праве, применимом к внедоговорным обязательствам", получившего название "Рим II" <1>, произошла унификация коллизионного регулирования, в том числе обязательств, возникающих вследствие недобросовестной конкуренции. Как и прочие регламенты ЕС, Регламент "Рим II" обладает прямым действием и обязателен к применению всеми судами стран-участниц (п. 8 преамбулы).

<1> OJ N L 199/40, 31.07.2007.

В Законе Австрии 1978 г. о международном частном праве коллизионная норма об определении права, применимого к обязательствам о возмещении вреда из недобросовестной конкуренции (ч. 2 § 48), включена в норму, посвященную внедоговорным обязательствам из причинения вреда (ч. 1 § 48) <1>. Аналогичная коллизионная норма содержится в Законе Швейцарии 1987 г. о международном частном праве (ст. 136) в разделе третьем, посвященном обязательствам из причинения вреда <2>. В Законе Лихтенштейна 1996 г. о международном частном праве норма ст. 52 о внедоговорных требованиях о возмещении вреда содержит в части второй коллизионную норму о праве, применимом к требованиям о возмещении вреда и другим требованиям из недобросовестной конкуренции <3>.

<1> Международное частное право: иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 167.

<2> Там же. С. 655.

<3> Там же. С. 416.

Частью третьей ГК РФ впервые в российское коллизионное право в 2002 г. была введена норма (ст. 1222), определяющая право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции. Указанная норма претерпела существенные изменения в связи с теми поправками, которые были внесены в третью часть ГК РФ Федеральным законом от 30 сентября 2013 г. N 260-ФЗ <1>.

<1> СЗ РФ. 2013. N 40 (ч. III). Ст. 5030.

Если в предыдущей редакции ГК РФ ст. 1222 именовалась "Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции", то в новой редакции как наименование, так и содержание коллизионной нормы изменены на "Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции". Изменения отражают общую тенденцию коллизионного регулирования обязательств, возникающих вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции, закрепленную в Регламенте ЕС "Рим II" (ст. 6).

Объем коллизионной нормы ст. 1222 (в новой редакции) не ограничивается лишь обязательствами, возникающими вследствие недобросовестной конкуренции, но также распространяется на обязательства, возникающие вследствие ограничения конкуренции.

Формы проявления этого объема весьма сложны и разнообразны <1>. Если в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. содержится примерный перечень действий (актов) недобросовестных конкурентных действий, то в Федеральном законе "О защите конкуренции" (ст. 14) к таким действиям отнесены: 1) распространение ложных, неточных или искаженных сведений, которые могут причинить убытки хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации; 2) введение в заблуждение в отношении характера, способа и места производства, потребительских свойств, качества и количества товара или в отношении его производителей; 3) некорректное сравнение хозяйствующим субъектом производимых или реализуемых им товаров с товарами, производимыми или реализуемыми другими хозяйствующими субъектами; 4) 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; 5) незаконное получение, использование, разглашение информации, составляющей коммерческую, служебную или иную охраняемую законом тайну.

<1> Постатейный комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (частям первой, второй, третьей) / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Ю. Кабалкина, А.Г. Лисицына-Светланова. М., 2005. Ст. 1222.

Определяя объем коллизионной нормы ст. 1222 ГК РФ, необходимо отделять собственно недобросовестную конкуренцию от ограничительной конкурентной практики <1>. К подобной практике в Федеральном законе "О защите конкуренции" отнесены картельные соглашения между хозяйствующими субъектами-конкурентами, осуществляющими продажу на одном товарном рынке, если такие соглашения приводят или могут привести к установлению или поддержанию цен (тарифов), надбавок (доплат), наценок; повышению, снижению или поддержанию цен на торгах; разделу товарного рынка по территориальному принципу, объему продажи или покупки товаров, ассортименту реализуемых товаров либо составу продавцов или покупателей (заказчиков); сокращению или прекращению производства товаров; отказу от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками) (п. 1 ст. 11 Федерального закона "О защите конкуренции"). Этой же нормой ст. 11 (п. 2) к ограничительной конкурентной практике отнесены "вертикальные" соглашения между хозяйствующими субъектами. К особому случаю ограничительной конкурентной практики отнесены соглашения хозяйствующих субъектов оптового и (или) розничного рынка электрической энергии, организаций коммерческой инфраструктуры, организаций технологической инфраструктуры, сетевых организаций, если такие соглашения приводят к манипулированию ценами на оптовом и (или) розничных рынках электрической энергии (п. 3 ст. 11), а также все иные соглашения между участниками одного товарного рынка, которые приводят к навязыванию контрагентам условий договора, не выгодных для него, к экономически, технологически или иным образом не обоснованному установлению цен (тарифов) на один и тот же товар, созданию препятствий доступу на товарный рынок или выходу из товарного рынка (п. 4 ст. 11). К ограничительной конкурентной практике Закон относит также не только соглашения, но и согласованные действия хозяйствующих субъектов, ограничивающие конкуренцию (ст. 11.1). По смыслу ограничительной конкурентной практики к ней

относится и злоупотребление доминирующим положением (ст. 10). В большинстве зарубежных стран (Франция, ФРГ, Швейцария, США, Великобритания) ограничительная конкурентная практика отнесена к монополистической деятельности конкурентов, использованию ими своего доминирующего положения.

<1> См.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Раздел VI "Международное частное право": Комментарий и постатейные материалы / Отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004. С. 227 - 228; Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М., 2001. С. 257 - 260.

В Регламенте ЕС "Рим II" специально подчеркивается (п. 22 преамбулы), что "внедоговорные обязательства, возникающие вследствие ограничений конкуренции, охватывают ограничения, установленные как национальным правом стран-участниц, так и правом Сообщества". К ограничениям конкуренции (п. 23) Регламент относит запреты соглашений между предприятиями, решений объединения предприятий, согласованной практики, имеющих своей целью или следствием создание препятствий, ограничений или искажений конкуренции в стране - участнице Сообщества или на внутреннем рынке Сообщества. К ограничениям конкуренции относится также запрет на злоупотребление доминирующим положением, установленный как национальным законодательством, так и правом Сообщества, в той части, в какой такой запрет предусмотрен Договором об учреждении ЕС. Общая норма о коллизионном регулировании отношений, вытекающих из недобросовестной конкуренции и ограничений конкуренции, сформулированная в ст. 6 Регламента, имеет своей целью защитить конкурентов, потребителей и общество в целом от недобросовестных конкурентных действий и обеспечить надлежащее функционирование рыночной экономики.

В Законе Швейцарии 1987 г. о международном частном праве сформулированы две коллизионные нормы: одна касается права, применимого к требованиям из недобросовестной конкуренции (ст. 136), вторая - к требованиям из ограничения конкуренции (ст. 137).

Основная **коллизионная привязка** ст. 1222 ГК РФ отсылает к праву страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства. Поскольку требования о возмещении вреда, причиненного вредоносным действием недобросовестной конкуренции или ограничением конкуренции, по общему правилу отнесены к требованиям из деликтных обязательств, логичным было бы полагать, что коллизионной привязкой должно быть право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, или место наступления вреда. Однако такая общая формула прикрепления не отражает специфики возникновения обязательств по возмещению вреда в сфере конкурентных отношений <1>. Для конкуренции не имеет значения место совершения действия недобросовестной конкуренции или ограничения конкуренции, а учитывается рынок, который затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства. Норма ст. 1222 ГК РФ, равно как и аналогичные коллизионные нормы зарубежного законодательства, не дает разъяснений, что следует понимать под таким рынком.

<1> См.: Международное частное право: Учебник / Отв. ред. Н.И. Марышева. М., 2004. С. 397.

Дополнительной коллизионной привязкой (абз. 2 п. 1 ст. 1222 ГК РФ) применительно к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, введено новое коллизионное правило, применимое в том случае, если недобросовестная конкуренция затрагивает исключительно интересы отдельного лица. Тогда применимое право определяется по коллизионным правилам, касающимся деликтных обязательств (ст. 1219 ГК РФ), и правилам о выборе применимого права сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения (ст. 1223.1 ГК РФ). Эта новая дополнительная коллизионная привязка заметно расширяет круг субъектов, на которых рассчитаны положения ст. 1222 ГК РФ, поскольку сторонами обязательств, возникающих вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции, могут оказаться не только хозяйствующие субъекты - участники конкурентных отношений, но и потребители (физические лица). Именно этим субъектам предоставлено право выбора применимого права, и на них распространяются коллизионные начала деликтной ответственности.

Напротив, хозяйствующие субъекты - участники конкурентных отношений не вправе совершать выбор права, применимого к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции (п. 3 ст. 1222 ГК РФ), и, следовательно, коллизионная норма ст. 1222, за одним исключением, носит императивный характер.

В зарубежном праве формула прикрепления коллизионных норм, применяемых к требованиям из недобросовестной конкуренции, формулируется как "право государства, на рынке которого наступили

вредные последствия" (ч. 1 ст. 136 Закона Швейцарии 1987 г. "О международном частном праве"); "право того государства, на чей рынок конкуренция оказывает влияние" (ч. 2 § 48 Закона Австрии 1978 г. "О международном частном праве"); "право того государства, на чей рынок конкуренция оказывает влияние" (ч. 2 ст. 52 Закона Лихтенштейна 1996 г. "О международном частном праве").

В отличие от национального законодательства коллизийная привязка ч. 1 ст. 6 Регламента ЕС "Рим II" сформулирована гораздо шире: "к внедоговорным обязательствам, возникающим из недобросовестной конкуренции, применяется право страны, в которой затронуты или могут быть затронуты конкурентные отношения или коллективные интересы потребителей". К отношениям, возникающим из ограничений конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут или может быть затронут подобным действием (ч. 3 (а) ст. 6). Эта коллизийная привязка совпадает с теми, которые применяются и в национальном законодательстве зарубежных стран. Однако Регламент "Рим II" вводит дополнительную формулу прикрепления к обязательствам, возникающим из ограничений конкуренции. Если затронут или может быть затронут рынок нескольких стран, лицо, требующее возмещения вреда в суде по месту нахождения ответчика (причинителя вреда), вправе выбрать в качестве применимого право страны суда, при условии, что рынок этой страны относится к числу рынков, прямо и существенным образом затронутых ограничением конкуренции, из которого возникло обязательство, служащее основанием иска. При наличии нескольких ответчиков, привлекаемых в соответствии с правилами подсудности страны суда, истец вправе выбрать право страны суда лишь в том случае, когда ограничение конкуренции, в отношении которого предъявлен иск к каждому из ответчиков, прямо и существенным образом затрагивает также рынок в стране - участнице Сообщества, в которой находится суд.

Коллизийная норма ст. 6 Регламента "Рим II" не допускает автономии воли сторон выбрать иное применимое право и тем самым имеет императивный характер.

Несмотря на то что коллизийная привязка, отсылающая к применимому праву "страны, рынок которой затронут или может быть затронут недобросовестным конкурентным действием", наполнилась в Регламенте "Рим II" более сложным содержанием, она не раскрывает понятия "рынок". Точно так же ни российское, ни зарубежное национальное коллизийное право этого понятия не раскрывают. Следует ли понимать, что коллизийная привязка под "рынком" подразумевает территориальный рынок, поскольку отсылка осуществляется к праву того государства, "рынок которого затронут недобросовестной конкуренцией", "на котором наступили вредоносные последствия", "на который недобросовестная конкуренция оказывает влияние"? Очевидно, понятие территориального или товарного (финансового) рынка, рынка услуг следует искать в материальном праве того или иного государства, учитывая при этом, что субъекты конкурентных отношений (хозяйствующие субъекты) необязательно должны выступать на этом рынке сообща <1>. Воздействие на затронутый недобросовестной конкуренцией рынок происходит и в ситуации, когда хозяйствующие субъекты осуществляют товарную интервенцию, обладающую признаками недобросовестной конкуренции, или применяют недобросовестную конкуренцию иным способом.

КонсультантПлюс: примечание.

Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) (под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова) включен в информационный банк согласно публикации - Юристъ, 2002.

<1> См.: Комментарий части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2003. С. 479.

Сферой применения Федерального закона "О защите конкуренции" (ст. 3) по кругу лиц признаются отношения, в которых участвуют российские юридические лица и иностранные юридические лица, индивидуальные предприниматели, федеральные органы исполнительной власти, органы государственной власти субъектов Российской Федерации, органы местного самоуправления, иные органы и организации. Присутствие всех указанных субъектов на территории РФ не является обязательным, разумеется, кроме федеральных органов исполнительной власти, органов государственной власти субъектов Российской Федерации, органов местного самоуправления. Согласно ст. 4 указанного Закона под товарным рынком понимается сфера обращения товара, в том числе товара иностранного производства, который не может быть заменен другим товаром, или взаимозаменяемых товаров, в границах которой (в том числе географических), исходя из экономической, технической или иной возможности либо целесообразности, приобретатель может приобрести товар, и такая возможность либо целесообразность отсутствует за ее пределами. Товарным рынком в Российской Федерации считается территориальный (географический) рынок определенного товара (товаров), не имеющего заменителей. Соответственно, применительно к конкурентным отношениям для определения рынка

используется не только территориальный, но и товарный признак, что позволяет точнее выяснить привязку обязательства, возникающего вследствие недобросовестной конкуренции, к географическому (территориальному) рынку, который затронут конкуренцией.

Коллизионная привязка ст. 1222 ГК РФ не исключает применения к требованиям из недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции права иного государства, если это вытекает из закона или существа обязательства.

Регулирование конкурентных отношений в любом государстве предусматривает наличие императивных норм, содержащих запреты действий (бездействия), нарушающих свободу конкуренции, и недобросовестную конкуренцию. Эти запреты адресованы не только хозяйствующим субъектам, но и органам исполнительной власти, местного самоуправления. Запрет на принятие актов и (или) осуществление действий (бездействия), которые приводят или могут привести к недопущению, ограничению, устранению конкуренции, адресован ст. 15 Федерального закона "О защите конкуренции" федеральным органам исполнительной власти, органам власти субъектов Российской Федерации, органам местного самоуправления, иным осуществляющим функции указанных органов органам и организациям. Императивная норма ст. ст. 10, 11, 11.1, 14 того же Закона содержит запреты, адресованные хозяйствующим субъектам. Подобные запреты и ограничения могут содержаться и в законодательстве зарубежных стран. Вследствие этого не исключается применение положений ст. 1192 ГК РФ о применении императивных норм.

Право иное, чем право страны, рынок которой затронут недобросовестной конкуренцией, может применяться, если это вытекает из существа обязательства. Законом Швейцарии 1987 г. о международном частном праве предусмотрен случай возмещения вреда, причиненного недобросовестной конкуренцией, если между участниками конкурентных отношений существуют договорные отношения (ч. 3 ст. 136, ч. 3 ст. 133). В подобном случае к требованию, основанному на противоправном действии, нарушающем существующее между причинителем вреда и потерпевшим правоотношение, применяется право, применимое к этому правоотношению. К обязательствам из недобросовестной конкуренции, затрагивающей интересы не всего рынка, а отдельного предприятия, подлежит применению право места нахождения этого предприятия (ч. 2 ст. 136).

В отличие от содержания коллизионных норм национального права стран-участниц (и права стран, не входящих в Сообщество) Регламент ЕС "Рим II" предписывает применение общего коллизионного начала к обязательствам из причинения вреда права страны, в которой наступил вред, если действие недобросовестной конкуренции привело к возникновению вреда у одного отдельного конкурента. В этом случае право страны, в которой наступил вред, применяется независимо от того, в какой стране имело место действие, в результате которого такой вред возник, и независимо от того, в какой стране или странах возникли косвенные последствия такого вреда (ч. 1 ст. 4). Однако, если лицо, причинившее вред, и лицо, которому вред причинен, на момент возникновения вреда имели обычное место жительства в одной и той же стране, применяется право этой страны (ч. 2 ст. 4). Регламент также допускает применение коллизионной привязки "более тесной связи", если из обстоятельств вытекает, что причинение вреда имеет явно более тесную связь с другой страной, чем страна, в которой вред возник, или страна общего места жительства причинителя вреда и лица, потерпевшего вред.

11.4.6. Коллизионное регулирование деликтов, совершенных при эксплуатации воздушного транспорта

Эксплуатация воздушно-транспортных средств, являющихся источником повышенной опасности, нередко приводит к возникновению вреда. Он может быть причинен их владельцам в результате взаимодействия воздушных судов, лицам, находящимся на поверхности (земли, воды), в результате падения их самих либо выпавших из них лиц или предметов и даже просто вследствие нормальной эксплуатации воздушных судов (шумы, звуковой удар, эмиссия вредных веществ и т.п.).

Правовое регулирование внедоговорных обязательств, возникающих при эксплуатации воздушного транспорта, при наличии иностранного элемента может осуществляться коллизионным методом. В этих случаях обычно применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (*lex loci delicti commissi*). Дело усложняется, когда воздушные суда разной национальной принадлежности сталкиваются над нейтральными водами. Кодекс Бустаманте, например, в этих случаях предлагает руководствоваться законом флага потерпевшего судна, если столкновение произошло по вине одного из его участников. Если же виновных нет, то, согласно Кодексу, каждый из участников столкновения несет половину общей суммы убытков, определенной в соответствии с законом одного из них, и половину суммы, определенной в соответствии с законом другого.

Вместе с тем на воздушном транспорте существует сфера правонарушений, которая регулируется

прямым методом, унифицированными правовыми нормами. Это касается ущерба, причиненного лицам, находящимся на поверхности (земли, воды), воздушными судами в полете либо лицами или предметами, выпавшими из таких судов <1>. По данному вопросу в 1952 г. в Риме была подписана Конвенция об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности. В Конвенции, наряду с Россией, участвует почти 50 государств. В 1978 г. был подписан Протокол к Римской конвенции, внесший в нее некоторые изменения. Протокол вступил в силу, однако имеет незначительное количество участников. Ни СССР, ни Россия не являются его участниками.

<1> Исследованию этой тематики была посвящена специальная глава во второй книге монографии "Международное воздушное право" (под ред. А.П. Мовчана и О.Н. Садикова. М., 1981 (авторы главы - Ю.Н. Малеев и В.П. Овчинников)).

Целью принятия Римской конвенции 1952 г. была унификация правил об ответственности владельцев воздушных судов как источников повышенной опасности, а главное, ограничение размера этой ответственности. Конвенция создавала условия для развития воздушных сообщений и укрепления еще молодого в то время воздушного транспорта. Она, так же как и Варшавская конвенция 1929 г., создает определенные гарантии для авиатранспортных предприятий от разорения на случай возникновения огромных убытков в результате авиакатастроф и причинения вреда жизни и здоровью граждан, имуществу. Однако если Варшавская конвенция защищает перевозчика на случай причинения вреда пассажирам, грузу и багажу, находящемуся на самом воздушном судне в соответствии с договором перевозки, то Римская конвенция ограничивает ответственность транспортной организации на случай причинения внедоговорного вреда третьим лицам, отличным от пассажиров и грузовладельцев. Вот почему в названии и тексте Римской конвенции 1952 г. появилось словосочетание "третьи лица на поверхности".

Римская конвенция применяется к случаям причинения ущерба на территории одного государства-участника воздушным судном, зарегистрированным в другом государстве-участнике. Протокол 1978 г. с учетом практики несколько расширил сферу применения Конвенции, распространив ее также на суда, которые зарегистрированы в других государствах, но эксплуатируются лицом, основное место деятельности или постоянное местопребывание которого находится в государстве-участнике.

Для обозначения **субъекта ответственности** Римская конвенция 1952 г. ввела понятие "эксплуатант", которое впоследствии укоренилось как в международных авиационных правилах и регламентах, так и во внутреннем авиационном законодательстве многих государств (см., например, ст. 61 Воздушного кодекса РФ). В целях Конвенции "эксплуатант" означает лицо, которое использует воздушное судно или осуществляет контроль над его навигацией в момент причинения ущерба (ст. 2). Зарегистрированный собственник воздушного судна считается его эксплуатантом до доказательства противного. Эксплуатант, однако, является не единственным субъектом, ответственность которого регулируется Конвенцией. Ими являются агенты и служащие эксплуатанта, использующие воздушное судно при исполнении своих служебных обязанностей. "Если лицо, являющееся эксплуатантом в момент причинения ущерба, не обладало исключительным правом пользования воздушным судном в течение периода свыше четырнадцати дней, считая с момента возникновения этого права пользования, то лицо, от которого произошло такое право, несет солидарную ответственность с эксплуатантом, причем каждый из них связан обязательствами согласно положениям настоящей Конвенции и в предусмотренных ею пределах ответственности" (ст. 3).

"Если какое-либо лицо использует воздушное судно без согласия лица, обладающего правом осуществлять контроль над его навигацией, то это последнее лицо, если только оно не докажет, что приняло надлежащие меры для предотвращения такого использования, несет солидарную ответственность с незаконным пользователем за ущерб, дающий право на возмещение согласно статье 1, причем каждый из них связан обязательствами согласно положениям настоящей Конвенции и в предусмотренных ею пределах ответственности" (ст. 4).

При столкновении воздушных судов или создании ими друг для друга помех, послуживших причиной возникновения ущерба, последний считается причиненным всеми столкнувшимися судами, и их эксплуатанты несут совместную ответственность за его возмещение (ст. 7).

Все перечисленные субъекты несут ответственность в соответствии с условиями и пределами, предусмотренными Конвенцией, за исключением случаев умышленного причинения вреда (ст. 9). Ответственность лица, незаконно завладевшего воздушным судном без согласия его эксплуатанта, является также неограниченной (п. 2 ст. 12).

Конвенция определяет условия ответственности эксплуатанта. Прежде всего она устанавливает **причинно-следственные рамки**, ограничивающие возможность возложения ответственности на него (ст. 1). Во-первых, ответственность возникает только при наличии происшествия.

Право на возмещение отпадает, если ущерб не является прямым следствием такого происшествия или если ущерб является результатом простого факта пролета воздушного судна через воздушное пространство в соответствии с существующими правилами воздушного движения. Таким образом, в странах - участницах Римской конвенции 1952 г., если случай подпадает под ее действие, требования о возмещении вреда, причиненного воздушным судном в результате производимого им шума или эмиссии вредных веществ, удовлетворению не подлежат.

Ответственность эксплуатанта наступает только в случае, если в момент причинения вреда судно находилось в полете. В целях Конвенции воздушное судно считается находящимся в полете с момента использования тяги двигателей для взлета до момента окончания пробега при посадке. Если воздушное судно легче воздуха, например дирижабль, выражение "в полете" означает период с момента его отделения от поверхности до момента его прикрепления к ней.

Устанавливая в интересах потерпевших **строгую, независящую от вины, ответственность эксплуатанта** как владельца источника повышенной опасности, Конвенция определяет основания, исключающие такую ответственность.

В частности, ответственность не наступает, если ущерб является прямым следствием вооруженного конфликта или гражданских волнений либо акта государственной власти, в силу которого эксплуатант был лишен возможности использовать воздушное судно (ст. 5). Таким образом, в перечень оснований, освобождающих эксплуатанта от ответственности, не входят обстоятельства, которые принято относить к форс-мажорным (стихийные бедствия исключительного характера, ураганы, тяжелые метеорологические условия и пр.). Современное оборудование, скоростные характеристики, высокий уровень мобильности воздушных судов, бортовые и наземные средства связи и предупреждения об опасностях полета - нелетной погоде, угрозе стихийного бедствия, столкновениях с другим летательным аппаратом и др., как правило, обеспечивают возможность эксплуатанту воздушного судна в отличие, например, от владельца морского судна практически исключить случаи попадания судна в экстремальные условия.

Если воздушное судно выбыло из-под контроля его законного владельца и использовалось без его на то согласия, последний освобождается от ответственности, если докажет, что принял надлежащие меры для предотвращения такого использования. В противном случае он несет солидарную ответственность вместе с незаконным пользователем (ст. 4).

Традиционно основанием освобождения от ответственности или ее уменьшения является наличие вины лица, которому причинен ущерб (ст. 5).

Римская конвенция 1952 г. устанавливает **пределы ответственности** лиц, эксплуатирующих воздушные суда. Пределы ответственности зависят от максимального взлетного веса воздушного судна, причинившего ущерб. Для судов весом более 50 тонн предел ответственности составляет 10500000 франков плюс по 100 франков за каждый килограмм сверх указанного веса. Причем ответственность за смерть или телесные повреждения не может превышать 500000 франков в отношении каждого потерпевшего. Пределы выражены в тех же золотовалютных единицах, что и в Варшавской конвенции 1929 г. Такая валютная единица состоит из 65,5 мг золота пробы 900/1000. Соответственно, последняя сумма в зависимости от применяемых правил перевода валютных единиц в национальную валюту примерно будет равняться 40 - 60 тыс. долл. США. Протокол 1978 г. увеличил в среднем в три раза пределы ответственности эксплуатанта, выразив их в СПЗ МВФ. Однако даже установленные Протоколом повышенные пределы ответственности являются недостаточными для стран с высоким уровнем жизни, поскольку не обеспечивают адекватного возмещения возможного ущерба от авиакатастроф (Канада, Австралия денонсировали Римскую конвенцию 1952 г.). Этим объясняется и состав участников обоих документов, в который входят в основном развивающиеся страны или государства с небольшой территорией (Италия, Испания, Люксембург).

Конвенция устанавливает довольно сложные **правила распределения возмещения** на случай, если общая сумма требований превышает установленный предел ответственности. В частности, если требования предъявляются как в связи со смертью или телесным повреждением, так и в связи с ущербом, причиненным имуществу, то половина общей суммы, подлежащей распределению, выделяется для удовлетворения требований в связи со смертью или телесным повреждением. Остаток общей суммы распределяется пропорционально между требованиями, связанными с причинением ущерба имуществу, и той частью требований, связанных со смертью или телесным повреждением, которые не были удовлетворены из первой половины суммы.

При столкновении двух или более воздушных судов лица, которым причинен ущерб, имеют право на возмещение по совокупности пределов ответственности, применимых к каждому воздушному судну, однако ни один из эксплуатантов не несет ответственность в сумме, которая превышала бы предел, применимый к его воздушному судну.

Пределы ответственности, установленные Конвенцией, не включают судебных издержек.

Специальная гл. III Конвенции посвящена **мерам, обеспечивающим исполнение обязательств по**

возмещению причиненного вреда. Прежде всего устанавливается право государства требовать, чтобы эксплуатант иностранного воздушного судна надлежащим образом застраховал на условиях Конвенции свою ответственность за ущерб, который может быть причинен на его территории. Страхование ответственности авиакомпаний как метод обеспечения обязательств в настоящее время активно используется при осуществлении международных воздушных сообщений. Однако Конвенция допускает и также подробно регламентирует иные способы обеспечения обязательств, которые в современных условиях развитого страхового рынка применяются редко и не имеют большого практического значения. К ним относятся денежный депозит, банковская гарантия и, наконец, гарантия государства регистрации воздушного судна.

Соответственно, на борту иностранного воздушного судна должны находиться страховое свидетельство либо иные документы, подтверждающие наличие предусмотренных гарантий.

Глава IV Римской конвенции 1952 г. посвящена **срокам предъявления требований, исковой давности и вопросам гражданского процесса.** Потерпевшее лицо, не предъявившее иск или требование эксплуатанту в течение 6 месяцев с даты происшествия, может рассчитывать на возмещение только после удовлетворения всех требований, предъявленных в срок, при условии, что их размер не достиг пределов ответственности эксплуатанта, установленных Конвенцией (ст. 19).

В Конвенции предусмотрен двухгодичный срок исковой давности, который начинается течь со дня происшествия. Основания для приостановления и перерыва этого срока определяются по закону суда, однако в любом случае право на предъявление иска утрачивается по истечении трех лет с указанного момента (ст. 21).

Иски могут быть предъявлены только в судах государства, на территории которого был причинен ущерб. Однако по соглашению между истцами и ответчиками иски могут быть предъявлены в суды любого другого государства - участника Конвенции при условии, что это не ущемляет прав лиц, предъявивших иски по месту причинения вреда. Стороны могут также договориться о передаче их споров в арбитраж в любом государстве - участнике Конвенции.

Государства обязуются принимать меры по уведомлению ответственных лиц о предъявленных к ним требованиях и исках, а также по объединению всех исков, связанных с одним и тем же происшествием, в единое производство. Судебные решения, принятые в государстве - участнике Конвенции после выполнения необходимых формальностей, подлежат исполнению в государстве, где должник имеет постоянное место пребывания или основное место деятельности или обладает имуществом.

Отказ в исполнении решения суда возможен только при следующих обстоятельствах:

- а) судебное решение было вынесено заочно и ответчик не был уведомлен о рассмотрении иска в суде в срок, достаточный для того, чтобы он мог предпринять в связи с этим какие-либо действия;
 - б) ответчику не была предоставлена возможность защищать свои интересы;
 - с) судебное решение вынесено по делу, которое уже являлось предметом судебного решения в отношении тех же самых сторон, и в соответствии с законом государства, где оно подлежит исполнению, признано окончательным;
 - д) судебное решение принято под влиянием обмана;
 - е) заявление об исполнении подано неполномочным лицом.
- Оговариваются некоторые иные основания отказа в исполнении судебных решений, связанные, в частности, с соблюдением принципа взаимности.

В процессе приведения в исполнение судебного решения существо дела не может рассматриваться вновь. Однако в исполнении судебного решения может быть также отказано, если такое решение противоречит публичному порядку государства, в котором оно затребовано. Конвенцией регулируется порядок возмещения судебных издержек и начисления процентов на присужденную сумму при вынесении решения об исполнении. Заявление об исполнении судебного решения может быть подано в течение пяти лет с даты, когда оно стало окончательным.

В рамках ИКАО проведена работа по созданию новой Конвенции в этой области, которая смогла бы стать привлекательнее для большего числа государств <1>. В 2009 г. в штаб-квартире ИКАО (Монреаль) состоялась дипломатическая конференция, на которой были приняты две новые международные конвенции по вопросам возмещения вреда, возникающего при эксплуатации воздушного транспорта: Конвенция о возмещении ущерба третьим лицам, причиненного в результате актов незаконного вмешательства с участием воздушных судов (подписана семью государствами) (учреждает Международный фонд гражданской авиации для возмещения ущерба) <2>; Конвенция о возмещении ущерба, причиненного воздушными судами третьим лицам (подписана девятью государствами) <3>.

<1> Kjellin H. The New International Regime for Third Party Liability // Air & Space Law. Vol. XXXIII/2 (April 2008). P. 63 - 80.

<2> ICAO Doc. 9920 (http://www.aviadocs.net/icaodocs/Docs/9920_mu.pdf).

<3> ICAO Doc. 9919 (http://www.icao.int/DCCD2009/docs/DCCD_doc_42_ru.pdf).

Новые конвенции разработаны в основном странами, не участвующими в Римской конвенции 1952 г., и прежде всего США. Они предусматривают возможность полной компенсации ущерба потерпевшим, в том числе в результате актов терроризма, за счет создания фонда из предполагаемых сборов с пассажиров, абсолютную и в большинстве случаев неограниченную ответственность владельцев воздушных судов.

11.5. Регламент ЕС о праве, применимом к внедоговорным обязательствам ("Рим II")

Становление общего рынка в Европе привело к созданию системы единообразного регулирования выбора права в сфере договорных обязательств. Большая работа на европейском уровне проводилась в прошлом и ведется в настоящее время в направлении гармонизации коллизионного регулирования в сфере деликтных обязательств.

Следует отметить, что унификация норм материального права в сфере деликтов трудноосуществима ввиду существенных различий в этой сфере права государств - участников ЕС. Наличие различий в течение долгого времени вело к появлению правовой неопределенности для экономических субъектов, что недопустимо в условиях общего рынка. Ввиду этих факторов вопрос об унификации коллизионных норм в области деликтов приобрел особую важность. При этом подходы правовых систем государств-участников к разрешению вопроса о выборе применимого права в деликтах отличались друг от друга в большей степени, чем аналогичное регулирование в сфере договорного права до вступления в силу Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. Несмотря на то что практически все правовые системы стран-участниц предусматривали в качестве основной коллизионной привязки **lex loci delicti commissi**, т.е. право государства места совершения деликта, сложности возникали, в частности, в случаях, когда источник вреда и место наступления вредоносных последствий находились на территории различных государств. При решении возникающих при этом вопросов различные государства применяют различные подходы или их комбинации. Кроме того, несмотря на то, что многие из стран - участниц ЕС осуществили в последние годы кодификацию коллизионных норм в сфере деликтных обязательств, в ряде государств такая кодификация произведена не была, регулирование в основном опиралось на судебные прецеденты и зачастую страдало неопределенностью, особенно применительно к отдельным видам деликтов <1>.

<1> Следует отметить, что эти различия в 1990-е годы даже обострились ввиду тенденции к национальным кодификациям в сфере международного частного права.

Спустя почти 20 лет после разработки Римской конвенции 1980 г. в декабре 1998 г. работа над документом о праве, применимом к внедоговорным обязательствам, была возобновлена в рамках ЕС. Соответствующий проект получил сокращенное наименование "Рим II". Следует отметить, что коллизионное регулирование деликтных обязательств в рамках ЕС выражено в форме Регламента ЕС, что стало возможно в связи с наделением Европейской комиссии полномочиями нормотворчества в области международного частного права, предоставленными ей в соответствии с положениями Амстердамского договора ЕС 1997 г. (см. ст. ст. 61 и 65 Договора). Следует также обратить внимание на то, что Регламент в отличие от директивы - акт прямого действия, не требующий имплементации со стороны национальных органов, что призвано усилить унифицирующий эффект коллизионного регулирования в такой "трудной" сфере, как деликтные обязательства, повысить уровень правовой определенности в этой области коллизионного регулирования.

Соответствующий проект (**Green Paper**) был предложен Европейской комиссией в 2001 г. на интернет-сайте "Европа" для целей проведения консультаций между представителями государств - членов ЕС, однако вскоре он был снят с обсуждения. Положения проекта вызвали многочисленные споры и протесты, в особенности со стороны издательств, поскольку в случае, когда сторонами деликта выступают предприятие - распространитель товаров и услуг с помощью сети Интернет и потребитель этих услуг - гражданин государства - члена ЕС, положения проекта предусматривали применение к таким правоотношениям права государства места жительства потребителя. Принимая во внимание трансграничность сети Интернет, потребителем соответствующих услуг может оказаться гражданин практически любой страны как в рамках Европейского союза, так и вне его.

В начале мая 2002 г. на интернет-сайте Европейской комиссии появился проект регламента о праве, применимом к внедоговорным обязательствам. Проект был представлен с целью получения откликов и предложений от правительств государств - членов ЕС, учебных центров, представителей

промышленности и ассоциаций потребителей. К 31 октября 2002 г. Европейская комиссия получила около 80 развернутых откликов и предложений. При этом реакция варьировалась от голословного неприятия проекта до одобрения с небольшой критикой <1>. 7 января 2003 г. в Брюсселе состоялись слушания с участием заинтересованных сторон, представивших отклики на проект регламента. Согласно первоначальной редакции ст. 27 Регламент должен был вступить в силу 1 января 2005 года. Впоследствии было установлено, что Регламент вступает в силу через шесть месяцев после его официального опубликования. 11 июля 2007 г. Регламент был принят Европейским парламентом и Советом <2>. В соответствии со ст. 32 Регламента он начал применяться с 11 января 2009 г., за исключением ст. 29 <3>, которая стала применяться с 11 июля 2008 г.

<1> См. подробнее: Summary and Contributions of the Consultation "Rome II" // http://europa.eu.int/comm/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/.

<2> Official Journal of European Union OJ L 199. 31.07.2007. P. 40 - 49; см. также официальный сайт ЕС: www.europa.eu.

<3> В ст. 29 предусматривается обязанность стран - членов ЕС представить Комиссии к 11 июля 2008 г. список конвенций о коллизионном регулировании внедоговорных обязательств, участниками которых они являются, с целью их последующей денонсации.

Нормы Регламента интересны не только как пример современного регулирования коллизионных вопросов, относящихся к внедоговорным обязательствам, но и в целом как проявление современных тенденций развития коллизионного регулирования в международном частном праве.

В соответствии с общим правилом правом, применимым к внедоговорным обязательствам, возникающим из деликта, является право государства места наступления вреда или право государства, где вред может наступить, вне зависимости от государства или государств, где имело место вредоносное событие, а также вне зависимости от права государства, где имели место обстоятельства, являющиеся второстепенными по отношению к основному причинению вреда. Таким образом, основной привязкой Регламента становится **lex loci damni**, т.е. привязка к месту наступления вредоносных последствий. Это коллизионное начало является конкретизацией господствующей привязки **lex loci delicti commissi**, и такая конкретизация призвана в большей степени отразить интересы пострадавшего. Следует отметить, что применение привязки к месту наступления вреда таким образом, как она сформулирована в Регламенте, отражает собой новую ступень в коллизионном регулировании деликтных обязательств, осложненных иностранным элементом. Такой подход призван прежде всего отразить то обстоятельство, что главное основание деликтной ответственности - это наступление вреда тем или иным интересам потерпевшего. Это начало тем более справедливо, что в подавляющем числе случаев потерпевший в отличие от причинителя вреда не имеет возможности заранее определить то место, где ему может быть причинен вред. Кроме того, такой подход также может быть обоснован тем, что последствия причинения вреда (например, в виде расходов на лечение) в большей степени связаны с государством обычного места жительства потерпевшего и, во всяком случае, с правом государства, на территории которого вред причинен. Такой подход соответствует и внутреннему законодательству ряда европейских стран, в которых недавно произошла кодификация соответствующих коллизионных норм <1>.

<1> Аналогичное регулирование отражено во внутреннем праве Великобритании, Нидерландов, Франции и Швейцарии. В соответствии с правом Германии, Италии и Польши потерпевший вправе выбрать право места наступления вредоносных последствий.

В соответствии с нормами Регламента, если причинитель вреда и потерпевший имеют обычное место жительства (место делового обзаведения) на территории страны совершения деликта, применимым правом будет право этого государства. Однако, если из обстоятельств дела следует, что существует более тесная связь с другой страной, а также отсутствует существенная связь между внедоговорным обязательством и государством, право которого должно применяться в соответствии с общим правилом, применяется право государства, имеющего более тесную связь с обстоятельствами дела. При этом более тесная связь с другим государством может основываться на предшествующих отношениях между сторонами, такими как, например, договор, связанный с существом деликта. Таким образом, в Регламенте устанавливается акцессорная привязка к договорному статусу. Это тем более важно, что, как известно, различные национальные правовые системы внутри Европейского союза по-разному регулируют вопрос о возможности акцессорной привязки деликтного правоотношения, осложненного иностранным элементом, к договорному статусу.

Правом, применимым к внедоговорным обязательствам, возникающим в результате причинения вреда товаром или услугой, в соответствии с регулированием, содержащимся в Регламенте, является

право страны обычного пребывания пострадавшего лица, если в этой стране делинквент также имеет постоянное место пребывания или был приобретен товар или оказана услуга. Во всех остальных случаях применению подлежит право страны совершения вредоносного деяния. Соответствующая норма Регламента отражает критерий предвидимости применимого права для потенциального делинквента.

В соответствии со ст. 5 Регламента к внедоговорным обязательствам, возникшим в результате недобросовестной конкуренции, применяется право страны, где конкурентные отношения или коллективные интересы потребителей затронуты такого рода действиями.

Правом, применимым к внедоговорному обязательству, возникшему в результате нарушения личных прав, в том числе в результате клеветы, является право страны обычного проживания пострадавшего в момент совершения деликта. Эта норма конкретизирует в отношении диффамации общую норму Регламента, в соответствии с которой к деликтному обязательству применяется право места причинения вреда.

В соответствии с нормами Регламента обязательства, возникшие в результате причинения вреда окружающей среде, регулируются правом страны, где вредоносные последствия наступили или могут наступить, при этом пострадавший вправе выбрать применение права места совершения деликта. Появление этой специальной нормы, конкретизирующей общую привязку в случае причинения вреда окружающей среде, вызвано тем особым значением, которое в настоящее время придается ее защите, а также возрастанием количества техногенных аварий и катастроф, имеющих трансграничный характер.

В соответствии с положениями Регламента стороны могут избрать право, применимое к внедоговорному обязательству (ст. 14). При этом отсутствует ограничение на выбор какого-либо отдельного права (например, **lex fori**, т.е. права суда). Стороны, занимающиеся предпринимательской деятельностью, вправе выбрать применимое право до совершения деликта, при этом подчеркивается, что выбор сторон не должен затрагивать прав третьих лиц.

Нормы Регламента содержат также коллизионные привязки, применимые в сфере квазиделиктных обязательств. Так, в качестве основной коллизионной привязки в случаях неосновательного обогащения или ведения чужих дел без поручения (**negotium gestio**) правила соответственно ст. ст. 10 и 11 Регламента предусматривают акцессорную привязку к закону, регулиющему договорные отношения между сторонами. Если договорные отношения отсутствуют, применяется либо закон общего местоположения сторон, либо закон того государства, где неосновательное обогащение или ведение чужих дел без поручения имели место. В качестве альтернативной формулы прикрепления для обоих типов обязательств предусмотрена отсылка к закону, с которым данное отношение наиболее тесно связано.

Глава 12. НАСЛЕДСТВЕННОЕ ПРАВО

12.1. Общие положения

Определение и классификация. Одной из классических проблем международного частного права является разрешение наследственных дел, осложненных иностранным элементом, иначе - дел международного наследования. В условиях возросшей мобильности населения, когда национальные границы не выступают более препятствием для перемещения по миру и определения места жительства за рубежом, наблюдается заметный рост количества таких дел на практике <1>. Увеличение транспортной доступности, общее удлинение жизни, многократный рост экономических обменов приводят к тому, что все больше людей переезжают по профессиональным или иным причинам для проживания за рубеж и нередко впоследствии там умирают, оставляя после себя более или менее значительную собственность.

<1> Например, в нотариальной практике дела международного наследования составляют до половины всех дел с иностранным элементом (см.: Медведев И.Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. 2-е изд. М., 2005. С. 99).

Международное наследование можно определить как наследственное правоотношение с иностранным элементом, подлежащее урегулированию компетентным российским нотариусом и (или) судом. Иностраный элемент в наследственном правоотношении может проистекать:

из факта нахождения наследственного имущества за рубежом (банковский вклад в Швейцарии, недвижимость на Кипре);

из наличия иностранного гражданства у наследодателя, постоянно проживавшего на территории России.

Кроме того, само нахождение наследников, даже имеющих российское гражданство, за границей способно поставить перед правоприменителем дополнительные проблемы при регулировании

наследования. В частности, осложнить процедуру наследования в этом случае способно выполнение таких "технических" действий, как выявление и извещение наследников, принятие от них документов, оформление их наследственных прав в отсутствие представителя в месте открытия наследства и т.д. Наличие иностранного гражданства у наследников также не оказывает существенного влияния на процедуру наследования, которая в целом, при прочих составляющих, осуществляется в соответствии с российским правом. В то же время дееспособность иностранных наследников, в том числе их способность своими действиями приобретать или отказываться от наследства, должна определяться на основании их личного закона, т.е., как правило, на основании материального законодательства государства их гражданства (п. 1 ст. 1197 ГК РФ).

Относительно новой для российских юристов сферой деятельности является **подготовка будущего наследования (estate planning)** в случае рассредоточения имущества заинтересованного лица по различным государствам. Непредсказуемость материально-правового и коллизионного регулирования чрезвычайно затрудняет для заинтересованного лица организацию передачи своего имущества наследникам при наличии в деле иностранного элемента. Урегулирование такой ситуации предполагает использование различных гражданско-правовых или налоговых механизмов, позволяющих обеспечить наиболее благоприятный в международно-правовом плане переход имущества от наследодателя к наследникам.

Разнообразие наследственных систем. Сложность регулирования международного наследования проистекает в основном из неоднородности наследственного права как такового. Наследственное право находится на перекрестке частного и публичного, материального и процессуального, вещного и обязательственного права. При этом как нигде здесь сильна роль традиции: каждое государство стремится так организовать свою наследственную систему, чтобы обеспечить при передаче имущества наследникам равновесие между волей наследодателя и интересами семьи, а равно интересами третьих лиц в соответствии с существующими в конкретном обществе социально-экономическими, религиозными и политическими приоритетами. Например, правило об обязательной доле в наследстве, существующее в большинстве стран континентальной правовой системы, неизвестно странам англосаксонского права. Наследственные права пережившего супруга также определяются в национальном законодательстве по-разному: в Бельгии, Италии, Испании, Греции, Португалии, Германии он имеет право на обязательную долю в наследстве; в Швейцарии и России, при наследовании по закону, он является наследником первой очереди и получает в собственность половину общего имущества супругов; во Франции он имеет право на пользование и получение дохода (узуфрукт) от всего наследственного имущества или, при наличии общих с наследодателем детей, - на 1/4 доли в праве собственности на наследство.

При наличии иностранного элемента в наследственном правоотношении реально достигаемое равновесие прав и интересов при регулировании наследования в различных правовых системах может варьироваться. Не в последнюю очередь это связано с разнообразием подходов к коллизионному регулированию международного наследования, существующих в различных правовых системах, и, как следствие, возникновению коллизионных конфликтов между ними. В целом существующие системы определения применимого права в сфере наследственного права могут быть классифицированы на два вида:

1) раздельная система, в которой применимое право определяется отдельно для движимого (закон последнего местожительства наследодателя или его национальный закон) и недвижимого имущества (закон местонахождения имущества);

2) универсальная система, подчиняющая наследование независимо от вида подлежащего передаче имущества личному закону либо закону последнего местожительства наследодателя.

Кроме того, в ряде государств допускается выбор права, применимого к наследованию, самим лицом при совершении им завещания, так называемое **professio juris**. Как правило, такой выбор возможен только между законами государства гражданства и законами страны обычного места жительства лица.

Ниже приводится **таблица определения применимого права в различных странах мира**. Классификация осуществляется в зависимости от того, какая наследственная система - универсальная или раздельная действует в том или ином государстве, а также в зависимости от используемых коллизионных привязок.

1. Универсальная система:

- **гражданство** - применяется право государства, гражданство которого имел наследодатель;
- **местожительство** - применяется право страны, где наследодатель имел последнее место жительства;
- **местонахождение** - применяется право страны, где находится движимое и (или) недвижимое имущество.

2. Раздельная система:

- **местожительство и местонахождение** - к наследованию движимого имущества применяется право страны, где наследодатель имел последнее место жительства, а к наследованию недвижимого имущества - право страны, где оно находится;

- **гражданство и местонахождение** - к наследованию движимого имущества применяется право государства, гражданство которого имел наследодатель, а к наследованию недвижимого имущества - право страны, где оно находится.

Таблица 1

Определение применимого права в различных странах мира

N п/п	Страна	Универсальная система			Раздельная система	
		гражданство	местожительство	местонахождение	местожительство и местонахождение	гражданство и местонахождение
1	Австралия				+	
2	Австрия	+				
3	Албания <1>	+				
4	Алжир	+				
5	Андорра				+	
6	Армения <2>	+				
7	Аргентина		+			
8	Багамы				+	
9	Беларусь <3>				+	
10	Бельгия				+	
11	Бенин					+
12	Болгария	+				
13	Бразилия		+			
14	Буркина-Фасо <4>	+				
15	Ватикан	+				
16	Великобритания				+	
17	Венгрия	+				
18	Венесуэла			+		

19	Габон				+	
20	Гаити				+	
21	Гана	+				
22	Германия <5>	+				
23	Греция	+				
24	Дания		+			
25	Египет	+				
26	Израиль				+	
27	Индия				+	
28	Индонезия	+				
29	Иордания	+				
30	Иран	+				
31	Ирландия				+	
32	Исландия		+			
33	Испания	+				
34	Италия <6>	+				
35	Казахстан <7>				+	
36	Камерун					+
37	Канада				+	
38	Кения				+	
39	Кипр				+	

40	Китай				+	
41	Колумбия		+			
42	Конго Браззавиль				+	
43	Коста-Рика <8>		+			
44	Кот-д'Ивуар				+	
45	Куба	+				
46	Кыргызстан <9>				+	
47	Ливан	+				
48	Лихтенштейн	+				
49	Люксембург				+	
50	Мавритания	+				
51	Мадагаскар				+	
52	Мали	+				
53	Марокко	+				
54	Мексика			+		
55	Молдова					+
56	Монако					+
57	Морис				+	
58	Нигер	+				
59	Новая Зеландия				+	
60	Норвегия		+			

61	Панама			+		
62	Парагвай		+			
63	Польша	+				
64	Португалия	+				
65	Россия				+	
66	Румыния					+
67	Сальвадор		+			
68	Сенегал	+				
69	Сирия	+				
70	Словакия	+				
71	Судан				+	
72	Суринам	+				
73	США				+	
74	Таиланд					+
75	Того	+				
76	Турция	+				
77	Узбекистан <10>				+	
78	Уругвай			+		
79	Филиппины	+				
80	Финляндия	+				
81	Франция				+	

82	ЦАР				+	
83	Чехия	+				
84	Чили		+			
85	Швейцария <11>		+			
86	Швеция	+				
87	Эквадор		+			
88	ЮАР				+	
89	Югославия	+				
90	Япония	+				

-
- <1> За исключением недвижимого имущества на ее территории.
 - <2> Возможность выбора в завещании права страны гражданства.
 - <3> Возможность выбора в завещании права страны гражданства.
 - <4> За исключением случаев более тесной связи с правом страны местожительства + **professio**

juris.

- <5> Возможность подчинения недвижимого имущества на ее территории немецкому закону.
- <6> + **professio juris.**
- <7> Возможность выбора в завещании права страны гражданства.
- <8> Исключая недвижимое имущество на ее территории.
- <9> Возможность выбора в завещании права страны гражданства.
- <10> Возможность выбора в завещании права страны гражданства.
- <11> + **professio juris.**

Подобные расхождения в материально-правовом и коллизионном регулировании требуют значительных усилий для обеспечения адекватного регулирования международного наследования <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник М.М. Богуславского "Международное частное право" включен в информационный банк согласно публикации - Юристъ, 2005 (5-е издание, переработанное и дополненное).

<1> См. дополнительно: Богуславский М.М. Международное частное право. 4-е изд. М., 2001. С. 358 - 371; Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999. С. 392 - 395; Ануфриева Л.П. Международное частное право. Особенная часть. М., 2000. Т. 2. С. 519 - 543; Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2000. С. 487 - 513; Международное частное право: Учебник / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С. 415 - 431; Медведев И.Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. 2-е изд. М., 2005. С. 99 - 180. На эту тему также см.: Рубанов А.А. Наследование в международном частном праве (отношения СССР с капиталистическими странами). М., 1966; Он же. Наследование в международном частном праве (отношения между социалистическими странами). М., 1972; Он же. Заграничные наследства (отношения между социалистическими и капиталистическими странами). М., 1975; Гольская Д.Х. Правовые проблемы сотрудничества социалистических и капиталистических стран в делах о наследовании. М., 1980.

12.2. Компетенция по делам международного наследования

Как и в других делах с иностранным элементом, вопрос о компетенции соответствующих должностных лиц и органов государств в делах международного наследования представляет первостепенную важность и должен разрешаться в самом начале. От правильности выбора национального правопорядка, органы и должностные лица которого компетентны оформить наследственные права наследников при международном наследовании, зависят определение коллизионной системы и, следовательно, применимых материальных норм. В конечном счете от разрешения этого вопроса зависит действительность и эффективность юридических документов, выдаваемых наследникам в подтверждение их прав на имущество, входящее в международное наследство.

Российские правоприменители при обращении к ним заинтересованных лиц разрешают вопрос о своей компетенции в конкретном наследственном деле с иностранным элементом на основании международных договоров Российской Федерации с иностранным государством, на территории которого находится наследственное имущество или где проживал наследодатель, или внутренних норм о компетенции.

В международных договорах России о правовой помощи с иностранными государствами разрешение вопроса о компетенции по наследственным делам осуществляется отдельно для оформления наследственных прав на движимое и недвижимое имущество. Анализ данных соглашений показывает, что здесь возможны два варианта:

- для оформления наследственных прав на движимое имущество компетентны учреждения государства по месту последнего места жительства наследодателя, а в отношении недвижимого имущества компетентны учреждения государства по месту нахождения недвижимости. В частности, такой подход предусмотрен в Минской конвенции 1993 г. (ст. 48) и ее Кишиневской редакции 2002 г. (ст. 51),

двусторонних соглашениях РФ о правовой помощи с Азербайджаном (ст. 45) <1>, Болгарией (ст. 35) <2>, Ираном (ст. 39) <3>, Кыргызстаном (ст. 45) <4>, Латвией (ст. 45) <5>, Молдовой (ст. 45) <6>, Монголией (ст. 41), Чехией и Словакией (ст. 43), Эстонией (ст. 45) <7>;

<1> Однако, согласно п. 2 ст. 45 Договора с Азербайджаном, "если все движимое наследственное имущество находится на территории Договаривающейся Стороны, где наследодатель не имел последнего постоянного местожительства, то по заявлению наследника или отказополучателя, если с этим согласны все наследники, производство по делу о наследовании ведут учреждения этой Договаривающейся Стороны".

<2> То же самое, что и в Договоре с Азербайджаном. Пункт 3 ст. 35.

<3> То же. Пункт 2 ст. 39.

<4> То же. Пункт 2 ст. 45.

<5> То же.

<6> То же.

<7> То же.

- для оформления наследственных прав на движимое имущество компетентны учреждения государства гражданства наследодателя, а в отношении недвижимого - учреждения государства по месту его нахождения, такой подход предусмотрен в соглашениях с Венгрией (ст. 40) <1>, Вьетнамом (ст. 38), КНДР (ст. 39) <2>, Польшей (ст. 42) <3>, Румынией (ст. 40) <4>.

<1> То же. Пункт 4 ст. 40.

<2> То же. Пункт 4 ст. 39.

<3> То же. Пункт 3 ст. 42.

<4> То же. Пункт 4 ст. 40.

Отсутствуют нормы о компетенции по наследственным делам в Алжире, Греции, Ираке, Испании, Йемене, на Кипре, в Китае, Тунисе, Финляндии.

При решении вопроса о компетенции в международном наследственном деле в отсутствие соответствующих международных договоров следует иметь в виду следующее.

Внутреннее право России наделяет компетенцией по оформлению наследственных прав нотариусов по месту открытия наследства (ст. 70 Основ законодательства РФ о нотариате). Место открытия наследства, в зависимости от которого мы выбираем компетентного нотариуса или иное компетентное учреждение, - это элемент наследственного правоотношения, который определяется, по общему правилу, в соответствии с применимым к самому наследованию правом <1>. Этим правом может быть и иностранное право. В то же время абз. 2 ст. 1115 ГК РФ в совокупности со ст. 70 Основ законодательства РФ о нотариате ведет к признанию практически исключительной компетенции российского нотариуса при регулировании международного наследования: для этого достаточно нахождения **любого** наследственного имущества на территории России. Представляется, однако, рациональным ограничительное толкование данного правила, когда исключительная компетенция российского нотариуса признается только в отношении недвижимого имущества, находящегося на территории России, а также иных прав на имущество, требующих государственной регистрации или выполнения аналогичных формальностей. В остальных случаях более предпочтительно регулирование наследства учреждениями государства по месту жительства наследодателя. Только если компетентные органы данного государства не предпринимают в разумные сроки мер по оформлению наследственных прав наследников, нотариус может завести наследственное дело в России. В принципе материальная норма абз. 2 ст. 1115 ГК РФ может применяться только после определения российского права в качестве применимого при регулировании наследования с иностранным элементом. Поэтому выбор компетентного в наследственном деле учреждения исключительно на основе внутренних норм носит предварительный характер и может быть скорректирован на этапе определения применимого права.

<1> См. подробнее п. 12.3 настоящей главы.

После квалификации наследственного правоотношения как включающего иностранный элемент и разрешения вопроса о компетенции учреждений государства по ведению наследственного дела и оформлению прав наследников следует перейти к определению применимого к наследованию права.

12.3. Определение применимого права

12.3.1. Основные правила

Наличие иностранного элемента в наследственном правоотношении делает совершенно необходимым обращение к коллизионным нормам, позволяющим выбрать применимое к наследованию материальное право. В зависимости от источника коллизионных норм выделяют: а) общий и б) договорный режимы определения применимого права.

А. Общий режим.

Во внутреннем праве России принята **раздельная система** определения наследственного закона: наследование движимого имущества регулируется правом страны по месту последнего места жительства наследодателя, а наследование недвижимости - правом страны по месту ее нахождения (п. 1 ст. 1224 ГК РФ). В отсутствие международного договора, которым предусмотрено иное, данная коллизионная норма применяется к наследованию как по закону (**ab intestat**), так и по завещанию.

В силу различий коллизионных привязок, используемых в разных странах при определении применимого к международному наследованию права, на практике нередко возникает проблема обратной отсылки, как негативной, так и позитивной. Например, в ч. 1 ст. 90 Закона Швейцарии 1987 г. о международном частном праве предусматривается, что наследование после лица, постоянно проживавшего в Швейцарии, подчиняется швейцарскому праву. При этом местонахождение и вид имущества значения не имеют. В то же время российская коллизионная норма (абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК РФ) подчиняет наследование недвижимого имущества, находящегося на российской территории, нормам российского наследственного права. Налицо конфликт, который в зависимости от места жительства наследодателя может приобретать как позитивный, так и отрицательный характер. Если наследодатель проживает в Швейцарии и имеет недвижимое имущество на территории России, то налицо позитивный конфликт, когда каждый из правопорядков - российский и швейцарский - признает себя компетентным регулировать наследование по существу. И наоборот, если недвижимость находится в Швейцарии, а сам наследодатель проживал на территории России, то каждый из правопорядков отказывается от компетенции в пользу другого.

В действительности решение этой проблемы зависит от того, органы или должностные лица какого из государств будут обладать полномочиями по ведению наследственного дела, осложненного иностранным элементом. Это связано с тем, что для правоприменителя обязательны только нормы собственного, национального международного частного права.

Пример из практики: в результате супружеской ссоры был убит гражданин России Р., постоянно проживавший со своей семьей в пригороде Женевы. Мировой судья кантона Женевы по заявлению совершеннолетнего сына погибшего назначил для составления описи имущества наследодателя и установления круга наследников нотариуса того же кантона мэтра Н. Одновременно к нотариусу г. Москвы К. с заявлением о принятии наследства и выдаче свидетельства о праве на наследство по закону обратилась гражданка России П., действующая в интересах своего несовершеннолетнего сына, который, согласно свидетельству о рождении, являлся их общим с наследодателем ребенком, рожденным вне брака. При этом она указала на наличие у наследодателя квартиры в Москве и дома в Женеве, вкладов в отделении Сбербанка России и **Credit Suisse**. Перед российским нотариусом возник вопрос: кто компетентен вести данное наследственное дело и наследственное право какого государства применимо к наследованию?

Ответ на этот вопрос не так сложен, как может вначале показаться. В российском наследственном праве компетенция нотариуса определяется в зависимости от места открытия наследства (ст. 70 ОЗН 1993 г., ст. 1115 ГК РФ). Место открытия наследства - это элемент наследственного правоотношения, определяемый в соответствии с применимым правом. В соответствии с п. 1 ст. 1224 ГК РФ применимым к наследованию движимого имущества будет право по месту последнего места жительства наследодателя - наследственное право Швейцарии, а при наследовании недвижимого имущества на территории России - российское право. Учитывая, что наследодатель постоянно проживал в Швейцарии, местом открытия наследства будет Женева. Точно так же, в соответствии со швейцарским наследственным правом, применимым к наследованию движимого имущества, местом открытия наследства является место **постоянного места жительства (le domicile)** наследодателя, т.е. также Женева.

В то же время, согласно абз. 2 ст. 1115 ГК РФ, если последнее место жительства наследодателя, обладавшего имуществом на территории Российской Федерации, находится за ее пределами, местом открытия наследства в Российской Федерации признается место нахождения такого наследственного имущества.

Таким образом, российский нотариус будет компетентен в данном случае выдать свидетельство о праве на наследство в отношении имущества, находящегося на территории России. При этом к наследованию движимого имущества применяется материальное право Швейцарии, а к наследованию недвижимого имущества, находящегося на территории России, - российское право. В отношении

имущества, находящегося за рубежом, полномочиями по определению круга наследников и выдаче правоустанавливающих документов на наследство в соответствии с применимым правом будет обладать нотариус и суд кантона Женевы.

В тех ситуациях, когда наследство включает недвижимое имущество, находящееся в различных государствах, российская коллизионная система ведет к делению наследства. Так, если наследство включает недвижимое имущество в России и Израиле, к наследованию может применяться материальное право обоих государств как право страны по месту нахождения недвижимого имущества. Такое решение порождает определенные сложности, которые необходимо учитывать, например, при составлении завещания. К сожалению, при всем процедурно-техническом удобстве такого решения множественность применимого к наследованию материального права противоречит принципу универсальности наследования и может приводить к возникновению неравенства между наследниками.

В соответствии с абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК РФ наследование недвижимого имущества осуществляется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, - по российскому праву. Независимо от гражданства наследодателя или его местожительства наследование недвижимости, находящейся на российской территории, подчинено национальному законодательству (*lex rei sitae*) и в большинстве случаев должно регулироваться российскими учреждениями. Кроме того, подчиняется российскому правопорядку, независимо от его местонахождения, наследование недвижимого имущества, данные о котором внесены в государственный реестр. Речь идет о такой "движимой" недвижимости, как воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты (ст. ст. 130, 1207 ГК РФ). Подобное решение имеет преимущество, так как подчиняет единому правовому режиму права собственности на недвижимое имущество и порядок его передачи по наследству.

К нотариусу г. Москвы П. с заявлениями о принятии наследства и выдаче свидетельств о праве на наследство по закону обратились совершеннолетние дети и супруга гражданина США В., скончавшегося по своему постоянному месту жительства в Москве. Наследственное имущество включает квартиру в г. Волгограде и дом в г. Хайфа (Израиль), а также разнообразное движимое имущество в России и Израиле. У нотариуса возник вопрос о применимом к наследственным отношениям праве.

В силу абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК РФ наследование квартиры в Волгограде и движимого имущества, независимо от места его нахождения, должно осуществляться в соответствии с материальными нормами российского наследственного права. Однако наследование дома в Хайфе, принадлежавшего наследодателю, должно осуществляться в соответствии с наследственным правом Израиля - страны по месту нахождения недвижимого имущества. Именно учреждения государства Израиль будут в этом случае компетентны оформить наследственные права на дом в Хайфе. Выдача российским нотариусом свидетельства о праве на наследство по закону для действия за границей в отношении данного имущества бесполезна, даже при условии правильного установления и применения компетентных норм материального права Израиля, так как признание и исполнение этого акта за рубежом будет невозможно в силу отсутствия соответствующего соглашения между РФ и Израилем, а также исключительной компетенции израильских судов при оформлении наследства на недвижимость, находящуюся на израильской территории.

К наследованию движимого имущества применяется право страны, где наследодатель имел последнее место жительства (п. 1 ст. 1224 ГК РФ). Данная коллизионная норма исходит из презумпции наличия движимого имущества в месте открытия наследства (*mobilia sequuntur personam*). Как следствие, это делает более целесообразным регулирование наследования движимого имущества правом страны по месту жительства наследодателя. Действительно, в большинстве случаев все или основное движимое имущество наследодателя "собирается" по его месту жительства: вещи следуют за хозяином, поэтому регламентация их наследования по месту жительства является более простой и удобной.

К нотариусу г. Москвы К. с заявлениями о выдаче свидетельств о праве на наследство обратились наследники по закону гражданина ОАЭ А., проживавшего в Москве. Наследственное имущество включает денежные средства на счете в российском отделении австрийского банка **Raiffeisen Bank**, а также другое движимое имущество. Какое право применимо к наследованию?

В отсутствие договорных коллизионных норм и в соответствии с абз. 1 п. 1 ст. 1224 ГК РФ наследственные отношения будут регулироваться в данном случае российским материальным правом.

Б. Договорный режим.

Действующие в России коллизионные нормы приводят в большинстве случаев к применению российского материального права при регулировании наследственных отношений с иностранным элементом. Это происходит, если наследодатель имел место жительства в России или оставил на ее территории недвижимое имущество, а также имущество, внесенное в государственный реестр Российской Федерации. Однако следует учитывать, что международным соглашением Российской Федерации с

иностранным государством могут быть установлены иные коллизионные правила. В этом случае они имеют приоритет по отношению к нормам международного частного права, содержащимся во внутренних источниках, и должны применяться для определения компетентных норм материального права. Речь идет, таким образом, о **договорном режиме** определения применимого к наследованию права.

Так, в соответствии с ч. 1 ст. 32 Договора между СССР и Болгарией о правовой помощи (Москва, 19 февраля 1975 г.) право наследования движимого имущества регулируется законодательством Договаривающейся Стороны, **гражданином** которой был наследодатель в момент смерти. Таким образом, меняется общая коллизионная привязка о выборе применимого материального права согласно последнему месту жительства наследодателя. В отношении недвижимого имущества действует общее правило - применяются материальные законы страны его местонахождения. Такие же изменения в общий режим определения применимого к наследованию права вносят соглашения Российской Федерации о правовой помощи с: Венгрией (1958 г.), Вьетнамом (1981 г.), КНДР (1957 г.), Польшей (1996 г.), Румынией (1958 г.).

Не изменяет общего режима определения применимого права, предусмотренного внутренними коллизионными нормами, Минская конвенция 1993 г., заключенная между государствами - участниками СНГ, а также ее Кишиневская редакция 2002 г. (ст. 48).

К сожалению, Россия пока не присоединилась к **Конвенции о праве, подлежащем применению к наследованию недвижимого имущества**, принятой 1 августа 1989 г. в Гааге при проведении XVI сессии Гаагской конференции по международному частному праву. Данная Конвенция представляет существенный интерес, так как содержит универсальные правила разрешения коллизий норм различных государств при регулировании международных наследственных дел. В частности, она исходит из принципа подчинения наследования единому закону независимо от вида наследственного имущества, вводя для этого специальное понятие **основной резиденции**. Кроме того, предусматривается возможность для наследодателя выбрать право, которое будет применяться при регулировании наследования после его смерти (**professio juris**) <1>.

<1> См. подробнее: Медведев И.Г. Имущественные отношения супругов и наследование: Комментарий к конвенциям. М., 2007. С. 94 - 109.

Подобная унификация коллизионного регулирования наследования безусловно позитивна, так как приводит к применению ко всему наследственному имуществу материального права одного государства, что в большей мере соответствует принципу универсальности наследования и презюмируемой воле наследодателя. В то же время очевидно, что возможное присоединение России к Гаагской конвенции 1989 г. потребует от российских органов и учреждений более частого применения норм иностранного права при регулировании международного наследования.

12.3.2. Некоторые практические проблемы

Использование российской коллизионной нормы в области наследования способно вызвать на практике следующие проблемы:

- квалификация имущества, входящего в наследственную массу;
- сложности, связанные с определением последнего местожительства наследодателя;
- применение иностранного права при его противоречии публичному порядку.

Рассмотрим эти проблемы по порядку. Существование разных коллизионных норм в сфере наследования для движимого и недвижимого имущества - закон последнего местожительства наследодателя в первом случае и закон местонахождения имущества для недвижимого - во втором придает квалификации наследственного имущества в качестве движимого или недвижимого особую важность. Иногда некоторые виды имущества, рассматриваемые в российском праве как движимые вещи, могут в иностранном праве квалифицироваться как недвижимость, и наоборот. Так, например, квалификация предприятия как недвижимости (ст. 132 ГК РФ) редко встречается в мировой законодательной практике. Напротив, российскому праву неизвестно, например, толкование доли в уставном капитале общества, внесенной в виде квартиры, дома и т.д., именно как недвижимого имущества, используемое **common law** (США, Великобритания). В российском праве такие доли будут квалифицированы как движимые права требования.

Квалификация юридических понятий в Российской Федерации осуществляется, как правило, на основании российского права и национальных правовых концепций (п. 1 ст. 1187 ГК РФ) <1>. Кроме того, в п. 2 ст. 1205 ГК РФ прямо предусматривается, что принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится. Поэтому определение движимой либо недвижимой природы имущества, находящегося в России, должно осуществляться в

соответствии с российскими законами и сложившейся судебной практикой их толкования.

<1> Более подробно об этом см. т. 1 настоящего учебника, с. 261.

Например, на практике важно разъяснять иностранному покупателю недвижимого имущества на территории России, что регулирование наследования данного имущества будет по общему правилу осуществляться в соответствии с российским законодательством. Так, выходец из США или ряда других стран англосаксонской правовой системы будет неприятно удивлен, узнав о существовании оговорок, ограничивающих его право распоряжения недвижимым имуществом в Российской Федерации. Речь идет о таких институтах российского права, как право пользования жилым помещением членами семьи собственника, а также о правилах об обязательной доле в наследстве.

Следует также указывать иностранным гражданам, что внесение ими вклада в уставный капитал российских или иностранных хозяйственных обществ в виде недвижимого имущества (дома, самолета и т.д.) изменяет регулирование наследства в отношении данного имущества. Доля в уставном капитале, согласно российскому праву, - это движимое имущество, наследование которого подчиняется праву страны последнего местожительства наследодателя <1>. Недвижимое имущество, внесенное российскими гражданами в качестве взноса в уставный капитал российских или иностранных организаций, квалифицируется как движимое и наследуется в соответствии с правом места жительства наследодателя.

<1> Это один из распространенных способов оптимизации международного наследования: подчинение единому наследственному закону недвижимого имущества, внесенного в качестве взноса в уставный капитал компаний.

Определение последнего местожительства наследодателя является одной из распространенных проблем, возникающих в практике регулирования международных наследственных дел. Предварительно следует отметить, что квалификация самого понятия "место жительства" должно осуществляться российскими правоприменителями в соответствии с российским материальным правом (п. 1 ст. 1187 ГК РФ). В соответствии со ст. 20 ГК РФ местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает. Как следует из текста закона, определение места жительства гражданина никак не связывается с фактом его регистрации по месту жительства. Однако на практике и с учетом действующих административных требований именно регистрация в органах внутренних дел по определенному адресу, как правило, является основанием для вывода о проживании лица в определенном месте. В то же время в области международных отношений использование такого одностороннего критерия, не упомянутого в законе, вряд ли оправданно. Безусловно, факт регистрации косвенно свидетельствует о фактическом выборе лицом своего места жительства, но не исключает **фактического проживания** в другом месте. Именно фактическое проживание в определенном месте постоянно или преимущественно по сравнению с иным местом, в том числе местом регистрации, имеет юридическое значение в отношениях гражданина с третьими лицами. Поэтому для определения места жительства наследодателя следует исходить из анализа целой совокупности фактов с учетом законности, длительности и непрерывности его проживания в определенном месте. Данный вывод подтверждается и в судебной практике. Например, в решении Экономического суда СНГ от 15 января 2002 г. N 01-1/3-2001 указывается на два критерия, используемых для определения места жительства:

- 1) легальный статус (т.е. соблюдение административных правил въезда и нахождения на территории соответствующего государства);
- 2) фактическое постоянное или преимущественное проживание на территории определенных государств.

Представляется, что в отсутствие разногласий между наследниками и при наличии достаточных доказательств, свидетельствующих о последнем месте жительства наследодателя, его установление возможно во внесудебном порядке, без направления заинтересованных лиц в суд за установлением места открытия наследства в особом производстве. Как правило, достаточным доказательством является **свидетельство (attestation du domicile; certificate of the domicile)**, выдаваемое местными органами власти за рубежом и содержащее сведения о месте жительства конкретного лица, а также нередко о длительности его проживания, статусе и т.д. Дополнительно могут использоваться документы, свидетельствующие о правах наследодателя на жилое помещение (например, документы, подтверждающие право собственности или аренды жилого помещения), о несении им расходов по содержанию помещения и др. Следует учитывать, что общим условием для признания последнего места жительства наследодателя за границей является законность его нахождения на территории иностранного государства. Поэтому, если речь идет не о гражданине такого государства, излишне удостовериться в наличии соответствующих разрешительных документов (например, постоянного вида на жительство).

Кроме того, эти документы также могут содержать информацию о длительности пребывания наследодателя на территории соответствующего государства и его намерениях как в момент выбора фактического места жительства, так и в дальнейшем.

Иногда на практике возникает вопрос об определении последнего места жительства для дипломатов, консульских агентов и функционеров различных международных организаций. Представляется, что члены дипломатического корпуса предполагаются проживающими в государстве, которое они представляют, так как регулярно переезжают в зависимости от изменения своей должности и не интегрируются в правовую систему страны аккредитации. Такой же подход следует использовать в отношении военных и гражданских должностных лиц, находящихся за рубежом в рамках двустороннего сотрудничества или работающих в международных организациях. Тем не менее решение вопроса остается достаточно сложным, когда речь идет о работниках международных организаций, связанных с ее местонахождением (например, российские работники аппарата Европейского Суда по правам человека или Совета Европы). Представляется, что в каждом случае для ответа на вопрос о действительном местожительстве лица нужно учитывать все фактические обстоятельства, в частности длительность пребывания, характер занимаемой должности - политическая или штатная, степень интеграции в правовой порядок страны нахождения международной организации и др.

Иностраный материальный закон, компетентный в силу российских коллизионных норм регулировать наследственные отношения, не применяется, если он противоречит публичному порядку в Российской Федерации. Не могут применяться в России положения иностранного наследственного права, устанавливающие, например, наследственные привилегии в силу старшинства или принадлежности к мужскому полу, а также устранившие от наследования лиц, имеющих в соответствии с российским наследственным правом право на обязательную долю (ст. 1149 ГК РФ).

Так, применение норм мусульманского права, согласно которому наследник мужского пола получает двойную долю наследства по сравнению с наследницами, недопустимо. Запрет дискриминации, основанной на половой принадлежности, утверждение принципа равенства между мужчиной и женщиной, провозглашаемые в международных актах, приобретают все большее значение для национальных правовых систем (ч. ч. 2, 3 ст. 19 Конституции РФ). Российский публичный порядок также должен противостоять любому дискриминирующему условию компетентного иностранного закона, основанному на расовой или религиозной принадлежности, а также политических убеждениях.

12.4. Сфера действия применимого к наследованию права

После определения применимого к международному наследованию права важно уточнить, при решении каких именно вопросов и применительно к каким институтам оно используется. Международное частное право России не разрешает напрямую эту проблему, оставляя ее на усмотрение практиков. Между тем мировой юридической мысли известен и иной подход, при котором законодатель не просто формулирует коллизионную норму, но и сразу определяет сферу действия выбранного на ее основе права. Это позволяет добиться в рамках конкретного правового порядка определенного единообразия в разрешении наследственных дел внутреннего и международного характера, а также разграничить наследование со смежными институтами <1>. Например, ст. 92 Закона Швейцарии 1987 г. о международном частном праве предусматривает, что "право, применимое к наследованию, определяет, в чем заключается наследство, кто призывается к наследованию, в какой доле и кто отвечает по долгам наследодателя, какие институты наследственного права могут быть использованы и какие меры и на каких условиях предписаны".

<1> В международном частном праве России подобный подход использован, например, в отношении определения сферы действия личного закона юридического лица (п. 2 ст. 1202 ГК РФ), сферы действия права, подлежащего применению к договору (ст. 1215 ГК РФ).

Наследование по закону и по завещанию в международном плане ставит специфические проблемы, что делает желательным их раздельное рассмотрение <1>.

<1> Кроме того, законодательство ряда стран (Швейцария, Германия, Латвия) предусматривает возможность наследования по договору, что ставит специфическую проблему его действия в России.

12.4.1. Наследование ab intestate <1>

<1> По закону (лат.).

Стандартная причина открытия наследства в большинстве стран мира - это смерть наследодателя или объявление его умершим. В силу российского публичного порядка не подлежит применению иностранное право, которое предусматривает иные основания открытия наследства, как, например: гражданская смерть (поражение в гражданских правах) или посвящение себя служению религии (священнослужители, монахи).

Право, применимое к наследованию, определяет качества, необходимые для признания лица наследником. Необходимость быть зачатым при жизни наследодателя для признания лица наследником также касается наследования и определяется в соответствии с применимым к его регулированию правом.

Основания признания лица недостойным наследником также подчиняются компетентному наследственному закону. Однако в силу требований публичного порядка будут обязательными также основания признания недостойным наследником, предусмотренные российским законодательством (ст. 1117 ГК РФ), в частности, в случае осуждения за покушение на жизнь наследодателя. На основе взаимности уголовное наказание за рубежом, ведущее там к признанию недостойным наследником за совершение таких деяний, как, например, отказ от выполнения алиментных обязательств по отношению к покойному или разводовывание наследства, может использоваться как основание для признания недостойным наследником. В то же время если основания, порочащие лицо как наследника, проистекают из его политических или религиозных убеждений, то они должны отбрасываться как противоречащие публичному порядку.

Определение лиц, обладающих правом на обязательную долю в наследстве, и размера доли также осуществляется на основании применимого к наследованию права. В силу дробления в Российской Федерации наследственного закона обязательная доля должна рассчитываться отдельно для каждой из наследственных масс, подчиненных различным наследственным законам, и рассматриваться как самостоятельное имущество. Если применимое к наследованию иностранное право не предусматривает правил об обязательной доле (Великобритания, США), то применяется российское право. В основе такой замены - особая значимость правил об обязательной доле в наследстве, установленных для защиты лиц, зависевших от наследодателя, и обеспечения социальной справедливости (ст. 1149 ГК РФ).

Призвание пережившего супруга в качестве наследника и объем его наследственных прав зависят обычно от закона, применимого к регулированию самого наследования.

На практике возникал вопрос о наследственных правах в России переживших супругов полигамного брака, заключенного за рубежом. Представляется, что признание правовых последствий полигамного брака в области наследования не противоречит публичному порядку в России. Поэтому при условии, что полигамный брак заключался в соответствии с законами государства, его допускающими, призвание в России к наследованию второй и так далее жены возможно. Запрет многоженства в России еще не означает, что субъективные права, из него вытекающие, автоматически противоречат публичному порядку. Напротив, признание наследственных прав женщины в данном случае позволит избежать еще большей несправедливости <1>.

<1> Аналогичный вывод делался применительно к признанию в России алиментных обязательств членов полигамной семьи (см.: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М., 2005. С. 414).

Таблица 2

Наследственные права пережившего супруга
в отдельных странах Европы <1>

<1> Приводится по: Revillard M. Droit international prive et pratique notariale. 5^{ème} éd. Defrénois, 2001. N 549.

Государство	Законный режим имущественных отношений между супругами	Наследственная доля	Обязательная доля
Австрия	Раздельная собственность	1/3 наследственного	1/2 наследственной

		имущества	доли
Бельгия	Общая собственность на имущество, нажитое в период брака	Узуфрукт на все наследственное имущество	1/2 наследственной доли
Великобритания	Раздельная собственность	125000 ливров (+7% годовых с момента смерти по дату фактической выплаты данной суммы); узуфрукт на половину от оставшегося наследства (или возможность капитализации эквивалентной суммы)	Нет
Венгрия	Общая собственность на имущество, нажитое в период брака	Узуфрукт на все наследственное имущество	Право на узуфрукт, ограниченное в зависимости от нуждаемости
Германия	Раздельная собственность на прирост общего имущества (в зависимости от участия)	1/4 наследственного имущества	1/2 наследственной доли
Греция	Раздельная собственность	1/4 наследственного имущества	1/2 наследственной доли
Дания	Раздельная собственность на прирост	1/3 наследственного имущества	1/6 наследственного имущества
Испания	Общая собственность на имущество, нажитое в период брака	1/3 в виде узуфрукта	1/3 в виде узуфрукта
Италия	Общая собственность на имущество, нажитое в период брака	1/2 наследственного имущества, если 1 ребенок, 1/3 - если несколько детей	1/3 наследственного имущества, если 1 ребенок, 1/4 - если их несколько
Люксембург	Общая собственность на имущество,	Право пользования общим	Нет

	нажитое в период брака	недвижимым имуществом, а равно движимым, там находящимся, или 1/4 от всего наследственного имущества на каждого н/с ребенка	
Нидерланды	Общая собственность на все имущество, независимо от времени приобретения	Доля на каждого н/с ребенка	Нет
Норвегия	Общая собственность на имущество, нажитое в браке	1/4 наследственного имущества	Нет
Польша	Общая собственность на имущество, нажитое в период брака	1/4 наследственного имущества	1/8 всего наследственного имущества
Португалия	Общая собственность на имущество, нажитое в период брака	Максимум 1/4 всего наследственного имущества на каждого н/с ребенка	2/3 наследственной доли
Румыния	Общая собственность на имущество, нажитое в период брака	1/4 наследственного имущества	1/8 наследственного имущества
Словакия	Общая собственность	Доля на одного н/с ребенка	Нет
Турция	Раздельная собственность	1/4 наследственного имущества	1/4 наследственного имущества
Финляндия	Раздельная собственность с участием в общих приобретениях	Управление наследственным имуществом - право пользования семейной резиденцией и движимым имуществом, находящимся в ней	Нет

Франция	Общая собственность на имущество, нажитое в период брака	Узуфрукт на все имущество либо 1/4 наследственного имущества <1>	1/4 наследственного имущества
Швейцария	Участие в общих приобретениях	1/2 наследственного имущества	1/4 наследственного имущества
Швеция	Общая собственность на все имущество	Все наследство, но после смерти пережившего супруга половина его имущества распределяется между наследниками и супруга, умершего первым	370000 шведских крон x 4 (на 1997 г.) - базовая сумма

<1> Такой выбор предоставляется пережившему супругу только при наличии общих с наследодателем детей. В противном случае он имеет право только на узуфрукт.

Распространение в настоящее время свободных союзов, без официальной регистрации фактических брачных отношений, - это социальный факт, юридические последствия которого регулируются во все большем числе государств. Отношения сожителей, как и "традиционных" супругов, могут иногда включать в себя "иностраный элемент". И если российское право не признает наследственных прав у пережившего сожителя, в ряде иностранных государств существует обратное положение.

Например, в Израиле, согласно Закону 1965 г. о наследовании (ст. 55), переживший сожитель пользуется наследственными правами, близкими по своему содержанию к правам законного супруга (однако он не может призываться к наследованию при наличии последнего). Шведский закон от 14 мая 1987 г. N 232 признает за пережившим сожителем права на общие с наследодателем жилое помещение и движимое имущество. В штате Нью-Гемпшир, США, сожитель также обладает наследственными правами (§ 457-39 Закона 1968 г.). В Южной Америке в таких странах, как Боливия (ст. 131 Конституции), Гватемала (Закон 1947 г.), Венесуэла (Кодекс 1924 г.) и Мексика (ст. 1636 ГК), переживший сожитель обладает наследственными правами или имеет право на получение алиментов <1>. В Бразилии Закон от 29 декабря 1994 г. N 8971 и Закон N 9278/96 предоставляют сожителям в случае смерти другого партнера наследственные права в виде узуфрукта и полной собственности <2>. В Словении Закон 1976 г. о наследовании наделяет сожителя такими же правами, что и пережившего супруга. В Хорватии (Закон 1978 г.), Боснии-Герцеговине, Сербии и Косово сожитель пользуется правом на получение алиментов <3>. Во многих странах **common law** сожитель также обладает определенными наследственными правами: в канадской провинции Онтарио (**Law Reform Act** 1977 г., § 64), Западной Австралии (**Inheritance Act**, 1972 г., § 7), Южной Австралии (**Administration and Probate Act** 1975 г., § 4-72), Новой Зеландии.

<1> Gautier P.-Y. L'union libre en droit international privé, thèse Paris I, 1986, N 58 et 59; Les concubinages, approche socio-juridique, sous la direction de J. Rubellin-Devichi, éd. C.N.R.S. 1986. T. I, ch. V; Concubinages: une approche comparative des droits européens et américains par J. Pousson-Petit. T. II, ch. XVII; Les concubinages en droit international privé, par M. Revillard. P. 214 et s.; Des concubinages en Europe, aspects socio-juridiques, éd. C.N.R.S. 1989; Des concubinages dans le monde, éd. C.N.R.S. 1990; Gautier P.-Y. Les couples internationaux de concubins. Rev. crit. DIP 1991, 525.

<2> J.-C. I. Droit comparé, V° Brésil, fasc. 2 ou J.-C.I. Not. Rép. V° législation comparé Brésil fasc. 2 par M. Guerreiro Lopes, N 51.

<3> Note sur le problème de la loi applicable aux couples non mariés, conférence de La Haye 1993.

Возможно ли признание в России наследственных прав пережившего сожителя, например, в отношении движимого имущества, находящегося на нашей территории, если применимый иностранный закон по месту жительства наследодателя их предоставляет, или же подобные нормы являются неприменимыми в силу противоречия публичному порядку? Как и в случае с наследственными правами нескольких переживших супругов полигамного брака, признание наследственных прав моногамного сожителя выглядит на первый взгляд шокирующим, но, как и в первом случае, не ведет, на наш взгляд, к нарушению основ российского правопорядка. Конечно, сожитель должен будет доказать существование фактических брачных отношений и их соответствие условиям, определяемым иностранным законом для признания собственных наследственных прав (например, длительность отношений или отсутствие законного супруга). Напротив, если применимому наследственному закону неизвестно призвание пережившего сожителя к наследованию, а личный закон сожителей (закон страны гражданства) его допускает, то данное решение невозможно, так как это привело бы к нарушению установленной наследственным законом очередности наследования или к уменьшению наследственных долей законных наследников. Возможно, что здесь следует искать иное средство для защиты интересов сожителя, например путем использования завещания, установления алиментных обязательств **post mortem** или в форме особых компенсационных выплат в рамках подготовки наследственного дела.

Распространение в ряде государств однополых союзов в виде допускаемых законом партнерств и даже легальных браков также способно породить определенные проблемы при наследовании в России после гражданина, состоявшего в таких отношениях. Так, законодательство большинства стран Северной Европы - Дании <1>, Норвегии, Исландии, Нидерландов <2> и Швеции <3> - признает за однополыми партнерами те же наследственные права, что и за супругами. В Каталонии переживший партнер имеет право на получение алиментов из наследственной массы <4>. Также данный институт получил распространение в Германии <5>, Бельгии <6>, Франции <7>.

<1> Закон от 1 июня 1989 г. N 372 о регистрируемом партнерстве, D/341-H-ML.

<2> Закон от 5 июля 1997 г., вносящий изменения в кн. 1 Гражданского кодекса и Гражданского процессуального кодекса, относительно регистрируемого партнерства.

<3> Закон от 23 июня 1994 г. N 1994:117 о регистрируемом партнерстве.

<4> Закон о стабильных союзах пар (см.: Josselin-Gall M. Pacte social de *solidarité*, quelques éléments de droit international privé, JCP 2000, éd. N. P. 489).

<5> Закон от 16 февраля 2001 г. о регистрируемом партнерстве (BgbI. 2001. Teil I. N 9); ст. 17b ВЗГГУ.

<6> Закон от 23 ноября 1998 г. о легальном сожительстве (Monit. B. 12 января 1999 г. и 23 декабря 1999 г.).

<7> Закон от 15 ноября 1999 г. N 99-944 о гражданском пакте солидарности (J.O., от 16 ноября 1999 г. N 265, N 16959); Khairallah G. Les partenariats *organisés* en droit international privé // Revue critique. 2000. P. 317.

Российской правовой системе институт однополых союзов неизвестен, что на практике способно поставить вопрос о соответствии признания наследственных прав гомосексуальных партнеров публичному порядку в России. Представляется, что если однополый союз был зарегистрирован в соответствии с иностранным законом, то оговорка о публичном порядке может не применяться, а наследственные права пережившего партнера в соответствии с применимым иностранным наследственным законом могут признаваться.

Гражданин Норвегии Б. скончался в г. Осло, по месту своего жительства, в результате сердечного приступа. Среди разнообразного имущества, принадлежащего наследодателю, был обнаружен 25-процентный пакет акций ЗАО "Северная верфь" (г. Петрозаводск) и двухкомнатная квартира в г. Санкт-Петербурге. В качестве единственного наследника по закону суд г. Осло определил супруга наследодателя Х., также гражданина Норвегии. Как следует поступить нотариусу, к которому за выдачей свидетельства о праве на наследство и свидетельства о праве собственности в общем имуществе супругов в отношении пакета акций и квартиры обратился такой наследник?

Достаточно просто данный вопрос решается в отношении движимого имущества (пакета акций). В соответствии с абз. 1 п. 1 ст. 1224 ГК РФ применимым для определения круга наследников и объема их прав в данном случае является наследственное законодательство Норвегии, семейное право которой не только разрешает однополые браки, но и прямо приравнивает наследственные права переживших супругов гомо- и гетеросексуальных браков. Признание наследственных прав стороны однополого брака не нарушает российский публичный порядок, так как само субъективное право приобретено легально в

соответствии с законами Норвегии, а его последствия не влекут нарушения прав других лиц.

Что касается недвижимого имущества, то необходимо руководствоваться абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК РФ, в силу которого применимым к наследованию недвижимого имущества является российское законодательство, что может исключить передачу квартиры пережившему супругу однополного брака в силу оговорки о публичном порядке. Однако при отсутствии других наследников по закону переход данного имущества к лицу, с которым наследодатель имел наиболее тесные личные отношения, тем более признаваемые их личным законом, будет в большей степени справедливым, **a priori** соответствуя воле покойного.

На практике во избежание проблем, связанных с оформлением наследственных прав граждан, состоящих в признаваемых их личным законом однополном браке или союзе, следует, так же как и сторонам фактических семейных отношений (сожителям), использовать при подготовке будущего наследования завещание или замещающие институты (дарение, рента, простое товарищество и т.д.).

При отсутствии наследников по закону или завещанию наследственное имущество по общему правилу переходит государству. В наследственных делах с иностранным элементом существенен вопрос о том, как осуществляется передача выморочного наследства государству: в порядке наследования или же речь идет о распространении суверенных прав на имущество, оставшееся без хозяина (ст. 225 ГК РФ)? Наиболее интересна данная проблема применительно к движимому имуществу, наследование которого не регулируется правом страны по месту его нахождения. Так, если допустить, что государство призывается в качестве ординарного наследника, то все наследственное имущество (движимое), где бы оно ни находилось, поступает в собственность того государства, законы которого применимы к наследованию. Напротив, если государство получает наследственное имущество исключительно как суверен, то имущество перейдет тому государству, где оно находится, независимо от применимого права.

Российские доктрина международного частного права и законодатель предпочли первый вариант <1>. Таким образом, переход выморочного наследства государству осуществляется в рамках реализации последним своих наследственных прав (п. 2 ст. 1151 ГК РФ). Однако данный вариант действует только при условии, если применимое право - российское или иностранное, но поддерживающее аналогичный подход к переходу выморочного имущества.

<1> См., например: Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд. М., 2005. С. 454 и сл.

Необходимо снова отметить раздвоение используемого метода передачи выморочного имущества в зависимости от его подразделения на движимое или недвижимое. В частности, ст. 46 Минской конвенции 1993 г. предусматривает переход движимого выморочного имущества государству, гражданином которого являлся наследодатель в момент смерти, недвижимое имущество переходит государству, на территории которого оно находится по праву "окупации" <1>.

<1> Аналогичный подход используется в двусторонних договорах РФ о правовой помощи с Азербайджаном (ст. 43), Болгарией (ст. 33), Венгрией (ст. 38), Вьетнамом (ст. 36), Ираном (ст. 37), КНДР (ст. 37), Кыргызстаном (ст. 43), Латвией (ст. 43), Литвой (ст. 43), Молдовой (ст. 43), Монголией (ст. 36), Польшей (ст. 40), Румынией (ст. 38), Чехией и Словакией (ст. 41), Эстонией (ст. 43).

Представляется, что государство не является наследником в подлинном смысле этого слова, и поэтому наследственная квалификация выморочного имущества не вполне верна. Более правильным видится передача как движимого, так и недвижимого имущества государству по месту его нахождения. Но в отсутствие соответствующих изменений законодательства данный вариант остается только пожеланием.

12.4.2. Наследование по завещанию

При наследовании по завещанию в основном используются такие же коллизионные правила, что и при наследовании по закону <1>. Так, на основании применимого к регулированию наследства "с иностранным элементом" материального права определяются: действительность завещания, обязательная доля, завещательный отказ и завещательное возложение, полномочия исполнителя завещания и др.

<1> Подобный подход может показаться странным, учитывая, что такое волеизъявление наследодателя должно давать более широкое использование в международном частном праве **автономного статута**.

При регулировании наследования по завещанию основные вопросы касаются формы завещания, порядка получения сведений о завещаниях и, наконец, формальностей, связанных с их открытием и исполнением.

А. Форма завещания.

Завещание - это наиболее часто встречающийся способ распределения наследодателем своего имущества. В частности, когда речь идет о наследовании после гражданина стран англосаксонской правовой системы, то в абсолютном большинстве случаев в деле присутствует завещание. В принципе на практике сложности, связанные с формой завещаний, довольно редки, что, однако, не мешает их кратко осветить.

Российский законодатель предусмотрел специальное правило, которое должно, по его мнению, обеспечить максимальную действительность завещаний и актов их отмены, имеющих пороки формы. Так, по общему правилу способность лица к составлению и отмене завещания, а также форма такого завещания определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания или акта. Однако завещание или акт его отмены не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления завещания или акта его отмены либо требованиям российского права (п. 2 ст. 1224 ГК РФ) <1>. Фактически это означает, что уполномоченные российские органы и должностные лица без ущерба для действительности завещания (акта его отмены) могут составлять его в форме, предусмотренной российским законом. Однако на практике рекомендуется тем не менее использовать форму завещания, предусмотренную правом страны, применимым к самому наследованию.

<1> Аналогичные нормы содержатся в большинстве двусторонних договоров России о правовой помощи и в Минской конвенции 1993 г.

При принятии завещаний, совершенных за рубежом, российским органам и учреждениям следует иметь в виду, что в ряде договоров РФ с иностранными государствами устанавливаются более жесткие требования к форме завещания в отношении недвижимого имущества: такое завещание должно также соответствовать законодательству государства, где находится недвижимость. В частности, данное правило есть в договорах с Грецией (ст. 22), Кипром (ст. 22), Финляндией (ст. 25).

Среди международных инструментов в данной области обращает на себя внимание Конвенция о коллизиях законов относительно формы завещательных распоряжений, заключенная 5 октября 1961 г. в Гааге. Значительное число государств-участников <1> и максимальное обеспечение действительности завещания с точки зрения формы делают желательным присоединение к ней России <2>. Согласно ст. 1 Конвенции, список компетентных законов очень обширен. Завещание считается действительным с точки зрения его формы, если она соответствует требованиям закона:

<1> Всего 39 государств, в том числе Австралия, Австрия, Антигуа и Барбуда, Армения, Бельгия, Босния и Герцеговина, Великобритания, Дания, Германия, Гонконг, Греция, Испания, Эстония, Македония, Финляндия, Франция, Ирландия, Израиль, Италия, Япония, Люксембург, Норвегия, Нидерланды, Польша, Португалия, Словения, Швеция, Швейцария, Турция, Югославия, Ботсвана, Бруней, Фиджи, Гренада, Лесото, Морис, Свазиленд, Тонга, Хорватия, ЮАР. Данные на 1 января 2008 г. (см. информацию о ратификациях и сделанных при этом заявлениях на официальном сайте Гаагской конференции по международному частному праву: <http://www.hcch.net>).

<2> См. подробнее: Медведев И.Г. Имущественные отношения супругов и наследование: Комментарий к конвенциям. С. 114 - 142.

- места его составления;
- или гражданства завещателя, которым он обладал либо в момент составления завещания, либо на момент смерти;
- или места жительства завещателя, которое он имел либо в момент составления завещания, либо на момент смерти;
- или места, где завещатель имел основную резиденцию либо в момент составления завещания, либо на момент смерти;
- или, для недвижимого имущества, места его нахождения.

При подобных коллизионных нормах представить себе возможность недействительности завещания в силу несоблюдения требований к его форме очень сложно.

Интересные правила содержит Вашингтонская конвенция от 26 октября 1973 г., включающая в себя Типовой закон о форме международного завещания. Данный Закон уже адаптирован в законодательстве и

действует в целом ряде государств, это: Бельгия, Италия, Эквадор, Канада, Кипр, Ливия, Нигер, Португалия, Югославия, Словения, Босния и Герцеговина, Франция.

Вашингтонская конвенция 1973 г. предусматривает создание новой, универсальной формы завещания <1>. Завещание не случайно называется здесь "международным", так как направлено прежде всего на упрощение международных частноправовых отношений в области наследования, что, впрочем, не исключает возможность его использования во внутренних правоотношениях.

<1> См. подробнее: Медведев И.Г. Имущественные отношения супругов и наследование: Комментарий к конвенциям. С. 154 - 167.

Международное завещание, вводимое Типовым законом, представляет собой гибрид различных видов завещания, существующих в мировой практике. Согласно ст. 3 Типового закона, завещание должно иметь письменную форму. Не обязательно, чтобы оно было написано самим завещателем. Оно может быть исполнено на любом языке, от руки или с использованием технических средств или особых техник письма (машинопись). За неграмотных или неспособных в силу физического недуга лиц завещание может быть записано с их слов третьим лицом. В соответствии со ст. 4 Типового закона завещатель в присутствии двух свидетелей и лица, уполномоченного удостоверить акт, провозглашает, что совершенный документ - это его завещание, содержание которого он знает. Завещатель не обязан ознакомить свидетелей и (или) полномочное должностное лицо с содержанием завещания. Каждое государство - участник данной Конвенции определяет должностных лиц, компетентных удостоверить международное завещание. В странах латинского нотариата данные функции выполняют обычно нотариусы. Условия, которым должен соответствовать свидетель, участвующий в удостоверении международного завещания, определяются согласно закону государства, которым уполномочивается публичное должностное лицо (нотариус). Одновременно Типовой закон уточняет, что сам факт иностранного происхождения не является препятствием для участия лица в качестве свидетеля при совершении международного завещания.

Несмотря на то что Российская Федерация не присоединилась к данной Конвенции, лицам, уполномоченным в России на удостоверение завещаний, рекомендуется придерживаться формы международного завещания в наиболее сложных случаях. Ее соблюдение может оказать помощь при совершении завещаний неграмотными лицами, иностранными гражданами, не говорящими на русском языке и не могущим исполнить собственноручное (закрытое) завещание (ст. 1126 ГК РФ).

Б. Сведения о завещаниях.

В настоящее время в России отсутствуют какие-либо централизованные источники получения сведений о завещаниях, об их отмене или изменениях <1>. Вместе с тем, как отмечают авторитетные специалисты, одной из отличительных черт норм о наследовании в части третьей ГК РФ является несомненный приоритет, отдаваемый наследованию по завещанию <2>. В условиях становления институтов гражданского общества и развития рыночной экономики завещание становится неотъемлемым инструментом передачи имущества наследникам, полностью отвечающим волеизъявлению лица и способствующим росту благосостояния граждан.

<1> Следует отметить попытку создания общероссийского реестра завещаний в рамках Единой информационной системы нотариата **Enot**.

КонсультантПлюс: примечание.

Монография Т.И. Зайцевой, П.В. Крашенинникова "Наследственное право. Комментарий законодательства и практика его применения" включена в информационный банк согласно публикации - Статут, 2009 (6-е издание, переработанное и дополненное).

<2> Зайцева Т.И., Крашенинников П.В. Наследственное право: Комментарий законодательства и практика его применения. М., 2002. С. 34.

На практике нередки случаи, когда о последнем волеизъявлении лица относительно судьбы его имущества становится известно с большим запозданием, уже после выдачи правоустанавливающих документов на имущество по замещающим основаниям (наследование по закону). Длительные и наиболее сложные, как с юридической, так и с моральной стороны, судебные тяжбы между наследниками также нередко имеют в своей основе запоздалое открытие факта совершения наследодателем завещания или иных распоряжений последней воли, конкуренцию многочисленных завещаний или актов их отмены. Представляется, что усиление внутренней и внешней миграции населения только усугубляет эту проблему, делая непредсказуемыми последствия совершения гражданами завещания вне обычного места

жительства - в другом регионе или за рубежом. Такое положение вещей явно ненормально, нарушает гарантированные законом права граждан на передачу своего имущества наследникам в точном соответствии с их волей.

Известным мировой законодательской практике способом преодоления указанных негативных проявлений является учреждение национальной системы регистрации завещаний, актов их отмены или изменения. Основная цель создания системы регистрации распоряжений последней воли заключается в обеспечении предсказуемости наследования по завещанию, неизбежности наступления правовых последствий, предусмотренных в завещании и иных распорядительных актах последней воли вне зависимости от места и времени их совершения. Формирование реестров удостоверенных завещаний направлено на предоставление более полной информации правоприменителю и заинтересованным лицам на стадии оформления наследственных прав после открытия наследства. Организация подобных баз данных позволяет в большинстве случаев выявлять факт совершения завещания (акта его отмены) наследодателем, уменьшает число возможных конфликтов, связанных с существованием иных завещаний, совершенных наследодателем в другое время. Это также обеспечивает более точный, в соответствии с волей покойного, переход имущества наследникам, способствует действительному, а не формальному выполнению нотариусами своих публично-правовых функций по наследственным делам. При этом система регистрации завещаний может основываться как на указаниях внутреннего законодательства, так и на международно-правовых нормах.

Во многих государствах наличие специального реестра завещаний - это неотъемлемый стандарт юридической практики. Впервые идея создания национальных реестров завещаний была предложена в 1950 г. на II конгрессе Международного союза нотариата (МСН) в Мадриде. Впоследствии многие государства - участники МСН воплотили ее на практике. Так, централизованные системы регистрации завещаний существуют в Австрии (**Das zentrale Testamentsregister**), Бельгии (**Registre central des dispositions de dernieres volontes**), Франции (**Fichier central des dispositions de dernieres volontes**), Нидерландах (**Registre des testaments**), Швейцарии (**Registre central des testaments**), а также в государствах - участниках Базельской конвенции о регистрации завещаний от 16 мая 1972 г.

Базельская конвенция о регистрации завещаний 1972 г. Проблема получения сведений о совершенных наследодателем завещаниях стала предметом специальной международной Конвенции, разработанной в рамках Совета Европы и заключенной 16 мая 1972 г. в Базеле. В Конвенции установлен в отношениях между государствами-участниками универсальный режим регистрации завещаний и обмена информацией о них. В настоящее время ее участниками являются Бельгия, Испания, Италия, Кипр, Люксембург, Нидерланды, Португалия, Турция, Франция, Эстония. Поскольку данная Конвенция разработана и заключена в рамках Совета Европы, это облегчает процедуру присоединения и делает желательным ратификацию данного международного документа нашей страной.

Конвенция предусматривает создание в каждом договаривающемся государстве системы, позволяющей завещателю зарегистрировать свое завещание и избежать ситуаций, когда о нем не будет известно в другом государстве, например по месту нахождения наследственного имущества, облегчая открытие факта наличия завещания или актов его отмены и изменения после смерти завещателя. В каждом государстве назначается орган (как правило, это орган, аналогичный Федеральной нотариальной палате России в иностранном государстве), компетентный передавать другим государствам информацию о записях в созданном таким образом реестре завещаний, а также принимать и передавать запросы от органов, назначенных в других государствах. Данная система обмена информацией о завещаниях, основываясь на национальных реестрах, облегчает регулирование международного наследования по завещанию.

В. Открытие завещания.

Законодательство ряда государств (например, Израиля и Германии), допуская совершение завещания в облегченных формах, нередко устанавливает дополнительные формальные процедуры, связанные с признанием его формальной действительности на этапе открытия наследства. В частности, речь может идти о судебных или аналогичных им процедурах открытия завещания, когда судья или нотариус с участием заинтересованных лиц вскрывает завещание и знакомит с его содержанием родственников усопшего и иных заинтересованных лиц. Эти лица вправе признать данное завещание и подписать завещателя или заявить возражения с передачей всего дела на разрешение суда в рамках уже искового производства.

Поэтому если в отношении завещания, совершенного за рубежом, требуется для придания ему полной действительности выполнение определенных дополнительных формальностей после смерти завещателя, то заинтересованным лицам необходимо их исполнить, даже в тех случаях, когда само наследование будет осуществляться в России согласно российскому материальному праву.

В противном случае данное завещание не может по общему правилу рассматриваться в России как действительное. Это связано с тем, что данные дополнительные требования относятся к **форме**

завещания, которая определяется в соответствии с законом места его совершения (п. 2 ст. 1224 ГК РФ).

12.5. Приобретение наследства

12.5.1. Принятие и отказ от наследства

Право наследника принять или отказаться от наследства зависит от применимого к наследованию права. Поскольку российские коллизионные нормы допускают применение нескольких материальных законов в отношении различных частей наследственного имущества, то и осуществление этого права может регулироваться разным материальным правом. Поэтому применительно к разным наследственным массам наследник может сделать разный выбор <1>. В связи с этим можно говорить, что универсальность правопреемства в случае международного наследования имеет прерывистый характер постольку, поскольку каждый новый компетентный материальный закон определяет лиц, призываемых к наследованию, и порядок последнего <2>.

<1> В западной доктрине это не вызывает сомнений: Droz et Revillard, J.-Cl. dr. int., fasc. 557 A, N 188 et s.; Batiffol et Lagarde, t. II, N 658; Lagarde, *Rép. Dalloz dr. int.*, V° successions, N 134 et s.; Planiol et Ripert, t. IV, N 322.

<2> Данное утверждение в меньшей степени применимо к международному наследованию, осуществляемому на основании завещания или наследственного договора.

Пример: принятие наследства, состоящего из недвижимого имущества в России и Китае, допустимость частичного принятия. Гражданин России В. умер по постоянному месту жительства в г. Новосибирске. Наследство включает полуразрушенный деревянный дом в г. Харбине (Китай), квартиру в г. Новосибирске, а также денежные средства на банковских счетах в России. Могут ли наследники принять наследство, состоящее из имущества, находящегося в России, и отказаться от наследства, находящегося в Китае?

В силу дуализма коллизионной нормы российского права (ст. 1224 ГК РФ) наследование недвижимого имущества, находящегося в Китае, осуществляется в соответствии с китайским правом. Поэтому наследники могут отказаться от наследования недвижимого имущества в Китае и принять ту часть наследства, которая регулируется российским наследственным правом (движимое имущество, независимо от места нахождения, а также недвижимое имущество, находящееся в России).

Способность принимать или отказываться от наследства составляет элемент общей дееспособности лица и как таковая определяется в соответствии с личным законом наследника. В зависимости от права, применимого к дееспособности лица, определяется возраст достижения им совершеннолетия и формальности, требуемые для принятия (отказа) наследства в случае, если наследник является несовершеннолетним.

Пример: принятие наследства несовершеннолетним гражданином Италии, дееспособность, полномочия законных представителей, компетенция суда. Гражданин Италии П. умер по своему месту жительства в г. Неаполе. Наследниками по закону являются несовершеннолетний сын П. 7 лет и пережившая супруга наследодателя, оба - граждане Италии, постоянно проживающие в Неаполе. Помимо прочего имущества наследство включает квартиру в Москве, за выдачей свидетельства о праве на наследство по закону на которую наследники обратились к нотариусу г. Москвы. Возник вопрос: может ли мать несовершеннолетнего сына наследодателя принять за него наследство и в каком порядке?

В отсутствие применимого международного договора, которым установлено иное, и в соответствии с п. 1 ст. 1197 ГК РФ, гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом. Личным законом физического лица считается право страны, гражданство которой это лицо имеет (п. 1 ст. 1195 ГК РФ). Таким образом, для определения дееспособности гражданина Италии применяются нормы итальянского материального права. Поэтому в данном случае не применяется абз. 3 п. 1 ст. 1153 ГК РФ, в силу которого разрешается принятие наследства законным представителем без доверенности.

В соответствии со ст. 320 ГК Италии родители совместно или тот из них, кто осуществляет родительскую власть исключительным образом вследствие смерти другого, представляют детей во всех гражданских актах и управляют их имуществом. Однако согласно ч. 3 ст. 320 ГК Италии "родители не могут отчуждать, обременять ипотекой или залогом имущество, которое принадлежит ребенку по любому основанию, даже в силу смерти, принимать или отказываться от наследства или прав, следующих из завещательного отказа или возложения, давать согласие на дарение, производить раздел имущества, находящегося в общей собственности, брать займы и арендовать имущество более чем на 9 лет или совершать иные действия, выходящие за рамки обычного управления, применительно к таким актам обращаться с иском, заключать мировое соглашение или признавать иск, за исключением случаев

очевидной необходимости или пользы для ребенка, без разрешения судьи".

Следовательно, мать несовершеннолетнего ребенка для принятия от его имени наследства в России должна дополнительно представить **решение** компетентного судьи по опеке и попечительству в Италии, которым ей разрешается данное действие. Следует также иметь в виду императивную норму ст. 471 ГК Италии, согласно которой при наследовании несовершеннолетними "наследство может быть принято **под условием** (выделено нами. - **Авт.**) составления описи наследственного имущества". Это правило означает, что, если пассив наследства превысит его актив, принятие наследства несовершеннолетним считается несостоявшимся. При оформлении наследственных прав несовершеннолетнего гражданина Италии российскому нотариусу следует **принять во внимание** данную норму в силу п. 2 ст. 1192 ГК РФ.

Пример: принятие наследства несовершеннолетним наследником, имеющим двойное гражданство, назначение опеки. Наталья Р., 12 лет, является единственной наследницей по закону после смерти своих родителей - отца, гражданина Франции, и матери, гражданки России, произошедшей одновременно в результате несчастного случая (ДТП). Наталья имеет двойное гражданство: России и Франции. Каковы условия принятия наследства в России?

В соответствии с п. 2 ст. 1195 ГК РФ, если лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом является российское право. Учитывая, что наследница - круглая сирота, для принятия наследства необходимо назначить опекуна как законного представителя несовершеннолетней. Данное решение следует из правила п. 1 ст. 1199 ГК РФ, согласно которой 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.

Форма принятия (отказа от) наследства и его срок определяются в соответствии с применимым к наследованию правом. Применимое материальное право определяет, в частности, какие действия наследников следует рассматривать как фактическое принятие наследства. Применение иностранного права к форме принятия или отказа от наследства нередко порождает практические сложности, связанные с ее несоответствием данной процедуре в России <1>. Так, зачастую компетентные российские учреждения получают из-за рубежа, в основном из стран **common law**, акты принятия или отказа от наследства, совершенные в простой письменной форме или в лучшем случае заверенные адвокатом - **lawyer** <2>.

<1> Конечно, самое простое решение - это подчинить такие акты требованиям **lex fori**, т.е. российскому праву. Однако это, в свою очередь, влечет серьезные сложности для наследников, проживающих за рубежом.

<2> Что, впрочем, тоже формально не соответствует требованиям нотариальной процедуры.

Представляется, что либеральный подход, при котором в отношении иностранных наследников допускается их отказ от наследства или его принятие в **локальной форме**, т.е. в соответствии с законодательством по месту совершения юридического акта (**lex loci**), более предпочтителен. Однако в отсутствие внятной судебной практики по данному вопросу нельзя утверждать, что такое решение юридически абсолютно безопасно. Поэтому желательно, чтобы иностранные наследники назначали представителя для ведения наследственного дела в России с предоставлением ему необходимых полномочий, и только когда такая возможность отсутствует, компетентные российские органы могут принимать волеизъявление наследников в форме, определяемой иностранным правом. Кроме того, при наличии такой возможности данные акты могут быть совершены у консула России в соответствующем государстве. Оценивая наличие такой возможности, следует исходить из соображений целесообразности, что, в свою очередь, зависит от возможных расходов, сроков, наличия разногласий между наследниками и других обстоятельств, заслуживающих внимания <1>.

<1> Например, если до ближайшего консульства России в иностранном государстве не одна тысяча километров, вряд ли стоит направлять туда наследника для совершения отказа от наследства в российской форме.

12.5.2. Передача актива наследственного имущества

Каким образом наследники могут вступить во владение наследственным имуществом после иностранного гражданина? Кто осуществляет управление имуществом до его раздела между наследниками? Учитывая расхождения во внутреннем праве различных государств, данный вопрос имеет важное практическое значение. Традиционно, в зависимости от порядка вступления наследников во

владение имуществом, выделяют две основные системы <1>.

<1> Frid. Le rattachement autonome de la transmission successorale en droit internationale privé: Recueil de cours l'Académie de droit international privé de La Haye, 1974. T. 142. P. 106 et s.; Droz. Saisine héréditaire et administration de la succession en droit international privé français et comparé. Rev. crit. DIP, 1970, 183; Loussouarn. L'administration des successions en droit international privé, J.D.I. 1970, 251; Droz et Revillard. J.-Cl. dr. int., fasc. 557 A, N 200 et s.; Goré M. L'administration des successions en droit international privé français. Economica, 1994; Leleu Y.H. La transmission de la succession en droit comparé. Bruylant, 1996.

В российском праве и во многих других правовых системах (Франция, Швейцария, Бельгия, Италия, Испания, Германия) наследники непосредственно приобретают наследство в момент его открытия независимо от времени его фактического принятия (п. 4 ст. 1152 ГК РФ). Напротив, в государствах **common law** отсутствует прямая передача наследственного имущества наследникам: переход прав на наследство осуществляется под судебным контролем с обязательным участием **администратора (administrator, или executor, или personal representative)**. Администратор (которым может быть один из наследников), назначенный компетентным судьей, обязан управлять наследственным имуществом, собирать все активы, ликвидировать пассив (долги) наследства, после чего распределять остаток наследственного имущества между наследниками <1>. Отсюда возможность возникновения конфликта между двумя наследственными законами, которые могут применяться к наследованию в силу двойственности российской коллизионной нормы, когда один из них предусматривает непосредственное приобретение наследства, а другой требует учреждения в судебном порядке промежуточной администрации наследства.

<1> Denker J. et Deneuville C. Les successions en Angleterre et au Pays de Galles. Dr. et patrimoine. N 56. Janvier 1998. P. 30 et s. Однако вследствие реформы **Uniform Probate Code** в 15 штатах США в настоящее время установлен режим наследования, где отсутствует процедура предварительной администрации наследства. В России к англосаксонскому **администратору** ближе всего **исполнитель завещания**, с той лишь разницей, что первый осуществляет свои полномочия независимо от основания наследования: по закону или по завещанию.

В Гаагской конвенции о международном управлении имуществом умерших лиц 1973 г. была предпринята попытка решить эту проблему путем учреждения так называемого **международного сертификата администратора наследства**, который подтверждает полномочия лица (лиц) на управление движимым имуществом, входящим в состав наследства <1>. Данный сертификат выдается компетентными органами по общему правилу в соответствии с внутренним законодательством обычного места жительства наследодателя. На сегодняшний день Конвенция вступила в силу в отношениях между Португалией, Словакией и Чехией. Она также подписана, но еще не ратифицирована Италией, Нидерландами, Люксембургом, Великобританией и Турцией. Россия пока не присоединилась к данной Конвенции.

<1> Batiffol. Rev. crit. DIP 1973, 243; Goldman. Le projet de convention de La Haye sur l'administration internationale des successions, J.D.I. 1974, 256; Lalive P. Actes et documents de la XII^e session, doc. prélim., N 6. Juillet 1972 et t. II. N 285 et s. См. подробнее: Медведев И.Г. Имущественные отношения супругов и наследование: Комментарий к конвенциям. С. 61 - 93.

Международное частное право России подчиняет всю совокупность проблем, связанных с приобретением наследства (вступление во владение, осуществление прав и обязанностей наследодателя и т.д.), наследственному статусу (п. 1 ст. 1224 ГК РФ).

Так, вступление во владение недвижимым имуществом, находящимся на территории России, не порождает серьезных проблем, поскольку к его наследованию применяется российское право. Что касается недвижимого имущества за рубежом, то в большинстве случаев требуется соблюдение процедуры <1>, установленной в государстве по месту нахождения недвижимости, за исключением тех случаев, когда иностранное право отсылает к праву России как страны гражданства наследодателя.

<1> Например, во многих странах континентальной правовой системы применяется судебная

процедура, так называемое "введение во владение" (**envoi en possession**). См.: Revillard M. *Le droit internationale privé et la pratique notariale*. 3^e éd. Defrénois 2001. N 611 et s. P. 339 et s.

Таким образом, проблема вступления во владение возникает в основном в отношении движимого имущества. Например, наследство, открытое за рубежом, включает денежные средства на счетах в российском банке. Какое право применяется к вступлению во владение данным имуществом наследника или отказополучателя?

Пример: наследство, открытое в Великобритании, полномочия administrator. Гражданин России Ш. умер по своему постоянному месту жительства в Лондоне. Помимо прочего наследственное имущество включает денежные средства на депозите во Внешторгбанке и пакет ценных бумаг, переданный в управление "Альфа-банк капитал". **Administrator** наследодателя, назначенный Лондонским судом, требует передачи данного имущества, указывая на то, что наследственный закон - английский закон - позволяет ему получать такое имущество при управлении наследством.

Наследственным законом, применимым в данном случае к наследованию движимого имущества в России, является английское право (п. 1 ст. 1224 ГК РФ). В то же время российское материальное право исходит из того, что только наследники приобретают наследство и могут управлять движимым активом наследства. Представляется, что вступление во владение наследственным имуществом, как часть наследования, должно осуществляться в соответствии с наследственным законом, т.е. в данном случае согласно английскому праву.

Следовательно, **administrator** действует в рамках своих законных полномочий, основанных на применимом к наследованию движимого имущества праве. Российские банки обязаны подчиниться его распоряжениям относительно определения дальнейшей судьбы денежных сумм и ценных бумаг при предоставлении соответствующего судебного акта, на котором основаны его полномочия <1>.

<1> Дискуссионным как в российской теории МЧП, так и на практике остается вопрос о необходимости **экзекватуры** судебного акта, которым за рубежом назначен администратор международного наследства. В условиях действия в РФ средневекового принципа "договорной экзекватуры" и отсутствия договоров о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений с большинством государств мира реализация данного требования способна существенно затруднить процесс урегулирования международного наследования. Следует иметь в виду, что суд в данном случае осуществляет "не свойственные", с точки зрения континентального юриста, ему функции, всего лишь контролируя законность процедуры наследования, не осуществляя правосудия в прямом смысле этого слова. Поэтому безапелляционно утверждать о необходимости судебного признания в РФ вынесенных им при этом актов как минимум сомнительно, а практически - вредно.

Тем не менее применение наследственного закона имеет небольшие исключения, связанные с соблюдением процедуры регистрации определенных прав. Помимо прав на недвижимость, где в принципе не может быть проблем, так как наследственный и реальный закон совпадают, вступление во владение движимым имуществом, права на которое также подлежат государственной регистрации в той или иной форме, осуществляется в соответствии с процедурой, установленной правом государства по месту нахождения реестра. Речь прежде всего идет об имущественных правах на промышленную или интеллектуальную собственность.

Управление наследственным имуществом до его раздела наследниками в случаях, когда завещатель назначил исполнителя завещания или учредил в соответствии с иностранным правом доверительное управление наследственным имуществом (наследственный траст), может породить дополнительные проблемы при регулировании международного наследования. Кроме того, в некоторых случаях определенные полномочия в отношении управления наследственным имуществом предоставляются консулу государства, гражданство которого имел наследодатель.

Объем прав и обязанностей исполнителя завещания определяется в зависимости от применимого к наследованию материального права <1>. Дуализм российской коллизионной нормы в области наследования не порождает на практике особых проблем, если завещание совершено за рубежом. Следует, однако, отметить, что в большинстве случаев исполнитель завещания наделяется более значительными полномочиями, чем это **a priori** предусмотрено в п. 2 ст. 1135 ГК РФ. Однако компетентным российским учреждениям целесообразно проявлять известную осторожность при определении полномочий душеприказчика применительно к действию императивных норм российского законодательства, в частности правил об обязательной доле. Например, если исполнителю завещания были даны полномочия на продажу недвижимого имущества, то при наличии наследников, имеющих право на обязательную долю в наследстве, получение согласия последних на совершение такой сделки является необходимым.

<1> Necker. La mission de l'exécuteur testamentaire dans les successions internationales. Genève , 1972. P. 136 et s.; Boulanger F. Rép. Dalloz dr. int., V° exécuteur testamentaire.

Пример: исполнитель завещания, назначенный в соответствии со швейцарским правом, продажа недвижимого имущества, находящегося в России. Гражданин России С. скончался в г. Женеве (Швейцария), где постоянно проживал и работал. Наследниками по завещанию являются двое совершеннолетних детей наследодателя. В своем завещании он назначил исполнителем завещания нотариуса Женевы мэтра Орлана Буссе. Может ли исполнитель завещания продать квартиру, принадлежавшую завещателю в г. Санкт-Петербурге?

Поскольку речь идет о недвижимом имуществе, находящемся на российской территории, полномочия исполнителя завещания определяются в соответствии с российским материальным правом ст. 1135 ГК РФ. В отсутствие прямого указания в завещании на данные полномочия исполнителя завещания продажа квартиры в соответствии с российским материальным правом будет невозможна. В то же время в отношении движимых активов, входящих в состав наследства, исполнитель завещания обладает более широкими полномочиями, основанными на нормах швейцарского права, применимого к наследованию движимого имущества.

12.5.3. Функции консула в наследственных делах

Статья 5g Венской конвенции о консульских сношениях от 24 апреля 1963 г. предусматривает, что консулы осуществляют, в частности, функции по "охране интересов граждан (физических и юридических лиц) представляемого государства в случае преемства **mortis causa** на территории государства пребывания в соответствии с законами и правилами государства пребывания". Это правило общего характера, которое не предусматривает обязанности консульских агентов участвовать в регулировании наследства своих граждан <1>. В то же время большинство консульских соглашений, заключенных Россией, предоставляют консулам иностранных государств ограниченные полномочия при регулировании наследств, открытых в России в отношении их граждан. В соответствии с данными соглашениями полномочия консулов могут ограничиваться представительство в наследственных делах, принятием мер к охране наследства или включать управление наследством и выдачу правоустанавливающих документов наследникам <2>. В отсутствие судебной практики вопрос о соотношении консульских полномочий и полномочий компетентных российских учреждений и должностных лиц по ведению наследственного дела остается нерешенным. Независимо от содержания соответствующего соглашения не всегда ясно, в какой мере консул иностранного государства может, например, подменять российского нотариуса при ведении международного наследственного дела и наоборот. В этой связи представляется необходимым уточнить условия участия консула и его полномочия при регулировании наследства.

<1> Rigaux. L'intervention des autorités consulaires dans la conservation, l'administration, et la liquidation des successions, Annales de droit et de sciences politiques. Bruxelles. T. XVII (1957). P. 251 et s. P. 327 et s.; Zourek. Le statut et les fonctions des consuls, Recueil des cours de l'Académie de droit international privé de La Haye. 1962. Vol. II. P. 357 et s.; Maresca. Les relations consulaires et les fonctions du consul en matière de droit privé, Recueil des cours de l'Académie de droit international privé de La Haye. 1971. Vol. III. P. 105 et s.; Revillard M. Les attributions notariales et le règlement des successions par les consuls, Congrès A.A.A., Milan, 1980.

<2> Консульские соглашения, включающие нормы о наследовании, заключены Россией со следующими государствами: Австрия, Азербайджан, Ангола, Афганистан, Беларусь, Бельгия, Бенин, Болгария, Боливия, Великобритания, Венгрия, Вьетнам, Гана, Гвинея, Гвинея-Бисау, Германия, Греция, Египет, Индия, Ирак, Италия, Йемен, Казахстан, Кампучия, Кипр, Киргизия, Китай, КНДР, Корея, Куба, Лаос, Латвия, Ливия, Литва, Маврикий, Мали, Мексика, Молдова, Монголия, Никарагуа, Норвегия, Остров Зеленого Мыса, Пакистан, Польша, Португалия, Румыния, Сан-Томе и Принсипи, Сирия, Словакия, Сомали, США, Тунис, Туркменистан, Турция, Узбекистан, Украина, Финляндия, Франция, Чехия, Швеция, Эквадор, Экваториальная Гвинея, Эстония, Эфиопия, Югославия, Япония.

Участие консула в наследственном деле с иностранным элементом основывается на гражданстве наследодателя и (или) наследников. Консульские соглашения используют, как правило, один из этих критериев либо применяют их оба.

Следовательно, компетенцией по осуществлению своих функций будет обладать консул при

открытии в его округе наследства после гражданина представляемого государства (см., например, п. 1 ст. 25 Консульского договора между СССР и ФРГ от 25 апреля 1958 г.; п. 1 ст. 40 Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 24 января 1995 г.).

Независимо от гражданства наследодателя и местонахождения наследственного имущества консул может обладать отдельными полномочиями по ведению наследственного дела в отношении имущества, находящегося в пределах консульского округа, если наследники являются гражданами представляемого государства (см., например, п. 1 ст. 28 Консульского договора между СССР и ФРГ от 25 апреля 1958 г.; п. 4, 5 ст. 17 Консульского договора между Россией и Китаем от 25 апреля 2002 г.).

Оба названных критерия иногда используются совместно. Например, согласно п. 1 ст. 22 Консульского договора между СССР и Австрией от 28 февраля 1959 г. необходимо наличие гражданства представляемого государства как у наследодателя, так и у наследников.

В некоторых ситуациях положение наследников может играть существенную роль при определении компетенции консула в наследственном деле. Например, в консульских соглашениях с Австрией, Бельгией, Францией и США компетенция консула при принятии мер к охране наследства, управления им и распределения наследства зависит от наличия одного из ниженазванных условий:

- 1) отсутствует завещание или исполнитель завещания;
- 2) наследники являются несовершеннолетними, недееспособными или неизвестно место их нахождения;
- 3) исполнитель завещания отсутствует в месте открытия наследства.

В консульских конвенциях с Афганистаном, Азербайджаном, Германией и Китаем компетенция консула ставится в зависимость от отсутствия у наследника по любому основанию или у выгодоприобретателя по завещательному отказу или возложению, являющегося гражданином представляемого государства, места жительства или представителя на территории государства пребывания, где открыто наследство. Полномочия консула прекращаются в случае проживания гражданина или появления у него представителя в государстве пребывания.

Независимо от критериев, используемых для определения компетенции консула при регулировании наследства, содержание консульских функций различается в зависимости от положений соответствующего соглашения, а также законодательства государства пребывания.

Чаще всего функции консула касаются принятия мер к охране наследственного имущества. Так, консулы в присутствии представителей компетентных властей консульского округа могут осуществлять опись имущества, печатывать помещения и имущество, в них находящееся. Другие международные соглашения предоставляют консулам более широкие полномочия, например право управления наследственным имуществом, а также право выдачи правоустанавливающих документов наследникам.

Пример: наследование по закону после гражданина США, постоянно проживавшего в США, полномочия консула США. Гражданин США Б. умер по своему месту жительства в г. Нью-Йорке. В отсутствие завещания наследниками по закону являются дети наследодателя, проживающие в США. Генеральный консул США в России заявляет о наличии собственных полномочий на ведение данного наследственного дела на основании Консульской конвенции между Правительством СССР и Правительством США от 1 июня 1964 г. В состав наследства входит квартира в Самаре и денежные средства на депозите в отделении Сбербанка. Консул рассматривает возможность продажи квартиры.

Согласно абз. "b" п. 2 ст. 10 Консульской конвенции между СССР и США компетенция консула по распоряжению имуществом умершего гражданина представляемого государства допускается при условии, что, во-первых, наследодатель не проживал в момент своей смерти в государстве пребывания и, во-вторых, не оставил в нем наследника или исполнителя завещания. С учетом того что ни наследодатель, ни наследники не имели места жительства на территории России, американский консул имеет полномочия на ведение наследственного дела и продажу квартиры от имени наследников, не назначивших администратора наследства.

В то же время следует учитывать, что полномочия консула в области регулирования наследования, предусмотренные соответствующими международными соглашениями, носят факультативный характер и не могут вменяться им в обязанность. Таким образом, вмешательство консула в регулирование наследственного дела связано с его усмотрением относительно наличия легитимного интереса, требующего защиты. На практике участие консула иностранного государства в регулировании международного наследования - редкость, по крайней мере в тех ситуациях, когда наследники уже обратились к российскому нотариусу.

Кроме того, применительно к оформлению наследственных прав на недвижимое имущество необходимо иметь в виду, что необходимость их последующей регистрации в компетентном Управлении Федеральной регистрационной службы делает предпочтительным ведение дела именно российским нотариусом. В противном случае могут появиться дополнительные сложности, связанные с признанием юридической силы документов, выданных наследникам консулом для подтверждения их прав на

недвижимое имущество, при проведении процедуры государственной регистрации.

Многие консульские соглашения содержат также положения, позволяющие передачу консулам денег и имущества, входящих в наследство, в двух случаях. Во-первых, это ситуация с отсутствующими наследниками, когда после определения наследственных долей и выдачи свидетельств о праве на наследство осталось не востребованное при разделе имущество. В этом случае имущество, соответствующее невостребованной наследственной доле, может быть передано консулу в качестве представителя отсутствующих наследников. Во-вторых, это ситуация, когда наследник не проживает и у него отсутствует представитель на территории России: денежные средства и другое имущество, ему причитающееся, могут быть переданы консулу для последующей передачи правообладателю. Однако следует иметь в виду, что консульские соглашения в большинстве случаев обуславливают передачу наследственного имущества консулу только при условии, если, во-первых, это соответствует внутреннему законодательству страны пребывания и, во-вторых, в этой стране уплачены либо обеспечены долги наследодателя, а равно налоги на имущество, переходящее в порядке наследования.

Во всех случаях, когда консульское соглашение Российской Федерации с иностранным государством допускает передачу консулу наследственного имущества, необходимо требовать представления документов, подтверждающих существование наследников и их наследственных прав. Это делается во избежание ситуаций, когда представляемое государство под прикрытием консульских полномочий приобретает наследственное имущество в свою собственность.

Таблица 3

Полномочия консулов по наследственным делам

Государство	Представительство	Охранительные меры	Передача имущества и денег	Распоряжение наследственным имуществом <1>
Австрия	-	+	+	-
Азербайджан	+	+	+	-
Ангола	+	-	+	-
Афганистан	+	-	+	-
Беларусь	+	+	+	-
Бельгия	-	+	+	-
Бенин	+	-	+	-
Болгария	+	+	+	-
Боливия	+	+	-	-
Великобритания	+	+	+	+
Венгрия	+	+	+	-
Вьетнам	-	-	+	-
Гана	+	-	+	-
Гвинея	+	-	+	-
Гвинея-Бисау	+	-	+	-
Германия	-	+	+	-

Греция	+	+	+	-
Египет	+	-	+	-
Индия	+	-	+	-
Ирак	+	-	+	-
Италия	-	+	+	-
Йемен	+	-	+	-
Казахстан	+	-	+	-
Кампучия	+	-	+	-
Кипр	+	-	+	-
Киргизия	+	+	+	-
Китай	+	+	+	-
КНДР	+	-	+	-
Корея	+	+	+	-
Куба	+	+	+	-
Лаос	+	-	+	-
Латвия	+	+	+	-
Ливия	+	-	+	-
Литва	+	+	+	-
Маврикий	+	-	-	-
Мали	+	-	+	-
Мексика	-	+	+	-
Молдова	-	+	+	-
Монголия	+	-	-	-
Никарагуа	+	+	-	-
Норвегия	+	-	+	-
Остров Зеленого Мыса	+	-	+	-
Пакистан	+	+	+	-
Польша	+	+	+	+
Португалия	+	+	+	-

Румыния	+	+	+	-
Сан-Томе и Принсипи	+	-	+	-
Сирия	+	-	+	-
Словакия	+	+	+	-
Сомали	+	-	+	-
США	+	+	+	+
Тунис	+	-	+	-
Туркменистан	+	+	+	-
Турция	-	+	+	+
Узбекистан	+	+	+	-
Украина	+	+	+	-
Финляндия	+	+	+	-
Франция	-	+	+	-
Чехия	+	+	+	-
Швеция	+	-	+	-
Эквадор	+	+	+	-
Экваториальная Гвинея	+	+	-	-
Эстония	+	+	+	-
Эфиопия	+	-	+	-
Югославия	+	+	-	-
Япония	+	+	+	+

<1> За исключением случаев распоряжения имуществом умершего гражданина представляемого государства, временно находившегося на территории государства пребывания консула.

Консульские полномочия в области международного наследования имеют **исключительный** характер. Поэтому необходимо, чтобы, во-первых, компетенция консула по ведению наследственного дела прямо следовала из положений соответствующего международного договора и, во-вторых, его полномочия не превышали полномочий, установленных договором. Однако в порядке осуществления общей компетенции консул может участвовать в качестве представителя наследников при условии предоставления им соответствующих доверенностей, если консульским договором не установлено иное <1>.

<1> Консул всегда может быть выбран наследниками в качестве представителя. Это типичная консульская функция в области частного права, прямо предусмотренная ст. 5 "j" Венской конвенции о

консульских сношениях 1963 г.

Кроме того, консульские полномочия, предусмотренные консульским соглашением в области наследования, имеют **факультативный** характер. Например, Кассационный суд Франции, проанализировав типичные положения франко-греческого договора о консульских сношениях, пришел к выводу о том, что "признанные полномочия консулов (в области наследования. - **Авт.**) осуществляются ими по усмотрению и не обязательны" <1>. Учитывая стандартность договоров о консульских сношениях, данное решение может иметь общее значение.

<1> Cass. 1re, 19 avril 1958. Bull. civ. I. N 190. P. 150; Niboyet. T. VI. N 1709.

При международном наследовании консул может также играть определенную роль при защите недееспособных лиц. Тем не менее участие консула в защите интересов несовершеннолетних возможно только в случае, если международное соглашение прямо придает ему такие полномочия, осуществление которых остается тем не менее факультативным. Некоторые международные соглашения, заключенные Россией с иностранными государствами, предусматривают установление опеки или попечительства применительно к реализации консульских полномочий в области наследования <1>. Напротив, Гаагские конвенции 1961 г. и 1996 г. в области защиты несовершеннолетних вовсе не упоминают о полномочиях консулов, основываясь на принципе компетенции органов государства по месту жительства несовершеннолетнего. Аналогичный принцип провозглашен в ст. 34 Минской конвенции 1993 г. (ст. 37 Кишиневской редакции 2002 г.) и следует из анализа содержания ст. ст. 121, 122 Семейного кодекса России. В целом можно констатировать, что на практике происходит уменьшение роли консулов в области защиты прав недееспособных лиц, в том числе при наследовании.

<1> См., например: подп. "а" п. 2 ст. 10 Консульской конвенции между Правительством СССР и Правительством США от 1 июня 1964 г.

Практика ведения дел с внешним элементом показала, что консульские полномочия в данной сфере остаются ограниченными, а само участие консула нередко встречается с недоверием. Такое положение вещей частично оправдано, поскольку иногда консулы выходят за рамки предоставленных им полномочий, стремясь полностью подменить компетентные учреждения по месту открытия наследства или нахождения наследственного имущества при ведении ими международных наследственных дел. Пример из французской нотариальной практики наглядно иллюстрирует это.

Пример: наследники в России, наследство открыто во Франции, полномочия российского консула. Нотариус г. Ниццы (Франция) П. уполномочен урегулировать наследство княгини Н. русского происхождения, проживавшей во Франции с 1917 г., где она была натурализована в 1947 г., скончавшейся в 1999 г., вдовы. В качестве единственного наследника на основании собственноручного завещания является С., имеющий двойное гражданство - Франции и России - в силу брака, зарегистрированного в 1936 г.

В рамках данного наследственного дела эксперт в области генеалогии по просьбе консула России запрашивает у нотариуса различные сведения, связанные с данным наследством. В обоснование своих запросов он ссылается на двусторонние соглашения в области консульских отношений между Россией и Францией.

Консульские полномочия в области наследования определены в ст. 35 Соглашения между СССР и Францией о консульских сношениях от 8 декабря 1966 г. В частности, из текста ст. 35 следует, что российские консульские агенты могут действовать в рамках урегулирования наследственного дела, только если наследодатель имел российское гражданство. Однако в данном деле речь идет о наследовании после гражданки Франции русского происхождения, и, следовательно, российский консул не имеет каких-либо полномочий вмешиваться в регулирование данного наследства. Притязания эксперта на получение информации о наследственном деле также необоснованны, так как отсутствует международное соглашение, которое предусматривало бы его участие в регулировании наследства в той или иной форме.

В этом смысле недопустимо, чтобы участие консула в урегулировании наследства служило предлогом для вмешательства представляемого государства в частные дела лица, скончавшегося в России, или даже выхода из такого государства, приобретшего российское гражданство.

Вышесказанное не умаляет позитивной стороны консульских функций в области международного наследования. Без сомнения, поиск наследников, а также передача части наследственного имущества за рубежом, как правило, упрощаются, если к делу привлечен компетентный консул. Наконец, получение заключений о содержании применимого иностранного права у консульских агентов также может оказаться очень полезным. В целом существование консульского соглашения по вопросам наследования не

запрещает компетентным российским учреждениям урегулировать наследственное дело с иностранным элементом, но они прекращают осуществление своих профессиональных функций в момент, когда консул действует на основании и в пределах соответствующего международного договора.

Не вызывает сомнений, что обязанность наследников по долгам наследодателя и порядок ее исполнения определяются в соответствии с применимым к наследованию правом. Теоретически это делает регулирование пассива наследства в отношениях с иностранным элементом чрезвычайно сложным в ситуации, когда к его различным частям применяется право разных государств, ведущее к появлению нескольких наследственных масс <1>, что зачастую неизбежно в силу дуализма российской коллизионной нормы в области наследования (п. 1 ст. 1224 ГК РФ). Однако на практике в силу прагматических соображений данная проблема, как правило, получает компромиссное решение.

<1> Западную доктрину см.: Raymond. 58^e Congrès des notaires de France. Nice. 1960. P. 276 et s.; Batiffol et Lagarde. Op. cit. T. II. N 65 et s.; Droz et Revillard. J.-Cl. dr. int., fasc. 557 A. N 225 et s.; Lagarde. Rép. Dalloz dr. int., V° successions. N 160 et s.

Единственное разумное решение при регулировании пассивных обязательств наследодателя заключается в том, что каждая наследственная масса, подчиненная отдельному наследственному закону, отвечает солидарно по всем долгам. Несмотря на множественность применимого к наследованию права, при погашении долгов наследодателя наследство, применительно к его пассиву, образует единую массу. В этом смысле можно говорить, что исполнение обязанности по погашению долгов наследодателя всегда осуществляется на основании единого наследственного закона, которым является право страны места жительства наследодателя.

Не следует преувеличивать значение этих затруднений. Среди множества проблем, возникающих при регулировании международного наследства, сложности регулирования его пассива остаются скорее теоретическими. Большинство крупных долгов, обременяющих наследство, как правило, обеспечиваются ипотекой, иным залогом, поручительством и т.д. При таких условиях кредиторам проще получить должное за счет имущества, переданного в залог, или предъявив соответствующее требование поручителю (гаранту). На практике доля пассивных обязательств одностороннего характера довольно незначительна. Как правило, банки и частные лица не дают в долг без достаточного обеспечения и особенно в случае, когда речь идет о международном заимствовании. Как следствие, гражданско-правовой пассив наследства сводится в основном к текущим долгам наследодателя незначительного размера, которые к тому же нередко остаются невостребованными кредиторами из-за нередко оправданных опасений длительной и дорогостоящей процедуры.

12.5.4. Раздел наследства

По общему правилу при разделе наследства используется право, применимое ко всему наследованию - наследственный закон (ст. 1224 ГК РФ). На основании наследственного закона определяется, в частности, имущественная масса, подлежащая разделу, регулируются отношения, связанные с исполнением завещательного отказа или возложения, а также с исполнением обязательств наследодателя.

Тем не менее определенное действие сохраняет **автономный закон** в той мере, когда наследники и иные участвующие в разделе наследства лица могут по собственной воле отступить от положений наследственного закона, даже императивного характера, определяющих объем их наследственных и иных прав. В целом комплексный характер соглашения о разделе наследства приводит к применению и других конкурирующих законов (личного статута, права, применимого к имущественным отношениям супругов, **lex fori, lex rei sitae**).

В международном частном праве в отношении раздела наследства возникают два типа проблем:

- проблемы, связанные с прекращением режима имущественных отношений супругов, т.е. выделом доли пережившего супруга в общем имуществе, и
- проблемы, связанные с практическим осуществлением раздела и выполнением необходимых при этом формальностей.

При прекращении брака вследствие смерти одного из супругов для правильного определения размера и состава наследственной массы необходимо выделить долю, принадлежащую пережившему супругу в общем имуществе. В международных отношениях это способно породить проблемы, связанные с применением к имущественным отношениям супругов иного материального права, чем к самому наследованию (см. например, ч. 1 ст. 161 Семейного кодекса РФ). Во внутреннем праве большинства государств нормы о наследовании и имущественных отношениях супругов тесно связаны. Например,

устанавливая общий режим раздельной собственности супругов, внутреннее законодательство государства может предоставлять пережившему супругу существенные наследственные права. Возможна и обратная ситуация, когда практическое отсутствие наследственных прав у пережившего супруга компенсируется национальным законодателем за счет установления общего режима совместной собственности на все имущество супругов. В практике регулирования международного наследования совместное применение обеих названных систем противоположного содержания иногда приводит к тому, что переживший супруг получает либо очень много, либо очень мало.

Пример: российский режим совместной собственности супругов и наследование, регулируемое немецким правом; уменьшение консолидированной доли супруга. Супруги А. и М. Шлоссер зарегистрировали брак в 1971 г. в Краснотурьинске (Свердловская обл.), где постоянно проживали вплоть до переезда на постоянное место жительства в Германию в 1990 г. После смерти мужа в Мюнхене в 2003 г. к наследованию по закону были призваны пережившая супруга и двое совершеннолетних детей наследодателя. Наследство включает движимое и недвижимое имущество в Германии и России. Перед российским нотариусом возникла проблема определения доли пережившей супруги в общем имуществе и ее наследственной доли применительно к недвижимому имуществу, находящемуся на территории Российской Федерации.

Прежде всего в данном случае необходимо определить режим имущественных отношений супругов. Согласно ч. 1 ст. 161 СК РФ, "имущественные права и обязанности супругов определяются законодательством государства, на территории которого они имели совместное место жительства...". Учитывая, что с 1990 г. супруги постоянно проживали в собственной квартире в Германии и приобрели немецкое гражданство, местом их совместного места жительства следует признать Германию, материальное право которой будет применимо при определении имущественных прав пережившего супруга. В то же время, согласно абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК РФ, к наследованию недвижимого имущества, находящегося на российской территории, применяется российское материальное право.

Это приводит к следующему результату. Согласно немецкому праву, в отсутствие брачного контракта между супругами действует общий режим раздельной собственности. Одновременно пережившая супруга будет призвана к наследованию как наследница 1-й очереди в соответствии с п. 1 ст. 1142 ГК РФ, применяемой к наследованию недвижимого имущества на территории РФ. Таким образом, доля супруги в наследственном имуществе, находящемся на территории России, составит 1/3. Применительно к российской концепции семейных отношений такое решение можно назвать несправедливым, так как пережившая супруга получит меньше, чем если бы к режиму имущественных отношений также применялось российское право.

Во избежание несправедливого для пережившего супруга или наследников результата, возможного в случае применения к имущественному режиму и наследованию материального права различных государств, супругам желательно заключить брачный договор. Такое решение оправданно для большинства супружеских пар, переезжающих на постоянное место жительства за рубеж, даже в том случае, когда речь идет только о воспроизведении в тексте договора норм закона, устанавливающих режим общей совместной собственности на имущество, приобретенное в браке и находящееся на территории Российской Федерации (гл. 7 СК РФ). Это позволит обеспечить связанное применение норм, регулирующих имущественные отношения супругов и их наследственные права.

Однако при заключении брачного контракта его сторонам следует проявлять известную осторожность, заранее осведомляясь о его возможном действии в отношении имущества, находящегося за рубежом. Например, режим совместной собственности на все имущество супругов с условием его передачи пережившему супругу, часто практикуемый в договорах между пожилыми супругами за рубежом <1>, может лишиться всей своей привлекательности в силу применения норм иностранного налогового законодательства в отношении имущества, находящегося за рубежом. Получение пережившим супругом более половины всего имущества супругов на основании брачного контракта рассматривается в некоторых странах как наследование со всеми вытекающими отсюда фискальными последствиями <2>.

<1> Заключение и исполнение такого договора в России вряд ли возможно, так как, во-первых, закон не предусматривает такого основания наследования, как договор (ст. 1111 ГК РФ), и, во-вторых, запрещает совершение завещания двумя или более гражданами (п. 4 ст. 1118 ГК РФ). В то же время если право, применимое к брачному договору и (или) наследованию, допускает такого рода соглашения, то отказ в их признании на территории России будет не вполне оправдан. О противоречии публичному порядку в России "наследственных договоров" также говорить не приходится.

<2> Голландия, Бельгия, Швейцария и др. См.: *Fiscalité européenne*, V° Pays-Bas, Cap. sous part. II. P. 29. N 34; V° Allemagne, Cap. sous part. II. P. 57. N 87; V° Belgique, Cap. sous part. II. P. 62. N 75.

Перед лицом данных сложностей прекращение режима имущественных отношений супругов и

наследования с иностранным элементом часто требует тесного сотрудничества между компетентными российскими и иностранными учреждениями. Даже имея достоверную информацию о применимом иностранном праве, российский правоприменитель без соответствующего опыта зачастую технически не способен правильно рассчитать долю пережившего супруга в общем имуществе и (или) наследстве, регулируемых иностранным правом. Такие институты иностранного семейного права, как, например, немецкая раздельная собственность на прирост общего имущества, когда доля пережившего супруга определяется в зависимости от участия в его приобретении, без консультации иностранного специалиста в принципе могут остаться за рамками понимания. Поэтому только взаимодействие между специалистами стран, с которыми наследование и режим имущественных отношений супругов имеют связь, способно привести к юридически безупречному определению доли пережившего супруга в общем имуществе и наследстве.

Пример: раздел наследства при наличии несовершеннолетних детей, имеющих гражданство Швейцарии; форма, полномочия родителей. После смерти Х., гражданина Швейцарии, по месту его постоянного жительства в г. Нешатель (Швейцария) свидетельства о праве на наследство по закону выданы двум дочерям наследодателя и двум его внукам, 6 и 11 лет, наследующим по праву представления, - также гражданам Швейцарии. Наследство в России, за удостоверением раздела которого к российскому нотариусу обратились наследники, включает квартиру в Москве и денежные средства на банковском депозите в российском представительстве австрийского банка **Raiffeisen Bank**. В какой форме и с соблюдением каких формальностей может быть произведен раздел указанного наследства?

На основании личного статуса несовершеннолетних определяется, необходимо ли соблюдение дополнительных формальностей в целях защиты при разделе наследства прав несовершеннолетних лиц, в частности, необходимо ли соблюдение судебной процедуры или получение разрешения на раздел на определенных условиях от иного компетентного органа иностранного государства, ведающего в нем вопросами защиты прав несовершеннолетних.

Таким образом, режим защиты несовершеннолетних граждан Швейцарии будет определяться в соответствии со швейцарским правом. Согласно ст. 297 ГК Швейцарии мать и отец совместно осуществляют родительскую власть. После смерти одного из супругов родительская власть осуществляется пережившим супругом.

В соответствии со ст. 318 ГК Швейцарии родители управляют имуществом ребенка в течение всего времени, пока они обладают родительской властью. Если только один из родителей выполняет данные функции, он обязан передавать органу, ведающему вопросами опеки и попечительства, сведения о составе имущества ребенка.

В швейцарской судебной практике полномочия по управлению имуществом несовершеннолетнего рассматриваются в принципе как неограниченные, которые осуществляются без взаимодействия с официальными органами и распространяются на любые виды юридических актов с имуществом ребенка.

В приведенном деле несовершеннолетние находятся под родительской властью матери, которая свободно управляет их имуществом. Следовательно, она может представлять своих несовершеннолетних детей при разделе наследства без соблюдения дополнительных формальностей.

Конечно, если компетентное иностранное право требует проведения раздела наследства под контролем суда, нотариусу и заинтересованным лицам следует его соблюдать, каковы бы ни были локальные требования. В этом случае компетентные органы, их взаимная роль и необходимая процедура будут определяться согласно **lex fori**.

Компетентные российские учреждения должны по мере возможного содействовать заинтересованным лицам в государственной регистрации их прав, вытекающих из акта раздела наследства, или по крайней мере разъяснять ее порядок, определяемый согласно законам государства по месту нахождения соответствующего имущества. В международном плане данный вопрос предстает в двух возможных аспектах:

- во-первых, когда речь идет о государственной регистрации прав на недвижимое имущество, находящееся за рубежом;

- во-вторых, когда необходимо обеспечить государственную регистрацию прав на недвижимое имущество, находящееся в России.

Пример: раздел наследства, включающего имущество в России и Испании; государственная регистрация недвижимости за рубежом, полномочия нотариуса. После смерти гражданина России Л., произошедшей в г. Смоленске, нотариус по просьбе наследников по закону - пережившей супруги и двух совершеннолетних детей удостоверил их соглашение о разделе наследства. Согласно условиям раздела квартира, находящаяся в Смоленске, переходит в единоличную собственность пережившей супруги, а дети получают в общую долевую собственность виллу в г. Сан-Себастьян (Испания). Наследники обратились к нотариусу за помощью в государственной регистрации их прав на недвижимость,

находящуюся в Испании. Каковы действия нотариуса?

При условии, что российский нотариус в принципе компетентен удостоверить соглашение о разделе наследства, включающего недвижимое имущество за рубежом <1>, он не может напрямую содействовать государственной регистрации прав на такое имущество. Поэтому он может только направить нотариально удостоверенную копию соглашения о разделе наследства коллеге за рубежом, который обеспечит регистрацию прав заинтересованных лиц в публичных реестрах. В названной ситуации нотариальная копия соглашения о разделе, переведенного на испанский язык и апостилированная в территориальном органе Росреестра, должна быть передана испанскому нотариусу по месту нахождения недвижимого имущества для последующей регистрации в государственном реестре недвижимости.

<1> Для положительного ответа на этот вопрос необходимо проверить отсутствие в законодательстве иностранного государства указания на исключительную компетенцию его органов или должностных лиц при регулировании наследования в отношении недвижимого имущества, находящегося на его территории.

Пример: раздел наследства в Швеции, государственная регистрация прав на недвижимое имущество в России. К нотариусу г. Санкт-Петербурга Ф. по совету консула Швеции в России обратились наследники по закону гражданина Швеции Х., представив судебный акт суда г. Осло, которым утвержден раздел наследства, в том числе квартиры в Санкт-Петербурге, с просьбой оказать содействие в регистрации их прав на указанное недвижимое имущество. Каковы действия нотариуса?

В данном случае необходимо разъяснить заинтересованным лицам, что нотариус не компетентен прямо представлять их при государственной регистрации прав на недвижимое имущество, поскольку нотариальное действие совершалось не им самим (ст. 16 Федерального закона от 21 июля 1997 г. N 122-ФЗ "О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним") <1>. Следует также обратить внимание наследников на то, что для регистрации их прав на недвижимое имущество в Российской Федерации необходимо получение в компетентном российском суде экзекватуры судебного решения суда г. Осло по правилам гл. 45 ГПК РФ. Представляется, что легализованной и переведенной копии данного решения будет недостаточно для регистрации права в Едином государственном реестре прав на недвижимое имущество в смысле ст. 17 Федерального закона от 21 июля 1997 г. N 122-ФЗ.

<1> Такой подход вряд ли оправдан как во внутренних, так и в международных частноправовых отношениях, так как ведет к удлинению и удорожанию процедуры государственного удостоверения, а также не соответствует распространенной мировой практике в данной сфере.

Глава 13. ТРУДОВОЕ ПРАВО

13.1. Коллизионное регулирование трудовых отношений

13.1.1. Зарубежное законодательство

Включение трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, в предмет международного частного права - вопрос, в решении которого правовая доктрина не выработала единого подхода. Одни авторы указывают на необходимость применения к трудовому договору общих коллизионных принципов обязательственного права, другие в соответствии с традиционными концепциями делают акцент на проблемах публично-правового характера, в отношении которых применимы лишь правила страны места работы. Причина тому - двойственный характер права, регулирующего отношения в сфере труда: кроме частноправового элемента ему присущ и элемент публично-правовой (в частности, публичный характер носят нормы об охране труда) <1>.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник М.М. Богуславского "Международное частное право" включен в информационный банк согласно публикации - Юристъ, 2005 (5-е издание, переработанное и дополненное).

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 1963. Т. 2. С. 343. В современной российской науке господствует точка зрения, согласно которой международное частное право охватывает отношения гражданско-правового характера, в том числе и часть трудовых отношений, имеющих частноправовую природу (вопросы, касающиеся заключения и исполнения трудового договора, возмещения ущерба, полученного при выполнении трудовых обязанностей, и др.). Система норм,

воздействующих на такого рода трудовые отношения, образует подотрасль МЧП - международное частное трудовое право, состоящее из материально-правовых и коллизионных предписаний (см., в частности: Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2009; Международное частное право / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2011; и др.).

Как правило, возникающие в трудовом праве коллизионные проблемы решаются с помощью средств, находящихся в арсенале международного частного права, но с учетом изъятий, установленных императивными нормами законодательства о труде. При этом понятие "императивные нормы" трактуется широко. Имеются в виду не только нормы права, регулирующие "собственно трудовые договоры", но и все нормы, направленные на защиту прав наемных работников <1>. В трудовых отношениях с иностранным элементом, справедливо утверждает А.С. Довгерт, как и в других отношениях международного частного права, ставится коллизионный вопрос: право какого государства к ним применяется? Ответ на него таков: применяется право того государства, которое определяется с помощью "трудовых" коллизионных норм, содержащихся во внутреннем законодательстве и международных договорах <2>.

<1> См.: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 236.

<2> См.: Довгерт А.С. Соотношение международного частного и трудового права // Международное частное право. Современные проблемы: В 2 кн. / Отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1993. С. 129.

Законодательные акты зарубежных государств по-разному оформляют правила, разрешающие коллизии в сфере труда. Большинство стран, имеющих кодифицированные источники международного частного права (далее - МЧП), придерживаются гражданско-правовой концепции регулирования трудовых отношений. Соответствующие нормы, регламентирующие трудовые договоры, обычно оформлены в виде отдельных параграфов, статей или пунктов, расположенных в разделе "Обязательственное право". Так, гл. VI "Обязательства" Кодекса МЧП Туниса 1998 г. в разд. 1 "Обязательства из сделок" включает ст. 67 "Трудовой договор"; Закон о МЧП Эстонии 2002 г. содержит ст. 35 "Трудовые договоры" гл. 1 "Общие положения обязательственного права и договоры" ч. 6 "Обязательственное право".

Примером также могут служить Федеральный закон о МЧП Австрии 1978 г. (§ 44 гл. 7), Федеральный закон Швейцарии 1987 г. о МЧП (ст. 121 гл. 9), Закон Лихтенштейна 1996 г. о МЧП (ст. 48 разд. VII), Кодекс МЧП Бельгии 2004 г. (ст. 97 гл. IX), Кодекс МЧП Болгарии 2005 г. (ст. 96 гл. X), Закон КНР 2010 г. "О праве, применимом к гражданским отношениям с иностранным элементом" (ст. 43 гл. VI), Закон Польши о МЧП 2011 г. (ст. 28 гл. VII), Закон Чехии о МЧП 2012 г. (ч. 4 разд. 11); и др.

Коллизионные нормы международного частного трудового права включает гражданское законодательство Канады (§ 4 "О трудовом договоре" гл. 3 "О статусе обязательств" ГК Квебека 1991 г.), Германии (ст. 30 "Трудовые договоры и трудовые отношения отдельных лиц" Вводного закона ГГУ 1998 г.), Испании (ст. 10.6 гл. IV "Нормы МЧП" ГК 1889 г., ред. 2009 г.).

Ряд государств в рамках законодательного оформления коллизионных правил выделяют самостоятельные разделы, посвященные особому порядку регулирования отношений в сфере труда. Такой прием используют, в частности, Венгрия (Указ N 13 о МЧП 1979 г., гл. VIII "Трудовое право") и Украина (Закон о МЧП 2005 г., разд. 8 "Коллизионные нормы о трудовых отношениях").

Вместе с тем законодательство таких стран, как Азербайджан, Армения, Белоруссия, Венесуэла, Казахстан, Киргизия, Македония, Узбекистан, не содержит нормы, регулирующие коллизионные вопросы международного труда.

Выбор права, применимого к трудовым отношениям, осложненным иностранным элементом, осуществляется с помощью коллизионных привязок (формул прикрепления). Нормативное закрепление в источниках МЧП получили такие из них, как автономия воли сторон, закон места выполнения работы, закон наиболее тесной связи и иные.

Прежде всего следует остановиться на возможности использования при регулировании трудовых отношений международного характера принципа **автономии воли - lex voluntatis**. Законодательно закрепленное право сторон трудового соглашения выбирать закон, с помощью которого будет осуществляться регламентация их взаимоотношений, основано на частноправовом методе регулирования <1>.

<1> Следует заметить, что в отдельных государствах источники МЧП, содержащие правила разрешения коллизий в сфере труда, вообще не предусматривают автономию воли в качестве формулы прикрепления при выборе применимого права (например, Кодекс МЧП Туниса 1998 г., Закон о МЧП Украины 2005 г.). Однако большинство стран не отвергает такую возможность (Польша, Румыния,

Германия, Франция, Италия, Канада, США, Австралия, Япония, Эстония, Турция, Чехия, Лихтенштейн, Испания, Грузия, Болгария и др.).

С учетом особенностей характера трудовых отношений безусловное применение принципа **lex voluntatis** допускается крайне редко. Как правило, государства устанавливают определенные границы автономии воли сторон. В первую очередь такие ограничения касаются действия императивных норм страны места выполнения работы и (или) места нахождения работодателя (Германия, Канада, Лихтенштейн). Так, в ст. 3118 ГК Квебека устанавливается: "указание сторонами на право, применимое к трудовому договору, не влечет лишения работника защиты, на которую он уполномочен в соответствии с императивными нормами права страны, где работник обычно осуществляет свою работу, даже если он временно выполняет задание в другой стране, или, если работник обычно не осуществляет свою работу в какой-либо одной стране, - в соответствии с императивными нормами права страны, где его работодатель domiciliрован или имеет место своего делового обзаведения". Законодательство Германии и Лихтенштейна содержит аналогичные положения.

Как правило, соглашение сторон о выборе права считается действительным, если оно отвечает требованию о сохранении обязательного минимума гарантий защиты трудовых прав, предоставляемых императивными нормами. Например, Закон Австрии 1978 г. о МЧП содержит правило, согласно которому выбор применимого права не принимается во внимание, если он осуществлен в ущерб работнику (§ 44.3), а Кодекс МЧП Болгарии 2005 г. (ст. 46.1) и Кодекс о МЧП Эстонии 2002 г. (ст. 35.1) устанавливают, что выбор применимого права не должен лишать работника защиты, которую ему обеспечивают императивные нормы закона, подлежащего применению в отсутствие выбора права сторонами договора.

Характерным примером в этом отношении является и Закон Грузии 1998 г. о МЧП. Последний указывает на недействительность выбора права, игнорирующего императивные нормы, принятые для защиты рабочих и служащих от дискриминации (ст. 38).

Соответствующее ограничительное правило включил в Закон о международном частном и процессуальном праве 2007 г. турецкий законодатель: "Трудовые договоры подчиняются закону страны, выбранному сторонами, при условии, что сохраняются положения, предусматривающие минимальную защиту в соответствии с положениями закона, действующего в постоянном месте его работы" (ст. 27). А ГК Пуэрто-Рико говорит о невозможности лишения работника "защиты нормами пуэрториканского законодательства, применение которых считается надлежащим вне зависимости от места выполнения работы" (ч. 2 ст. 36 кн. 7 "МЧП" в ред. 2010 г.).

Принято считать, что по своей сути названные защитные оговорки воспроизводят в коллизионном праве известный принцип национального трудового права: соглашение сторон может только улучшать положение работника по сравнению с нормами, установленными законом (принцип **in favorem**). При этом, как замечает У. Магнус, чтобы определить, какое право - выбранное сторонами или установленное объективно (на основании коллизионной привязки) - в большей степени защищает интересы наемного работника, обычно сравнивают, насколько благоприятнее каждое из них решает спорное правоотношение в пользу данного работника <1>.

<1> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Указ. соч. С. 236.

Национальное законодательство ряда государств содержит и иные критерии ограничения сферы применения принципа автономии воли. Так, в соответствии с законодательством Австрии (§ 44.3 Закона 1978 г. о МЧП) и Лихтенштейна (ст. 48.3 Закона 1996 г. о МЧП) выбор права принимается во внимание только тогда, когда он осуществлен **прямо выраженным образом** и не в ущерб работнику.

Как главное коллизионное начало выбора права, применимого к отношениям в сфере труда, автономия воли сторон закреплена в ст. 3 Регламента ЕС "Рим I". В этой связи в законодательстве европейских стран прослеживается тенденция снятия ограничений, обычно существующих в отношении принципа **lex voluntatis**. В ряде актов появились нормы, прямо закрепляющие правило, согласно которому право, подлежащее применению к контрактным обязательствам, определяется Регламентом "Рим I" (ст. 57 Закона Италии о реформировании системы МЧП 1995 г., ст. 98 Кодекса МЧП Бельгии 2004 г., ст. 28 Закона Польши 2011 г. о МЧП, ст. 153 кн. X "МЧП" ГК Нидерландов в ред. 2011 г., ст. 84 Закона Чехии 2012 г. о МЧП).

Принцип автономии воли сторон позволяет в соответствующей ситуации осуществить выбор применимого права не только по отношению к договору в целом, но и к его части. Таким образом, отдельные части (элементы) одного трудового соглашения может регламентировать законодательство различных государств. Например, в отношении условия договора об оплате труда применимым будет считаться закон места нахождения работодателя, а в отношении рабочего времени и времени отдыха - закон места выполнения работы.

Если выбор сторонами применимого права не осуществлен, то для регулирования трудовых отношений международного характера используются иные коллизионные привязки, предусмотренные правовой системой государства. Прежде всего это **закон места работы - *lex loci laboris***, получивший закрепление в законодательстве большинства стран, а также в международных соглашениях. В правовых актах он обычно обозначается как "закон страны, в которой выполняется работа" (Австрия, Венгрия, Германия, Испания, Канада, Китай, Лихтенштейн, Турция), либо несколько иными терминами, имеющими синонимический характер, например "закон страны, в которой работник обычно выполняет свои трудовые обязанности" (Австралия, Болгария, Швейцария).

Например, в ГК Испании 1889 г. (Вводный титул) закреплено правило о применении "закона места, где выполняется работа", к обязательствам, вытекающим из трудового договора, если это не противоречит прямо выраженной воле сторон (какому-либо закону) и не наносит ущерб публичному порядку (ст. 10.6). Кодекс Болгарии 2005 г. о МЧП указывает на возможность применения к трудовому договору (в отсутствие выбора сторонами права) "права государства, в котором работник или служащий обычно выполняет свой труд" (ст. 96.2). В соответствии с Указом Венгрии 1979 г. о МЧП к трудовым отношениям, если нормативный акт не предусматривает иного, применяется "право того государства, на территории которого должна быть выполнена работа" (ст. 51.1).

В Турции в отсутствие выбора применимого права трудовой договор регулируется **законом постоянного места работы** работника. При этом, если работник временно работает за границей, такое место работы не признается постоянным местом работы (ст. 27.2 Закона 2007 г.).

В государствах, правовые системы которых не допускают выбор применимого права, ***lex loci laboris*** выступает в качестве основной коллизионной привязки, регулирующей взаимоотношения сторон трудового контракта. Статья 52 Закона Украины о МЧП гласит: к трудовым отношениям применяется право государства, в котором выполняется работа, если иное не предусмотрено законом или международным договором Украины. Статья 67 Кодекса МЧП Туниса содержит норму, согласно которой трудовой договор регулируется правом государства, в котором работник обычно выполняет свою работу.

Многообразие сложившихся в сфере труда взаимосвязей привело к появлению иных формул прикрепления, более приемлемых для разрешения конкретных ситуаций. Например, если согласно трудовому договору работа выполняется на территории нескольких государств, то отношения сторон регулируются **законом работодателя - *lex personalis*** (физического лица) или ***lex societatis*** (юридического лица). В правовых актах зарубежных стран это правило может быть обозначено как личный закон нанимателя, закон места нахождения работодателя, закон места жительства работодателя, закон места его коммерческой (предпринимательской) деятельности и т.п.

Так, в Швейцарии действует принцип, согласно которому, если работник обычно выполняет свои трудовые обязанности в нескольких государствах, к трудовому договору применяется право места делового обзаведения либо, при отсутствии такового, право места жительства или обычного пребывания нанимателя (ст. 121.2 Закона 1987 г. о МЧП). Австрийский закон в ситуации, когда работа выполняется более чем в одной стране или когда не имеется обычного места выполнения работы, предписывает применение закона того государства, в котором наниматель имеет обычное место нахождения или в котором он преимущественно осуществляет свою деятельность (ст. 44.2 Закона 1978 г. о МЧП). Турецкий закон устанавливает, что если работник постоянно работает в нескольких странах и не имеет постоянного места работы в одной стране, трудовой договор подчиняется закону государства, где находится основное рабочее место работодателя (ст. 27.3 Закона 2007 г.).

В Китае "право страны, где осуществляет основную предпринимательскую деятельность работодатель", применяется, если трудно определить "место осуществления работником трудовой деятельности" (ст. 43 Закона о праве, применимом к гражданским отношениям с иностранным элементом). Кроме того, к случаям устройства на работу через бюро трудоустройства применяется закон страны месторасположения такого бюро (речь идет о китайской системе трудоустройства, когда работник заключает договор с бюро по трудоустройству и оно его направляет на те или иные работы в "принимающую компанию").

Зарубежному законодательству известны иные критерии определения применимого права. В аналогичных ситуациях, когда место работы точно определить невозможно, работа выполняется в двух и более странах или носит разъездной характер, а также имеют место частные командировки и т.п., может применяться **закон гражданства работодателя - *lex patriae***, ***lex nationalis***, или **закон работодателя, направившего работника в командировку, - *lex loci delegationis***. Так, согласно законодательству Венгрии, если работник находится для выполнения своих трудовых обязанностей в командировке за границей или на длительной зарубежной службе, то его труд регулируется венгерским законом (ст. 52.2 Указа 1979 г.). По отношению к личному закону нанимателя эти формулы прикрепления являются его разновидностями.

В национальном законодательстве ряда стран в качестве коллизионной привязки встречается **закон**

страны заключения контракта о найме - *lex loci contractus*. Например, такие страны, как Англия и США, к трудовым соглашениям, заключенным на территории их государств, предписывают применять национальное право, используя привязку **law of the contract**.

Важную роль в регулировании трудовых отношений международного характера играет **закон наиболее тесной связи**. Его легальное закрепление в законодательстве ряда государств преследует цель - выбрать наиболее оптимальную правовую систему, которая будет применима в регулировании отношений сторон трудового договора. Формулируется этот принцип обычно как самостоятельная привязка, подлежащая применению в отсутствие выбора сторонами права и (или) выступающая критерием выбора наиболее оптимальной формулы прикрепления из предложенных законодателем вариантов.

Например, Кодекс МЧП Болгарии устанавливает, что в отсутствие выбора сторонами применимого права трудовой договор регулируется законом места выполнения работы, а в случае выполнения работы не в одной стране - законом обычного местопребывания или основного места деятельности работодателя. Если в том и другом случае становится очевидным, что у трудового договора более тесная связь с другим государством, применяется право этого другого государства (ст. 96.2-4). Аналогичное правило содержит законодательство Германии и Турции. Кодекс МЧП Туниса использует критерий наиболее тесной связи только применительно к случаям осуществления трудовой деятельности на территории нескольких государств (ч. 2 ст. 67).

Особое место в ряду актов, содержащих правила выбора сторонами права, применимого к трудовому договору, занимает швейцарский Закон 1987 г. о МЧП. Проявляя гибкость, законодатель дает обширный перечень вариантов выбора права, тем не менее исключив в качестве возможной формулы прикрепления принцип автономии воли сторон (ст. 121). В такой ситуации выбор права сторонами договора ограничен правопорядками, установленными в самом законе: стороны могут подчинить трудовой договор праву государства, в котором работник обычно выполняет свои трудовые обязанности, праву страны обычного пребывания работника либо праву страны места делового обзаведения, места жительства или обычного пребывания нанимателя. Таким образом, законодатель предоставляет сторонам возможность подчинить свой договор праву страны, с которой он связан наиболее тесным образом.

В отношении работы в тех или иных сферах труда могут быть сконструированы коллизионные привязки, отражающие специфику места работы. Например, на морском или воздушном транспорте, обслуживающем транснациональные интересы, трудовые отношения подчинены **закону места регистрации судна - *lex banderae***. Применительно к сфере морского судоходства этот принцип формулируется как **закон флага судна - *lex flagi***. Например, в венгерском законодательстве установлены специальные коллизионные правила в отношении работников транспортных организаций: их отношения регулируются правом государства, под флагом или опознавательным знаком которого данное средство транспорта передвигается. Трудовые отношения работников иных перевозчиков определяются по личному закону перевозчика (ст. 52.3 Указа 1979 г.).

В целом различия коллизионных правил отражают особенности фактического состава отдельных видов трудовых правоотношений. В этой связи зарубежному законодательству известны и иные формулы прикрепления.

Легальное оформление получают также вопросы, касающиеся объема коллизионной нормы. Венгерский Указ 1979 г., в частности, гласит, что по праву, применимому к трудовым отношениям, определяются материальные и формальные правовые условия действительности трудового договора, последствия его недействительности, а также вопросы содержания и прекращения трудовых отношений (ст. 53.3).

13.1.2. Российское законодательство

В Российской Федерации практически отсутствуют специальные нормы, разрешающие коллизионные проблемы в сфере международного труда. Вместе с тем отдельные положения Трудового кодекса (ТК) РФ 2001 г. применимы к отношениям, осложненным иностранным элементом.

Так, ст. 11 ТК РФ провозглашает, что на территории России 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 международным договором РФ. Приведенная норма обеспечивает иностранным лицам национальный режим использования ими прав и обязанностей в сфере труда и служит весомой гарантией осуществления и защиты их интересов. По сути, ТК РФ содержит правило о применении к трудовым отношениям международного характера,

возникающим на территории РФ, российского права.

Кроме того, законодатель счел необходимым установить особое правовое регулирование отношений отдельных категорий работников, труд которых имеет выраженную специфику. Соответствующие правила помещены в Особенной части ТК РФ (ч. IV, разд. XII, гл. 53 "Особенности регулирования труда работников, направляемых на работу в дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации, а также в представительства федеральных органов исполнительной власти и государственных учреждений Российской Федерации за границей").

Условия труда и отдыха лиц, направляемых на работу в представительства РФ за границей, определяются локальными нормативными актами соответствующего представительства и трудовыми договорами, которые не могут ухудшать их положение по сравнению с нормами, установленным ТК РФ. Минимальная продолжительность ежегодных дополнительных отпусков и условия их предоставления, порядок и условия установления дополнительных гарантий и выплаты компенсаций в связи с переездом к месту работы, а также условия материально-бытового обеспечения и оплаты труда таких работников определяются Правительством РФ с учетом климатических и иных особых условий в стране пребывания. Таким образом, для работников представительств РФ за границей установлен особый режим труда и отдыха, регламентированный российским трудовым правом. В этом проявляется экстерриториальный характер национального права, регулирующего труд собственных граждан.

Коллизионные нормы, затрагивающие сферу труда, содержит Кодекс торгового мореплавания (КТМ) РФ 1999 г. Закон имеет в своем составе разд. XXVI "Применимое право", включающий общую норму об определении права, подлежащего применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иным иностранным элементом (ст. 414). В качестве основного коллизионного принципа, примененного к договорным отношениям в обозначенной сфере, закреплена **автономия воли сторон - lex voluntatis**, ограниченная общим требованием о недопустимости ухудшения положения работника, установленного императивными нормами.

Однако в отношении трудовых договоров сформулировано специальное правило, распространяющее свое действие на достаточно узкий состав работников - членов экипажей морских торговых судов (ст. 416). Отношения между судовладельцем и членами экипажа судна, являющимися иностранными гражданами, в отсутствие выбора применимого права регулируются **законом государства флага судна - lex flagi**. Правовое положение членов экипажа судна и связанные с эксплуатацией судна отношения между членами экипажа судна также определяются коллизионной привязкой - **lex flagi**.

Защитная оговорка в ситуации, допускающей автономию воли, звучит так: "Выбор сторонами трудового договора права, подлежащего применению к отношениям между судовладельцем и членами экипажа судна, не должен приводить к ухудшению условий труда членов экипажа по сравнению с нормами права того государства, которыми должны регулироваться данные отношения при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве" (ст. 416). Таким образом, в целях защиты прав работников - членов экипажа установлена гарантия соблюдения трудовых стандартов, которые в соответствии с основными принципами международного трудового права включает правовая система любого государства.

Кроме того, ст. 57 КТМ РФ определяет объем коллизионной нормы: она распространяет свое действие на порядок заключения и прекращения трудового договора, установление условий труда, трудовые споры и иные отношения.

Приведенные примеры указывают лишь на часть вопросов сферы международного труда, подверженных правовому регулированию. В целом проблемы коллизий в международном частном трудовом праве остались за рамками реформы и трудового, и гражданского законодательства РФ.

Позиция российской правовой науки по урегулированию коллизий в сфере международного труда была сформулирована в обобщенном виде в Проекте закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе, разработанном во Всесоюзном научно-исследовательском институте советского государственного строительства и законодательства в 1989 - 1990 гг. <1>. В Проекте был отражен наиболее распространенный подход, сложившийся в международном частном праве России того времени.

<1> Проект закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе // Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву: Труды ВНИИ советского государственного строительства и законодательства. М., 1991. Вып. 49. С. 134. Идея принятия Закона, к сожалению, осталась нереализованной.

Проект допускал автономию воли сторон как коллизионного начала в регулировании трудовых отношений. При отсутствии выбора сторонами применимого права в качестве основной коллизионной

привязки предлагалось применять правило **lex loci laboris** - право страны, в которой (полностью или преимущественно) осуществляется работа. В качестве дополнительных формул прикрепления предусматривались такие формулы прикрепления, как:

- **lex flagi** - право страны, под флагом которой используется транспортное средство - для трудовых отношений на водном и воздушном транспорте;

- **lex loci delegationis** - право страны учреждения, командировавшего работника - в случае выполнения работы лицом, командированным за границу (ст. 32).

Таким образом, предполагалось восполнить пробел действующего права, которое не содержало коллизионных норм в области труда.

Российская доктрина выработала и определенную позицию по реализации принципа **lex voluntatis** в международных трудовых отношениях. В частности, при определении границ применения автономии воли сторон трудового соглашения было предложено руководствоваться следующими условиями:

1) соблюдение письменной формы выбора сторонами права как в момент заключения трудового договора, так и во время его действия или изменения;

2) наличие тесной связи выбранного сторонами закона с трудовым контрактом;

3) невозможность снижения уровня условий труда работника по сравнению с обязательными положениями закона той страны, который был бы применен при отсутствии выбора права сторонами;

4) возможность подчинять элементы содержания трудовых правоотношений разным правовым системам <1>.

<1> Довгерт А.С. Правовое регулирование международных трудовых отношений. Киев, 1992. С. 13.

Современный период развития науки международного частного права не внес существенных изменений в ранее высказанные предложения о законотворчестве в сфере коллизионного регулирования труда.

Разрешение коллизий при регулировании трудовых отношений с иностранным элементом происходит с помощью формул прикрепления, содержащихся не только в национальном законодательстве, но и в международных актах. Большинство государств, в том числе и Россия, рассматривают общепризнанные нормы и принципы международного права и нормы международных договоров как составную часть своей правовой системы, устанавливая приоритетный порядок применения этих норм. В этой связи пробелы национального законодательства могут восполняться путем применения международных норм, включенных в правовую систему государства.

Унифицированные коллизионные нормы содержат как двусторонние, так и многосторонние договоры государств <1>. Особое значение среди источников международного частного трудового права имеет **Регламент ЕС "Рим I"**, поскольку в сферу его применения входят трудовые договоры (ст. 8). Закрепляя на международном уровне автономию воли сторон как основной принцип в определении права, применимого к договору о труде, в документе формулируется специальная защитная оговорка: выбор права не может повлечь за собой лишение работника защиты, предоставляемой ему правом, которое применялось бы при отсутствии выбора права сторонами договора.

<1> О нормах, содержащихся в многосторонних и двусторонних договорах РФ, подробнее в следующих параграфах настоящей главы.

Выбор права сторонами трудового соглашения должен быть "прямо выражен" или определенно вытекать из положений договора либо из обстоятельств дела. Он может быть осуществлен до заключения договора или в процессе его исполнения. При этом любое изменение в определении подлежащего применению права, которое происходит после заключения договора, не может затрагивать формальную действительность договора и наносить ущерб правам третьих лиц.

Регламент "Рим I" устанавливает, что в отсутствие выбора права трудовой договор подчиняется системе коллизионных привязок, среди главенствующее положение занимает **lex loci laboris** - право страны, в которой работник "обычно выполняет свою работу", даже если он временно работает в другой стране. Субсидиарно (если применимо право не может быть определено с помощью привязки **lex loci laboris**) используется закон работодателя - право страны, где находится учреждение, которое наняло работника (**lex societatis**). Если из всех обстоятельств дела вытекает, что договор более тесно связан с правом другой страны, чем та, которая избрана с помощью формул прикрепления **lex loci laboris** или **lex societatis**, то применяется право этой другой страны.

Документ акцентирует внимание на том, что наемные работники не должны лишаться защиты со стороны положений, от которых не разрешается отступать посредством соглашения или от которых разрешается отступать только в их пользу (п. 34 преамбулы Регламента). Кроме того, коллизионная норма

в отношении индивидуального трудового договора не должна наносить ущерба применению преобладающих императивных положений страны, в которую откомандирован работник в соответствии с Директивой 96/71/ЕС Европейского парламента и Совета от 16 декабря 1996 г. об откомандировании работников в рамках предоставления услуг (п. 35 преамбулы Регламента).

Статья 12 Регламента "Рим I" очерчивает сферу действия права, подлежащего применению к договорам, что включает и трудовые договоры. Это, в частности, вопросы его толкования, осуществления прав и обязанностей сторон, возмещения вреда, причиненного при исполнении договора, исковой давности, признания договора недействительным.

Поскольку унификация коллизионных правил обеспечивает решение спора на основе использования одного и того же правила, отпадает необходимость определять, в каком государстве Евросоюза имеет место конфликт в сфере труда. Происходит сужение сферы действия национального права: нормы международного частного права государств-членов частично вытесняются правом ЕС.

Право, указанное Регламентом "Рим I", может применяться даже в том случае, если оно не является правом одного из государств-членов. В этом смысле документ носит универсальный характер. Вместе с тем следует учитывать, что любое государство вправе запретить применение норм иностранного права на территории своего государства. Такой запрет будет носить обоснованный характер, если нормы применимого иностранного права противоречат публичному порядку (ст. 21).

13.2. Международно-правовое регулирование трудовых отношений

Отличительной особенностью международного частного права является широкое использование норм, содержащихся в международных договорах, а также в документах рекомендательного характера. По сфере их действия различают универсальные, региональные и двусторонние акты.

К актам **универсального характера** прежде всего относится **Всеобщая декларация прав человека**, принятая Организацией Объединенных Наций (ООН) в 1948 г. Документ содержит целый комплекс неотчуждаемых прав человека в сфере труда. В их числе: право на труд; на свободный выбор работы и защиту от безработицы; на справедливые и благоприятные условия труда, равную плату за равный труд без какой-либо дискриминации; на справедливое и удовлетворительное вознаграждение, обеспечивающее достойное человека существование для него самого и его семьи; на отдых и досуг, включая право на разумное ограничение рабочего дня и на оплачиваемый периодический отпуск, на создание профсоюзов и участие в них с целью защиты своих интересов. Не являясь договором, Всеобщая декларация прав человека имеет огромный международный авторитет как документ программно-политического характера.

Среди документов ООН, лежащих в основе регулирования трудовых отношений, необходимо назвать два документа 1966 г. - **Международных пакт об экономических, социальных и культурных правах** и **Международных пакт о гражданских и политических правах** <1>. Отличительной чертой этих многосторонних договоров является более объемный, чем во Всеобщей декларации прав человека, перечень прав, предоставляемых трудящимся. В первом из названных документов, помимо этого, предусмотрен контрольно-надзорный механизм по соблюдению включенных в него положений. Кроме того, в результате подписания в 1976 г. Факультативного протокола к Пакту о гражданских и политических правах в Женеве начал работу Комитет по правам человека, куда с жалобами на нарушения своих прав могут обращаться не только государства, но и граждане. Присоединение России к названным соглашениям явилось гарантией реализации положений ст. 46 Конституции РФ, в силу которой российские граждане имеют право на защиту своих интересов в межгосударственных органах.

<1> Ратифицированы Указом Верховного Совета СССР от 18 сентября 1973 г. N 4812-VIII.

Первостепенную значимость в сфере труда имеют также основополагающие акты ООН, провозглашающие равенство в отношении осуществления прав и свобод человека, равенство всех перед законом и право каждого на равную защиту. Они получили название антидискриминационных конвенций (**О ликвидации всех форм расовой дискриминации** 1966 г., **О ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин** 1979 г. и др.). Заключая в себе общепризнанные нормы и принципы международного права, подобные документы составляют фундамент правового положения субъектов трудовых правоотношений, формируют основу межгосударственного сотрудничества в сфере труда.

Особую роль в регулировании труда играют международные соглашения, определяющие специальный статус субъектов трудовых прав. Так, **Конвенция о статусе беженцев** 1951 г. имеет самостоятельный раздел, посвященный работе по найму. Государства обязались предоставлять беженцам, проживающим на их территории, национальный режим в отношении использования основных

трудовых прав и их социальных гарантий, включая условия труда, содержащиеся в коллективных договорах. В целях охраны рынка труда к этой категории работников не применяются изъятия, установленные для найма иностранцев.

Конвенция о защите прав трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г. охватывает максимально широкий круг лиц, пребывающих на территории иностранного государства с целью осуществления трудовой деятельности, и практически весь спектр предоставляемых им прав и свобод. Документ закрепляет возможность трудящихся-мигрантов и членов их семей свободно покидать государство происхождения; получать в порядке, действующем в принимающем государстве, разрешение на жительство и на занятие вознаграждаемой деятельностью (ст. 49). В рамках национального режима для них открыт доступ к местным системам трудоустройства, профессиональной ориентации, образования, специальной подготовки и переподготовки и т.д.

Работники-мигранты наравне с гражданами принимающей страны имеют право на вознаграждение, режим труда и отдыха и иные условия труда; пользуются защитой против увольнения; пособием по безработице; имеют доступ к программам общественных работ, проводимых в целях борьбы с безработицей, и к другой работе по найму в случае потери рабочего места или другого вознаграждаемого вида деятельности (ст. 54). Возможность переводить заработанные средства и сбережения, а также вывозить личное имущество и вещи по окончании работы по найму определяется по праву места работы. Контроль за соблюдением положений Конвенции осуществляет специально созданный Комитет по защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей (КТМ).

Акт вступил в силу в 2003 г. Большинство ратифицировавших его стран - государства происхождения мигрантов (Азербайджан, Мексика, Таджикистан, Турция, Филиппины и др.). Россия, а также иные государства - крупные реципиенты рабочей силы Конвенцию не подписали. Такая ситуация получила противоречивую оценку экспертов. В адрес экономически развитых стран звучат обвинения в неспособности и нежелании принять на себя ответственность за соблюдение трудовых прав мигрантов. Однако вопрос не так однозначен в своем решении.

Создание эффективного баланса интересов собственных граждан и интересов иностранных лиц, временно привлекаемых к труду, - проблема, требующая обдуманного решения. Конвенция 1990 г. устанавливает достаточно обширный круг прав, который охватывает не только лиц, осуществляющих трудовую деятельность на территории принимающего государства на законном основании, но и нелегальных мигрантов. Придание им легального статуса, например в России, противоречит миграционной политике нашей страны. Кроме того, Федеральный закон о правовом положении иностранных граждан в России <1> провозгласил принцип приоритетного использования национальных трудовых ресурсов на территории РФ (п. 1 ст. 18). Аналогичные положения содержит законодательство многих зарубежных государств.

<1> Федеральный закон от 25 июля 2002 г. N 115-ФЗ "О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации" // СЗ РФ. 2002. N 30. Ст. 3032 (далее - Закон о правовом положении иностранцев).

Комплекс основных трудовых прав, сформулированный в актах ООН, составляет фундамент правового статуса субъектов трудовых правоотношений. Без его закрепления в национальном законодательстве немислимо ни одно цивилизованное государство.

Основную правотворческую деятельность в сфере труда на международной арене проводит **Международная организация труда (МОТ)**. Ее членами являются 183 государства, объединяющие 98% населения мира. В Уставе и Филадельфийской декларации МОТ (1944 г.) сформулированы цели организации: улучшение условий труда и повышение жизненного уровня трудящихся, а также названы способы их достижения - международно-правовое регулирование трудовых отношений, складывающихся на рынке труда (предотвращение безработицы, обеспечение достойного уровня зарплаты, регулирование продолжительности рабочего времени и времени отдыха, охрана труда и т.д.). Результаты правотворческой деятельности Организации фиксируются путем принятия соответствующих конвенций и рекомендаций <1>.

<1> Количество конвенций достигло к 2012 г. 188, рекомендаций - 199. Российская Федерация ратифицировала 61 конвенцию МОТ.

Важнейшие направления социальной политики МОТ закреплены в ее актах в виде принципов регулирования трудовых отношений. Среди таких актов необходимо выделить восемь основополагающих конвенций, подлежащих первоочередной ратификации: N 29 и N 105 о принудительном труде; N 87 и N 98 о свободе ассоциаций; N 100 и N 111 против дискриминации в области труда; N 138 и N 182 о запрещении

детского труда. Государства - члены МОТ обязаны соблюдать основополагающие принципы даже в случае отсутствия ратификации соответствующих конвенций, т.е. в силу факта их членства в Организации.

Закрепленные в названных документах исходные начала в дальнейшем нашли свое отражение в Декларации основополагающих принципов и прав в сфере труда 1998 г. и Декларации о социальной справедливости в целях справедливой глобализации 2008 г. В основу деятельности государств в современный период - период глобализации была положена Программа достойного труда, разработанная в рамках МОТ в 1999 г. В этой связи Декларация 2008 г. уточнила стратегические цели государств-членов на ближайшие годы. Это:

- претворение в жизнь основополагающих принципов в сфере труда;
- расширение возможности занятости и получения дохода;
- совершенствование системы социальной защиты;
- укрепление социального диалога.

Большое внимание МОТ уделяет защите прав мигрантов. Их статус закреплен в Конвенциях N 97 о правах трудящихся-мигрантов (1949 г.); N 118 о равноправии граждан страны, иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения (1962 г.) и N 143 о злоупотреблениях в области миграции и обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения (1975 г.).

Конвенция N 97 обязывает государства установить для мигрантов, пребывающих на их территории, условия не менее благоприятные, чем те, которыми пользуются собственные граждане. Такой подход касается возраста принятия на работу; ученичества и профессионального обучения; заработной платы; рабочего времени и сверхурочных работ; оплачиваемых отпусков; работы на дому, женского труда и труда подростков; принадлежности к профсоюзам; пользования преимуществами, предоставляемыми коллективными договорами, и др. (ст. 6).

Документ содержит норму, ограничивающую максимальный срок пребывания работника-мигранта в принимающей стране пятью годами. Каждый член МОТ в случае вступления в отношении его Конвенции в силу обязуется учредить компетентную и бесплатную службу помощи работникам-мигрантам. Эта служба, в частности, должна снабжать мигрантов точной информацией; сотрудничать с соответствующими учреждениями других членов организации; принимать меры, облегчающие прием и возвращение работников-мигрантов, организацию деятельности медицинских служб и т.д.

Конвенция имеет три приложения, которые регламентируют соответственно вопросы вербовки, трудоустройства и условий труда работников-мигрантов <1>. Право производить операции по вербовке, оформлению въезда и определению на место работы мигрантов принадлежит, как правило, государственным бюро трудоустройства. Однако, с учетом интересов мигранта, национальным законодательством может быть предусмотрена возможность производить вербовку также частным агентством, получившим на это предварительное разрешение компетентных властей и под их контролем.

<1> Термин "вербовка" означает наем лица, находящегося на одной территории, от имени нанимателя, находящегося на другой территории, или обязательство, данное лицу на одной территории, обеспечить ему работу на другой территории.

Одноименная Рекомендация N 86 призывает государства дополнить установленные в актах МОТ положения о труде мигрантов двусторонними соглашениями, определяющими методы применения соответствующих международных норм. В текст соглашений предлагается включить положение о соответствии индивидуальных трудовых контрактов мигрантов Типовому договору, образец которого приводится в приложении к названному акту.

Конвенция N 118 обязывает государства предоставить на своей территории гражданам любого другого члена Организации права, одинаковые со своими гражданами, как в отношении распространения на них законодательства, так и в отношении права на пособия (по болезни, по случаю потери кормильца, в случае трудового увечья и профессионального заболевания, по безработице и др.). В отношении пособий равноправие обеспечивается без какого-либо условия о проживании.

Конвенция N 143 включает два основных вопроса: 1) предотвращение и пресечение незаконной миграции и 2) обеспечение равенства возможностей и обращения. В ее рамках достигнута договоренность о сотрудничестве, обмене информацией и систематических контактах по обозначенным вопросам. В частности, государства приняли обязательства предусмотреть в своем законодательстве меры ответственности за незаконную миграцию (равно за оказания помощи в организации незаконной миграции), а также за незаконное использование труда работников-мигрантов. Для работников и членов их семей, находящихся на законных основаниях в принимающем государстве, должны быть разработаны меры социальной адаптации.

Акты рекомендательного характера предлагают государствам освобождать работников-мигрантов от уплаты таможенных пошлин (Рекомендация N 86), оплачивать за счет работодателя их проезд в страну найма (Рекомендация N 100), предоставлять им возможность обжаловать решение о досрочном прекращении трудовых отношений, освобождать от расходов на осуществление административных и иных юридических процедур в случае выдворения из страны (Рекомендации N 151).

Россия присоединилась к большинству конвенций МОТ, но не ратифицировала ни один договор о правах трудящихся-мигрантов. Период принятия последних совпал со временем, когда страна фактически не участвовала в международном обмене труда. Сегодня такое положение ставит российских работников за рубежом в менее выгодные условия по сравнению с трудящимися из стран, включивших соответствующие нормы в свою правовую систему. Имплементация международных норм с более высоким уровнем гарантий прав трудящихся-мигрантов позволит восполнить соответствующие пробелы российского законодательства. Определенные шаги в этом направлении уже проделаны, однако окончательное решение вопроса еще требует привлечения дополнительных финансовых и организационных ресурсов.

Значительный вклад в регулирование трудовых отношений, осложненных иностранным элементом, вносят **региональные акты**, оформившие договоренность государств в рамках деятельности таких международных организаций, как Совет Европы (СЕ), Европейский союз (ЕС), Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР), Содружество независимых государств (СНГ) и другие.

Трудовые стандарты **Совета Европы** закреплены в таких основных документах, как **Конвенция о защите прав человека и основных свобод** 1950 г., **Европейская социальная хартия** 1961 г. (в ред. 1996 г.) и **Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов** 1977 г.

Наиболее обширный круг трудовых прав содержит **Европейская социальная хартия** <1>. Сфера ее действия охватывает всех лиц, которые на законных основаниях проживают или регулярно работают на территории одной из договаривающихся сторон. Хартия обязывает государства упростить существующие формальности и сократить или упразднить различные сборы с иностранных рабочих или их работодателей; сделать менее жестким законодательство, регулирующее наем иностранных трудящихся; признать за гражданами своей страны право осуществлять приносящую доход деятельность на территории других государств-участников. В ней гарантируется национальный режим в сфере найма и трудоустройства мигрантов, включая оплату их труда, пользование преимуществами коллективных договоров, предоставление жилья и др. Наряду с традиционными правами документ закрепляет право на профессиональную ориентацию и профессиональное обучение, на информацию, на участие в определении и улучшении условий труда, на защиту достоинства во время работы.

<1> Пересмотрена в 1996 г., действует в 43 государствах СЕ из 47. Ратифицирована РФ в 2009 г. Федеральным законом от 3 июня 2009 г. N 101-ФЗ.

В аспекте рассматриваемых вопросов наибольший интерес представляет **Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов** 1977 г. <1>. Документ регулирует порядок получения разрешений на работу и проезда к месту работы, воссоединения с семьей и проживания в принимающем государстве, процедуру набора рабочей силы, а также социальное обеспечение работников.

<1> Вступила в силу 1 мая 1983 г. Россия не участвует.

Нормативные акты **Европейского союза** также содержат достаточно большой по объему комплекс трудовых прав. Еще в **Римском договоре** 1957 г. было зафиксировано согласие государств объединиться с целью улучшения условий труда и жизни трудящихся. Уточняя его положения, **Единый европейский акт** 1987 г. обозначил такие направления правотворчества, как занятость, условия труда, техника безопасности и производственная санитария, право на ассоциацию и коллективные договоры. Учредительные договоры в системе актов ЕС не только имеют значение программных документов. Их нормы (нормы "первичного права") непосредственно регулируют трудовые отношения в странах Евросоюза, имеют приоритет по отношению к национальным законам.

Важное значение среди актов ЕС имеют Хартия об основных социальных правах трудящихся 1989 г. и Хартия основных прав Европейского союза 2000 г.

Принципиальные положения, касающиеся содержания социальных и трудовых прав граждан ЕС были сформулированы в **Хартии об основных социальных правах трудящихся**. От основополагающих программных актов ЕС она отличается тем, что не является договором, ее положения носят рекомендательный характер. Однако именно этот документ стал исходной базой развития социального законодательства стран Евросоюза. В частности, в нем провозглашается, что каждый трудящийся Европейского сообщества имеет право на свободу передвижения по территории Союза в зависимости от

ограничений, установленных в интересах охраны общественного порядка, государственной безопасности и здоровья общества. Право на свободу передвижения дает каждому трудящемуся возможность работать в странах Евросоюза по любой профессии или специальности, обеспечивает равный доступ к наемному труду, его условиям и социальной защите, свободу выбора занятий и бесплатный доступ к службам по трудоустройству.

С учетом своеобразия структуры трудовые права в **Хартии основных прав Европейского союза** рассредоточены по различным разделам. Так, гл. 1 "Достоинство" содержит норму, запрещающую рабство и принудительный труд; гл. 2 "Свобода" провозглашает свободу профессиональной деятельности и право на труд; гл. 3 "Равенство" закрепляет принцип равенства и гарантирует особую защиту в отношении отдельных социальных групп. Глава 4 "Солидарность" отличается наиболее детальной проработкой содержания прав наемных работников и включает право на благоприятные и справедливые условия труда, на защиту в случае необоснованного увольнения, на обращение к службам занятости и др. <1>.

<1> Московский журнал международного права. 2003. N 2. С. 302 - 314.

Основной формой гармонизации права стран - членов ЕС является принятие актов "вторичного права", среди которых особую значимость для регулирования отношений сферы труда имеют **директивы**. Такого рода документы регламентируют ряд важнейших вопросов, например устанавливают перечень основных условий трудового договора (Директива N 91/533); определяют права и обязанности сторон трудового договора при смене собственника (Директива N 77/187); устанавливают равное обращение в сфере трудоустройства и занятости (Директива N 78/200) и т.п. Подавляющая часть директив (94,3%) уже включена в национальное законодательство стран ЕС, а такие государства, как Швеция, Финляндия, Испания и Дания, адаптировали к национальной правовой системе все директивы ЕС <1>.

<1> Труд за рубежом. 2003. N 1.

С учетом значимости сотрудничества пограничных государств в сфере миграции рабочей силы особое внимание следует уделить актам, принятым в рамках таких региональных международных организаций, как Содружество Независимых Государств (СНГ); Европейско-Азиатское экономическое сообщество (ЕврАзЭС), а также Союзное государство России и Белоруссии.

Реализуя закрепленное в Уставе **Содружества Независимых Государств** (1993 г.) намерение осуществлять сближение национального законодательства, государства - члены Содружества подписали ряд документов, определяющих основные направления их деятельности в сфере труда. Это прежде всего Хартия социальных прав и гарантий граждан независимых государств 1994 г. и соглашения: О сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов 1994 г., О сотрудничестве в области охраны труда 1994 г., О порядке расследования несчастных случаев на производстве, происшедших с работниками при нахождении их вне государства проживания, 1994 г., О взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей, 1994 г., а также Модельный рекомендательный акт о миграции трудовых ресурсов в странах СНГ 1995 г.

Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов 1994 г. регулирует трудовую деятельность лиц, которые постоянно проживают на территории одного из государств и осуществляют свою трудовую деятельность на предприятиях, в учреждениях, организациях всех форм собственности на территории другого государства-участника. Численность принимаемых работников определяется двусторонними соглашениями.

Статья 1 названного акта в качестве основной коллизионной привязки провозглашает принцип **lex loci laboris**. В этой связи порядок привлечения работников к труду, квалификационные, возрастные и иные требования к ним устанавливаются стороной трудоустройства исходя из действующего на ее территории законодательства. Условия трудового договора, порядок его оформления, сроки действия и порядок расторжения, режим рабочего времени и времени отдыха, налогообложение трудовых доходов также должны соответствовать законодательству о труде принимающей стороны. Диспозитивная норма устанавливает правило, согласно которому закон страны трудоустройства применим и при определении порядка возмещения вреда, причиненного увечьем, профессиональным заболеванием или иным повреждением здоровья работника при исполнении им трудовых обязанностей (ст. 11).

Трудовые отношения мигранта и принимающей стороны должны быть оформлены трудовым договором. Такой договор заключается с работодателем на государственном языке стороны трудоустройства и русском языке и вручается работнику до его выезда на работу. Все документы, необходимые для трудоустройства, должны быть переведены на государственный язык стороны

трудоустройства или русский язык и соответствующим образом заверены. Государства-участники не требуют легализации дипломов, свидетельств об образовании, присвоении звания, разряда, квалификации и других документов, необходимых для осуществления трудовой деятельности.

В дополнение к изложенным положениям **Модельный рекомендательный акт** 1995 г. закрепляет национальный режим в отношении предоставления прав трудящимся-мигрантам. Не допускается их дискриминация по признаку национальности, расы, пола и религии. Въезд таких работников на территорию государства трудоустройства, их пребывание там и выезд осуществляются в соответствии с законодательством страны места осуществления трудовой деятельности. Ограничения на въезд (с учетом ситуации на внутреннем рынке труда, по соображениям национальной безопасности, в целях обеспечения санитарно-эпидемиологического благополучия населения и иные) могут быть установлены в таком же порядке.

Модельный рекомендательный акт обязывает работодателей обеспечить трудящихся-мигрантов объективной информацией о характере работы, оплате труда и иных условиях трудовой деятельности. Государства-участники гарантируют им признание трудового стажа, включая стаж на льготных условиях и по специальности. В случае нарушения мигрантом законодательства принимающего государства компетентные органы могут потребовать досрочного прекращения трудовых отношений и возвращения его в страну выезда.

В 2008 г. в рамках СНГ заключена **Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей**. Конвенция вступила в силу в 2010 г. только в отношении пяти стран-участниц - Белоруссии, Киргизии, Казахстана, Армении и Азербайджана. В сентябре 2011 г. Россией в ходе осуществления подготовительных мероприятий по ратификации международного акта подписан Протокол о внесении изменений (уточняющего характера) в названный документ.

В целом усилиями государств в рамках международных организаций, как отметил И.Я. Киселев, создан "свод модельных актов по труду, творческое освоение которого является необходимым условием разработки и совершенствования любой национальной системы права, стремящейся отвечать общецивилизационным требованиям. Эти акты - объект внимательного изучения, заимствования, практического использования в качестве признанного в цивилизованном мире эталона, своего рода международного кодекса труда" <1>.

<1> Киселев И.Я. Сравнительное и международное трудовое право. М., 1999. С. 448 - 449.

Международные нормы о труде в значительном количестве содержатся в **двусторонних соглашениях**. Такие акты в основном касаются трудоустройства иностранных граждан в организациях принимающей стороны и в этой связи представляют собой своеобразный компромисс стран с разными правовыми системами в отношении гарантий реализации мигрантами права на труд на территории договаривающихся государств. В них решаются вопросы о статусе компетентного государственного органа, направляющего трудящихся в зарубежные страны; об обмене информацией по наличию тех или иных вакансий; о процедуре составления списков желающих получить работу; о требованиях, предъявляемых к кандидатам, и об ответственности за их отбор; о порядке регулирования положения мигрантов и т.п.

Россия активизировала правотворческую деятельность в рамках двустороннего сотрудничества в 1990-х годах, когда был заключен ряд соглашений с такими государствами, как Вьетнам (**О принципах направления и приема вьетнамских граждан на работу на предприятия, в объединения и организации РФ, 1992 г.**), Китай (**О принципах направления и приема китайских граждан на работу на предприятия, в объединения и организации РФ, 1992 г.**), Германия (**О занятости лиц, работающих по найму с целью повышения их профессиональных и языковых знаний, 1993 г.**), Польша (**О принципах трудовой деятельности российских граждан на территории Республики Польша и польских граждан на территории РФ, 1994 г.**) и др.

Особую роль в этом ряду играют двусторонние договоренности по вопросам трудовой миграции со странами ближайшего зарубежья. Так, в 1993 г. Россия заключила соглашения с Молдавией (**О защите граждан РФ и Республики Молдова, работающих за пределами границ своих государств**), Украиной (**О трудовой деятельности граждан России и Украины, работающих за пределами границ своих государств**), Белоруссией (**О трудовой деятельности и социальной защите граждан РФ, работающих на территории Республики Беларусь, и граждан Республики Беларусь, работающих на территории РФ**). В 1994 г. аналогичный договор подписан с Арменией, в 1996 г. - с Киргизией.

Развитие сотрудничества государств вносит коррективы в их взаимоотношения, ставит новые вопросы, требует пересмотра и уточнения прежних договоренностей, порождает поиск новых партнеров. Правотворческая деятельность России в сфере двусторонних контактов государств по решению проблем взаимной миграции постоянно совершенствуется, заключаются новые соглашения (с Таджикистаном

(2004 г.), Китае, КНДР и Узбекистаном (2007 г.), Францией (2009 г.)).

Двусторонние соглашения закрепляют принцип национального режима труда мигрантов, допуская возможность вводить определенные ограничения на прием таких работников. Порядок въезда, пребывания и трудовой деятельности работников-мигрантов определяется законодательством страны трудоустройства. В документах указывается на необходимость регистрации заключенных с мигрантами трудовых договоров в компетентных учреждениях принимающего государства. Работникам, подлежащим сокращению, в пределах срока действия трудового договора оказывается содействие в предоставлении равноценных условий труда, а при невозможности трудоустройства им предоставляются льготы, предусмотренные законодательством для граждан принимающего государства.

Помимо названных вопросов двусторонние договоры регулируют порядок возмещения вреда, полученного в результате трудового увечья или профессионального заболевания, социального обеспечения и др. Взаимно признается трудовой стаж, в том числе стаж, исчисляемый в льготном порядке и в период работы по специальности. Исчисление стажа производится с использованием коллизионной привязки *lex loci laboris*. Сторонами признаются (без легализации) дипломы, свидетельства и другие документы государственного образца об уровне образования и квалификации, выданные соответствующими компетентными органами договаривающихся государств.

Важное место в регулировании отношений государств в сфере труда занимают проблемы незаконной трудовой миграции. Различные варианты ее решения закрепляют универсальные, региональные и двусторонние акты (например, **Соглашение о сотрудничестве государств - участников СНГ в борьбе с незаконной миграцией**, 1998 г., соглашения России с Латвией (2009 г.), Узбекистаном (2007 г.), Южной Осетией (2010 г.) и др.). Такого рода документы, как правило, содержат требования к компетентным органам государств об обязательном проведении разъяснительной работы среди трудящихся-мигрантов в отношении порядка пребывания и осуществления ими трудовой деятельности и о необходимости пресечения незаконного использования иностранной рабочей силы.

В своей совокупности международно-правовые акты в сфере труда составляют целостную систему источников международного частного трудового права, стержнем построения которой являются основополагающие принципы международного права. На этих принципах базируются правила толкования названных источников и правила разрешения коллизий, возникающих внутри системы <1>.

<1> См.: Лушникова М.В., Лушников А.М. Очерки теории трудового права. СПб., 2006. С. 452.

Статья 10 ТК РФ устанавливает, что общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации в соответствии с Конституцией РФ являются составной частью правовой системы нашего государства. Если международным договором РФ установлены другие правила, чем предусмотренные трудовым законодательством и иными актами, содержащими нормы трудового права, применяются правила международного договора.

13.3. Труд иностранных граждан в Российской Федерации

Правовое положение иностранного гражданина в каждом государстве в целом определяется Основным законом страны, а также нормами международных актов. Эти исходные начала, характеризующие степень демократичности того или иного государства, вместе с тем не могут отражать специфику и многообразие прав и обязанностей, возникающих у иностранного гражданина в рамках конкретных правоотношений, в которые он вступает, осуществляя трудовую деятельность.

В сфере труда статус иностранного гражданина в Российской Федерации составляют нормы:

- Гражданского кодекса РФ, определяющего правовое положение физических лиц в частноправовой сфере;

- Трудового кодекса РФ, сфера действия которого охватывает отношения с участием иностранных граждан;

- ряда федеральных законов, в первую очередь от 31 мая 2002 г. "О гражданстве Российской Федерации", раскрывающего содержание понятия "иностранец", называющего условия подтверждения им своего статуса, и Закона о правовом положении иностранцев, являющегося базовым законом, регламентирующим отношения между иностранными гражданами и органами государственной власти (местного самоуправления), в частности в связи с осуществлением ими на территории РФ трудовой деятельности;

- миграционного законодательства, играющего важную роль при определении трудовой правосубъектности иностранного гражданина. Следует также назвать Федеральный закон от 18 июля 2006 г. N 109-ФЗ "О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации", в котором нашли отражение вопросы регистрации и учета на территории РФ интересующих

нас субъектов трудовых отношений, а также Федеральный закон от 15 августа 1996 г. N 114-ФЗ "О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию" (1996 г.), установивший разрешительный порядок пребывания иностранного гражданина на территории нашего государства, и др.

Правила привлечения иностранных граждан к труду тесно связаны с формой их законного нахождения на территории РФ. В этой связи нельзя не учитывать положения ряда подзаконных актов. Так, Постановлением Правительства РФ от 13 июля 2012 г. N 711 утверждено Положение о Федеральной миграционной службе (ФМС) России, определившее компетенцию этого органа в сфере внешней трудовой миграции, в том числе его функции по привлечению иностранных работников и контролю за их трудовой деятельностью.

Таким образом, правовой статус иностранного гражданина в России определяется нормами различных отраслей права (государственного, административного, гражданского, трудового и др.) и может характеризоваться как комплексный правовой институт. Такой комплекс норм в правовой доктрине получил наименование "**право иностранцев**". Его нормативное содержание в одних странах составляет кодифицированный акт о правах иностранных граждан (например, Закон о правовом положении иностранцев в Литовской Республике 1991 г., Закон о правах и свободах иностранных лиц в Испании и их социальной интеграции 2000 г., Закон Швейцарии об иностранных гражданах 2005 г., Закон Белоруссии о правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства 2010 г., Закон Чехии об иностранцах 2011 г., Закон Украины о правовом статусе иностранцев и лиц без гражданства 2011 г. Во вторую группу объединены страны, в которых "право иностранцев", так же как и в России, составляют нормы различной отраслевой принадлежности.

Федеральный закон "О гражданстве Российской Федерации", раскрывая понятие "иностраный гражданин", определяет его как "лицо, не являющееся гражданином РФ и имеющее гражданство (подданство) иностранного государства" (ст. 3). В это определение существенное дополнение внесено Законом о правовом положении иностранцев (ст. 2). Признание за иностранным гражданином соответствующего статуса здесь связано с наличием определенных доказательств - документов, удостоверяющих наличие гражданства (подданства) иностранного государства, - паспорта или иного документа, названного международным договором РФ или федеральным законом в качестве его аналога (ст. 10). К примеру, Соглашение России и Украины о безвизовых поездках граждан 1997 г. называет в качестве аналогов таких документов заграничные или дипломатические паспорта, военный билет военнослужащего, паспорт моряка и др.

Правовой статус иностранного гражданина практически идентичен положению лица без гражданства (апатрида) - физического лица, не являющегося гражданином РФ и не имеющего доказательств наличия гражданства (подданства) иностранного государства. В этой связи в юридической литературе и законодательстве понятием "иностраный гражданин", как правило, обозначают обе категории лиц - иностранцев и лиц без гражданства. Однако, если положение апатрида имеет специфику правового режима, его прописывают особо, применительно к соответствующему субъекту.

Вместе с тем нельзя не заметить определенную несогласованность в системе базовых понятий, используемых национальными и международными актами. Лиц, перемещающихся через границы государств в рамках миграционных потоков с целью поиска оплачиваемой работы, называют по-разному: "иностранная рабочая сила", "трудящиеся-мигранты", "граждане, осуществляющие трудовую деятельность за пределами своего государства" и т.д. Российское законодательство использует понятие "иностраный работник", которым обозначаются "иностранные граждане, временно пребывающие в Российской Федерации и осуществляющие в установленном порядке трудовую деятельность" (ст. 2 Закона о правовом положении иностранцев).

В международных документах при обозначении аналогичной категории субъектов акцент делается на понятии "мигрант", охватывающем все категории лиц, осуществляющих пространственные перемещения, независимо от их территории, причин, длительности и иных характеристик. В Конвенции ООН о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г. "трудящимся-мигрантом" называется любое лицо, которое будет заниматься, занимается или занималось оплачиваемой деятельностью в государстве, гражданином которого оно не является (ст. 2). Отсутствие в определении критерия законности осуществления трудовой деятельности позволяет охватить названным понятием и нелегальных мигрантов. Таким образом, Конвенция охватывает максимальный круг трудящихся, осуществляющих трудовую деятельность за пределами своей страны.

Акты МОТ тоже раскрывают содержание названной дефиниции. Так, Конвенция N 97 о трудящихся-мигрантах 1949 г. определяет их как лицо, которое мигрирует (мигрировало) из своего государства в другое "с намерением получить работу иначе, чем на собственный счет" (ст. 11). В документе подчеркивается, что статус трудящегося-мигранта может получить только тот, кто прибыл в страну на законных основаниях. На этот же критерий обращается внимание и в Конвенции N 143 о злоупотреблениях в области миграции и обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и

обращения 1975 г. Тем самым акты МОТ исключают возможность применения норм, регулирующих положение работников-мигрантов, к лицам, использующим нелегальные каналы миграции или выезжающим в страну не с целью устройства на работу.

Европейская конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов 1977 г. <1> акцентирует внимание на гражданстве исследуемого субъекта. Документ распространяет свое действие на граждан, которым разрешено проживать на территории другого государства-участника для выполнения оплачиваемой работы (ст. 1). Заметим, что из сферы действия названного акта исключены апатриды.

<1> Вступила в силу в 1983 г.

Нет терминологического единства и в актах СНГ. Так, в Соглашении о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся мигрантов 1994 г. <1> охватываются только лица, постоянно проживающие на территории Стороны выезда и на законном основании занимающиеся оплачиваемой деятельностью в стороне трудоустройства (ст. 2). Аналогичное, но более содержательное определение предлагает Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов и членов их семей 2008 г.: трудящийся-мигрант - это лицо, являющееся гражданином одной из сторон, а также лицо без гражданства, постоянно проживающее на территории одной стороны, законно находящееся и на законном основании занимающееся оплачиваемой трудовой деятельностью на территории другой Стороны, гражданином которой оно не является и в которой постоянно не проживает <2>.

<1> Россия ратифицировала Соглашение Федеральным законом от 24 апреля 1995 г. N 47-ФЗ. Соглашение вступило в силу для России 1 сентября 1995 г.

<2> Вступила в силу 21 февраля 2010 г. для Белоруссии, Киргизии, Казахстана, Армении и Азербайджана. Подписана Россией 13 ноября 2008 г., не вступила в силу для нашей страны. 12 сентября 2011 г. Правительством РФ издано распоряжение N 1597-р о подписании Протокола о внесении изменений в Конвенцию.

Использование критерия постоянного проживания сужает сферу действия акта, ущемляя тем самым права иностранных граждан, находящихся на территории государств-членов хотя и на законных основаниях, но временно. Вместе с тем Модельный акт о миграции трудовых ресурсов в странах СНГ 1995 г. рекомендует распространить действие норм о трудящихся-мигрантах на всех лиц, которые на законном основании собираются заниматься, занимаются или занимались оплачиваемой трудовой деятельностью в государстве, гражданами которого не являются.

Различное толкование рассматриваемых юридических понятий имеет место и в рамках двусторонних соглашений. Для определения соответствующего круга лиц используется либо критерий гражданства (Соглашения РФ с КНР, Польшей, Таджикистаном и др.), либо смешанный критерий гражданства и постоянного проживания (например, Соглашения РФ с Украиной, КНДР и др.). Такая ситуация не способствует единообразию правоприменения.

Конституция РФ устанавливает **национальный режим** осуществления иностранными гражданами своих прав на территории Российского государства (ч. 3 ст. 62). В дальнейшем этот принцип получил свою конкретизацию в специальном законодательстве (ст. 4 Закона о правовом положении иностранцев, ст. 1196 ГК РФ, ч. 5 ст. 11 ТК РФ). Таким образом, к иностранным работникам в целом применимы нормы российского законодательства при условии, что иные правила не установлены международным договором РФ.

Вместе с тем ни в одном государстве национальный режим в полном объеме не предоставляется. Закон о правовом положении иностранцев закрепляет право этих лиц "свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию... с учетом ограничений, предусмотренных федеральными законами" (ст. 13). В области осуществления трудовых прав такие ограничения в основном касаются возможности иностранцев заниматься определенной деятельностью или занимать определенные должности. В частности, Федеральный закон от 27 июля 2004 г. N 79-ФЗ "О государственной гражданской службе Российской Федерации" запрещает прием на гражданскую службу лиц, имеющих гражданство другого государства, если иное не предусмотрено международным договором РФ. Только при наличии международного соглашения допускается возможность осуществления иностранцами архитектурной деятельности в соответствии с Федеральным законом от 17 ноября 1995 г. N 169-ФЗ "Об архитектурной деятельности в Российской Федерации".

Ограничены для замещения иностранными гражданами руководящие должности в организациях, в уставном капитале которых более 50% акций или долей принадлежит РФ. Особыми правилами регулируется допуск к медицинской и фармацевтической деятельности лиц, получивших соответствующую подготовку в иностранных государствах. Иностранные работники не имеют права

замещать должности капитана судна, старшего помощника капитана судна, старшего механика и радиоспециалиста - в составе экипажа судна, плавающего под государственным флагом РФ; быть членом экипажа военного корабля РФ или другого эксплуатируемого в некоммерческих целях судна; летательного аппарата государственной или экспериментальной авиации; быть командиром воздушного судна гражданской авиации; членами кооператива; заниматься частной детективной или охранной деятельностью; не могут быть приняты на работу на объекты и в организации, деятельность которых связана с обеспечением безопасности РФ.

Ограничения национального режима использования иностранными гражданами предоставленных им трудовых прав не носят дискриминационного характера, поскольку не создают препятствий к реализации ими иных субъективных прав, которыми они обладают наравне с гражданами РФ. Это общепринятое правило, обеспечивающее охрану государственной безопасности и интересы других лиц.

Россия занимает гибкую позицию в регулировании принципа свободы передвижения мигрантов. Разрешение на работу им выдается с учетом **квоты**, которая формируется в рамках функционирования сложного механизма взаимодействия исполнительных органов государственной власти. Потребность в привлечении иностранных работников определяется с учетом видов экономической деятельности, профессии, специальности, квалификации, а также страны гражданской принадлежности иностранных работников. Квотированию подлежит выдача приглашений на въезд в РФ в целях осуществления трудовой деятельности, а также выдача разрешений на работу гражданам, прибывшим в РФ в безвизовом порядке. Квоты устанавливаются ежегодно на территории одного или нескольких субъектов РФ и на территории всей страны.

Систему квотирования использует большинство стран - реципиентов рабочей силы. Правила приема иностранных работников здесь характеризуются одной яркой чертой - направленностью на привлечение специалистов высокой квалификации и "интеллектуальных мигрантов". Например, миграционные правила ряда стран (Великобритания, Австралия, Канада) устанавливают балльную систему определения права на въезд, критерием которой выступает образование, профессия, опыт работы и т.п. Для стимулирования притока таких специалистов разрабатываются специальные государственные программы, например в сфере информационных технологий (Япония, США), в здравоохранении (Германия), упрощается процедура въезда (Франция, Нидерланды).

Еще одна тенденция современного подхода к формированию квот - особый порядок регулирования приема сезонных работников. Прочное место такие работники занимают в сельском хозяйстве Германии, Италии, Франции и Канады. Труд сезонных работников активно используется в сфере туристических услуг, ресторанном и гостиничном бизнесе.

Сфера действия установленной государством системы квотирования может быть ограничена международным договором. Так, например, Соглашение России и Франции о временной трудовой миграции граждан одного государства на территории другого государства 2009 г. предусматривает введение преференциального режима (наибольшего благоприятствования) для определенных категорий граждан, поименованных в тексте документа (работников представительств компаний, руководителей предприятия, высококвалифицированных специалистов и др.). При этом российская сторона "не готовит заключение о целесообразности привлечения и использования иностранных работников, а французская сторона не проводит соответствующую оценку ситуации на своем рынке труда" (ст. 5).

Статус иностранного гражданина, прибывшего на территорию РФ с целью осуществления трудовой деятельности, не является однородным. В сфере труда его правовое положение зависит от:

- порядка въезда на территорию РФ (визовый или безвизовый);
- условий нахождения на территории РФ.

Закон о правовом положении иностранцев предусматривает три формы законного нахождения на территории РФ лиц, имеющих право осуществлять трудовую деятельность: временное пребывание; временное проживание; постоянное проживание. С учетом избранной формы положение иностранных работников приобретает определенную специфику.

Постоянно проживающие в России иностранцы пользуются национальным режимом осуществления трудовых прав, т.е. имеют те же трудовые права, что и граждане РФ, за исключением изъятий, установленных законом. Законодательство России не предусматривает для них каких-либо особых правил привлечения к труду, не требует дополнительных разрешительных документов. Лица, временно проживающие и временно пребывающие в РФ, могут заниматься на ее территории трудовой деятельностью только с соблюдением правил осуществления такой деятельности, установленных российским законодательством. В частности, временно проживающие в РФ иностранные граждане не вправе осуществлять трудовую деятельность вне предела субъекта Федерации, на территории которого им разрешено временное проживание (п. 5 ст. 13 Закона о правовом положении иностранцев).

Зависимость объема прав и обязанностей, предоставляемых иностранному гражданину, от того, к какой из названных выше категорий лиц он относится, обусловлена двойственным характером его

правовой связи с государством пребывания (проживания). Статус постоянного проживания приобретают иностранцы, заинтересованные в установлении с государством правовой связи на длительный период времени. Такие лица представляют для российского государства повышенный интерес, поэтому за ними закреплен больший объем прав. Вместе с тем в Законе о правовом положении иностранцев, как уже отмечалось, "иностранец" определяется лишь как иностранный гражданин, **временно пребывающий** в РФ и осуществляющий в установленном порядке трудовую деятельность. И именно этой категории лиц посвящена большая часть нормативного материала, содержащегося в Законе.

Порядок въезда в страну для осуществления трудовой деятельности, требующий получения визы или безвизовый, обуславливает наличие соответственно разрешительного и уведомительного **порядка привлечения и использования** иностранной рабочей силы. В силу этого на работодателя возлагается существенно различающийся по объему круг обязанностей, составляющих процедуру устройства на работу таких лиц.

По общему правилу правовой статус работодателя определяется гражданским законодательством и уставом юридического лица (положением об индивидуальном предпринимателе). Его правосубъектность возникает с момента регистрации учредительных документов. Работодателем может выступать не только российское физическое или юридическое лицо, но и иностранное юридическое лицо, а также иностранный гражданин, зарегистрированный в качестве индивидуального предпринимателя. Специфика статуса работодателя, использующего труд иностранных граждан, отражена и в Законе "О правовом положении иностранцев", где, в частности, указано, что в таком качестве может выступать лицо, "получившее в установленном порядке разрешение на привлечение и использование иностранных работников".

Разрешительный порядок охватывает трудоустройство иностранных граждан, для въезда которых на территорию РФ необходимо получение визы. Он требует от работодателя: а) наличия заключения компетентного органа о целесообразности использования иностранных работников; б) оформления разрешения на привлечение таких работников; в) направления ходатайства о выдаче приглашения на их въезд на территорию РФ. Кроме того, работодатель обеспечивает получение работником соответствующего разрешения на осуществление трудовой деятельности.

Уведомительный порядок предполагает более льготный режим. Работодатель лишь обязан сообщить в течение трех рабочих дней с момента заключения трудового договора о привлечении и использовании иностранной рабочей силы в орган миграционной службы и орган занятости населения. Такой режим распространяется на иностранных граждан, въезд которых на территорию РФ осуществляется без получения визы, а также на высококвалифицированных специалистов. Разрешение на работу такие лица получают самостоятельно.

Таким образом, порядок трудоустройства иностранных граждан на территории РФ в целом предполагает наличие, во-первых, разрешения, выданного работодателю, на право привлекать и использовать иностранных работников, во-вторых, разрешения, выданного работнику, на право осуществлять трудовую деятельность. Его нарушение влечет применение мер административной ответственности.

Разрешения на работу не требуется иностранным гражданам, постоянно проживающим в РФ, а также:

- участникам государственной программы по оказанию содействия добровольному переселению в РФ соотечественников, проживающим за рубежом, и членам их семей, переселяющихся совместно с ними в РФ;
- сотрудникам дипломатических представительств, консульских учреждений иностранных государств в РФ, сотрудникам международных организаций, а также частным домашним работникам указанных лиц;
- работникам иностранных юридических лиц, выполняющих монтажные работы, сервисное и гарантийное обслуживание, а также послегарантийный ремонт поставленного в РФ технического оборудования;
- журналистам, аккредитованным в РФ;
- обучающимся в РФ в образовательных учреждениях профобразования и выполняющих работы (оказывающих услуги) в течение каникул;
- обучающимся в РФ в образовательных учреждениях профобразования и работающим в свободное от учебы время в качестве учебно-вспомогательного персонала в тех образовательных учреждениях, в которых они обучаются;
- приглашенным в РФ в качестве преподавателей для проведения занятий в образовательных учреждениях, за исключением лиц, въезжающих в РФ для занятия преподавательской деятельностью в духовных образовательных учреждениях;
- работникам аккредитованных в установленном порядке на территории РФ представительств иностранных юридических лиц, зарегистрированных в РФ в установленном порядке, в пределах численности, согласованной при аккредитации указанных представительств уполномоченным

аккредитуемым органом, на основе принципа взаимности в соответствии с международными договорами РФ.

Обязанности работодателя в отношении работников-мигрантов в общем виде сформулированы в п. 8 ст. 18 Закона о правовом положении иностранцев. В установленные законом сроки он обязан направлять информацию:

- в орган занятости населения субъекта РФ - о привлечении иностранных работников к трудовой деятельности;

- в государственную инспекцию труда по соответствующему субъекту РФ - о заключении трудовых договоров или гражданско-правовых договоров на выполнение работ (оказание услуг);

- в органы ФМС России - о нарушении иностранным работником условий трудового договора, о досрочном расторжении таких договоров, а также о самовольном оставлении иностранным работником места работы или места пребывания (эту же информацию работодатель направляет в территориальный орган федерального органа исполнительной власти, ведающий вопросами безопасности);

- в налоговый орган по месту своего учета - о привлечении и использовании иностранных работников.

У работодателя должны быть медицинские справки, подтверждающие отсутствие у таких лиц инфекционных заболеваний (в том числе ВИЧ-инфекции) и наркотической зависимости, представляющих опасность для окружающих. На нем лежит обязанность по оплате расходов, связанных с их административным выдворением или депортацией, а по истечении срока трудового договора - по обеспечению их выезда из России.

Обязательным условием оформления трудовых отношений с иностранным работником является заключение трудового договора (п. 2 ст. 13 Закона о правовом положении иностранцев). Работодателю необходимо самостоятельно разработать его условия. Следует учитывать, что ТК РФ практически не содержит правил, непосредственно предназначенных для регламентации деятельности иностранцев. Эти вопросы составляют предмет общего правового регулирования с учетом отдельных особенностей привлечения к труду иностранных работников.

Статья 67 ТК РФ устанавливает обязательную **письменную форму** заключения трудового соглашения, что обусловлено повышенной защитой интересов работника. Закон не возлагает на работодателя обязанность по составлению текста договора на языке, которым владеет иностранный гражданин. Трудовой договор составляется **на русском языке**, что не исключает возможность перевода договора на язык страны гражданства (проживания) лица, не владеющего русским языком. Целесообразность перевода обусловлена нежелательностью возникновения трудовых конфликтов из-за неправильного уяснения работником смысла положений договора. Иные правила могут быть установлены международным договором. Так, Соглашением России и Литвы о временной трудовой деятельности граждан 1999 г. установлено, что "работник до выезда к месту работы в государстве временной трудовой деятельности должен получить текст трудового договора (контракта) на государственном языке государства постоянного проживания или другом понятном ему языке" (п. 4 ст. 6).

Основанием возникновения трудовых отношений между иностранным работником и работодателем в случае привлечения к труду лиц, въезжающих на территорию РФ в порядке, требующем получения визы, выступает сложный юридический состав: трудовой договор заключается только при наличии у работодателя разрешения на привлечение и использование рабочей силы. Кроме того, ч. 2 ст. 65 ТК РФ допускает "в отдельных случаях, предусмотренных ТК РФ, иными законами и подзаконными актами", необходимость предъявления при заключении трудового договора **дополнительных документов**. В рассматриваемой ситуации таковыми будут являться документы, подтверждающие законность нахождения иностранного гражданина на территории РФ (виза, разрешение на временное проживание или вид на жительство), а в необходимых случаях также разрешение на работу. Иностранные граждане, трудоустраиваемые у физических лиц, обязаны предъявить патент, выдаваемый в установленном порядке <1>. Несоблюдение этих правил влечет административную ответственность.

<1> В соответствии со ст. 13.3 Закона о правовом положении иностранцев правило распространяется на лиц, выполняющих работу или оказывающих услуги для личных, домашних и иных подобных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности.

При поступлении на работу, требующую специальных знаний или специальной подготовки, работник обязан предъявить **документ об образовании**, квалификации или наличии специальных знаний. Если такой документ получен за границей, следует руководствоваться требованиями, установленными российским законодательством об образовании. В отношении временно пребывающих на территории РФ иностранных граждан обязанность легализации документов лежит на работодателе. Он должен получить в Федеральной службе по надзору в сфере образования и науки РФ (Рособрнадзоре) свидетельство о

признании документа либо установлении его эквивалентности. Иностранные граждане, временно или постоянно проживающие в РФ, решают этот вопрос самостоятельно.

Трудовой договор с иностранным работником носит срочный характер. **Срок** может варьироваться в зависимости от гражданства работника и его статуса, полученного при въезде на территорию РФ (временно или постоянно проживающий или временно пребывающий). По общему правилу срок договора определяется периодом действия соответствующих разрешительных документов. Если продолжительность трудовой деятельности иностранного гражданина установлена двусторонним соглашением, то вопрос о длительности пребывания такого лица на территории РФ решается в соответствии с договоренностью, достигнутой сторонами такого соглашения.

Истечение срока или аннулирование документов, дающих право на осуществление трудовой деятельности, делает невозможным продолжение трудовых отношений. При этом увольнение работника следует производить по п. 2 ч. 1 ст. 77 ТК РФ (в связи с истечением срока трудового договора), поскольку ТК РФ не предусматривает иной возможности прекращения договора в соответствующей ситуации. Единственным специальным основанием прекращения трудовых отношений с иностранным работником является п. 12 ч. 1 ст. 83 ТК РФ (приведение общего количества иностранных работников в соответствие с их допустимой долей, установленной Правительством РФ для работодателей, осуществляющих на территории РФ определенные виды экономической деятельности). В остальных случаях предполагается, что прекращение трудовых отношений с такими лицами происходит в соответствии с общими нормами ТК РФ.

Вместе с тем закон содержит ряд положений, применение которых к иностранным работникам не всегда возможно. Так, п. 5 ч. 1 ст. 77 ТК РФ устанавливает право работодателя перевести работника по его просьбе или с его согласия на работу к другому работодателю, а также право работника перейти на выборную должность. Перевод или увольнение по названным основаниям лиц, временно проживающих на территории РФ, может иметь место только в пределах субъекта РФ, на территории которого проживание разрешено. Аналогичная ситуация возникает при увольнении в связи с отказом работника от перевода на работу в другую местность вместе с работодателем (п. 9 ч. 1 ст. 77 ТК РФ), а также при переводе на работу в другую местность вместе с работодателем (ст. 72.1 ТК РФ).

При увольнении иностранных работников по основаниям, с которыми ТК РФ связывает предоставление определенных льгот и гарантий, работодатель должен предоставить их в том же объеме, что и российским гражданам. В ряде случаев эта обязанность прямо закреплена в международных договорах РФ.

Особый порядок правового регулирования труда действует в расположенных на территории России организациях с иностранными инвестициями и иностранными фирмами. Конкретное содержание индивидуальных контрактов иностранных граждан здесь обычно определяется учредительными документами организации и соглашением сторон. В отношении применимого права допускаются изъятия из трудового законодательства страны пребывания в пользу иностранного права.

13.4. Трудоустройство российских граждан за рубежом

Россия - единственная страна в мире, занимающая сразу одно из первых мест в списке государств, отдающих и принимающих мигрантов. В качестве государства, экспортирующего рабочую силу, она уступает Китаю, Арабскому миру, Индии, Пакистану и Африке <1>. С началом проведения в нашей стране перестроечных реформ миграционные процессы оживились. Это было вызвано падением уровня жизни населения, снижением его реальных доходов, безработицей, необходимостью поиска альтернативных заработков. На сегодняшний день ситуация изменилась, но вопросы поиска работы за рубежом остаются не менее актуальными.

<1> http://ru.wikipedia.org/wiki/Иммиграция_населения

Необходимость регулирования миграционных процессов послужила основанием разработки целостной Концепции государственной миграционной политики (1996 г.) и федеральной программы управления миграцией на национальном уровне <1>. Как стратегический документ Федеральная миграционная программа носит долгосрочный характер. С учетом изменений социально-экономической ситуации в стране предусмотрена ее корректировка согласно предложениям, вносимым в Правительство РФ заинтересованными федеральными органами исполнительной власти. Таким образом, составляются долговременные и текущие прогнозы движения миграционных потоков, что позволяет не только разграничить эти потоки, но и определить меры по их регулированию.

<1> См.: Указ Президента РФ от 9 августа 1994 г. N 1668 "О Федеральной миграционной программе"

(ред. от 13 июня 1996 г.) // СЗ РФ. 1994. N 18. Ст. 2065.

Российские граждане, выезжающие за пределы Российской Федерации в целях осуществления трудовой деятельности, перемещаются в рамках **эмиграционных потоков** и являются субъектами внешней трудовой миграции. Распространение на них режима правового регулирования миграционных потоков в целом одновременно требует решения тех задач, которые отражают относительную самостоятельность этого явления, его развитие по своим собственным законам. В сфере внешней трудовой эмиграции государство стремится обеспечить, в частности:

- признание и соблюдение прав человека и гражданина на свободу перемещения, свободный выбор страны пребывания и места работы, а также возвращение на родину;
- улучшение ситуации на внутреннем рынке труда за счет трудоустройства российских граждан за границей;
- обеспечение равенства гражданских, трудовых и социальных прав российских граждан вне зависимости от того, в какой стране протекает их профессиональная деятельность;
- обеспечение защиты прав российских граждан на всех стадиях трудовой миграции;
- обеспечение поступления валютных средств за счет их переводов от трудящихся-мигрантов и эффективное использование этих средств.

Первостепенное значение имеет решение как минимум двух важнейших задач - возвращение временных мигрантов и надлежащее с ними обращение. На современном этапе анализ и прогнозирование развития миграционных процессов осуществляется на новой методологической основе с использованием единой информационно-справочной системы в области миграции, а также систематизации нормативно-терминологического материала.

Практическое осуществление федеральной миграционной политики возложено на **Федеральную миграционную службу России** (далее - ФМС). Вопросами миграции населения, выезжающего на территорию РФ и выезжающего с территории РФ, в рамках структуры ФМС ведает Управление внешней трудовой миграции. Это подразделение организует и непосредственно осуществляет работу по реализации законодательных и иных нормативных правовых актов РФ по вопросам трудовой миграции, функции контроля и надзора в этой сфере, защиту прав и интересов российских работников за рубежом, организационно-методическое обеспечение лицензирования деятельности юридических лиц, связанной с трудоустройством граждан РФ за границей, и др.

Действующее законодательство, предоставляя российским гражданам право на трудоустройство за пределами своего государства, допускает возможность осуществления ими самостоятельного поиска работы, а также обращение за помощью к государственным или частным организациям-посредникам, в компетенцию которых входят соответствующие функции.

Функцию подбора и найма для работы за границей российских граждан осуществляют от имени государства **органы ФМС России**. Такая деятельность обычно проводится в рамках двусторонних соглашений государств.

Международные договоры прежде всего регулируют статус компетентных органов, координирующих работу по реализации договорных положений. В этом качестве выступают высшие органы исполнительной власти государств (Министерство внешней торговли КНДР, Федеральное ведомство промышленности, ремесел и труда Швейцарии, Управление службы занятости Словакии, Министерство труда и социальных дел Чехии, Министерство по делам иммиграции, интеграции, национальной идентичности и солидарного развития Франции и др.). Документы предусматривают, что уполномоченные органы оказывают содействие в поиске рабочих мест **бесплатно**.

Соглашения государств всегда содержат нормы о компетентном правопорядке. Разрешения на работу обычно выдаются в соответствии с правилами въезда, пребывания и выезда иностранных работников, утвержденными принимающим государством. Анализ двусторонних соглашений позволяет выделить несколько вариантов трудоустройства российских мигрантов: работа на основании трудового договора, договора подряда или оказания услуг, контракта со специалистом, а также стажировка, прием гостевых работников и другие. Кроме того, государства-партнеры согласовывают допустимую численность (квоту) работников, ежегодно принимаемых на территории страны трудоустройства, а также максимальный период их работы (от шести месяцев до двух-трех лет).

В целом используются два основания оформления отношений с работодателем - трудовое соглашение и договор гражданско-правового характера. Первый заключается непосредственно работником и работодателем (юридическим или физическим лицом принимающего государства). Второй - между организацией (физическим лицом), являющейся заказчиком, и организацией-исполнителем. Последняя одновременно выступает работодателем для трудящихся, силами которых выполняются обязательства по гражданско-правовому договору. Условия труда работников, таким образом, определяются содержанием как трудового, так и гражданско-правового договора.

Статус работника должен отвечать как минимум трем критериям: возраст (предпочтение отдается работникам не моложе 18 лет и не старше 30 - 40 лет), здоровье (должно "соответствовать выполняемой работе" и подтверждаться заключением компетентных медицинских органов), профессиональная подготовка (подтверждается документами об образовании и квалификации).

Двусторонними соглашениями предусматривается письменная форма трудового договора. Условия труда работников, как правило, должны быть не менее благоприятные, чем те, которые предусмотрены для граждан принимающего государства такой же квалификации, выполняющих аналогичную работу у того же работодателя. Обычно в рамках договоренностей государств складывается национальный режим использования трудовых прав, основанный на принципе равенства и недискриминации. Вместе с тем государства могут создать режим наибольшего благоприятствования для отдельных категорий работников, в которых они испытывают особую потребность. Например, Соглашением между Россией и Францией (2009 г.) для высококвалифицированных специалистов установлен повышенный размер оплаты труда (не менее 3200 евро в месяц).

Кроме того, соглашения государств обязывают работодателя регламентировать вопросы питания и проживания приглашенных работников. Могут оговариваться вопросы ввоза работниками и членами их семей личного имущества, рабочих инструментов и оборудования, а при их возвращении - вывоза товаров, приобретенных на территории страны трудоустройства. Ввоз и вывоз товаров не должен противоречить таможенному законодательству сторон.

Медицинское страхование и возмещение вреда, причиненного здоровью, регулируются законодательством страны пребывания. Такой же порядок установлен и в отношении взимания налогов. Исчисление стажа и пенсионное обеспечение работников-мигрантов регулируются законодательством страны гражданства. Как правило, стаж работы за границей засчитывается в общий стаж работы гражданина и в стаж работы по специальности (при условии выполнения аналогичного рода деятельности).

В целом осуществление российскими гражданами трудовой деятельности в рамках двусторонних соглашений имеет ряд неоспоримых преимуществ по сравнению с иными формами трудоустройства. Прежде всего это определенность условий труда и порядка его осуществления. Работник практически освобождается от поиска правовых норм, регулирующих его трудовые отношения, ему создаются благоприятные условия труда и социальной адаптации (режим проживания, питания и т.п.), расширяются возможности предоставления трудящимся правовой помощи.

Альтернативой государственной системе органов занятости на российском рынке труда выступает деятельность негосударственных организаций. В ней нуждаются как граждане, желающие облегчить себе поиск добросовестного работодателя, так и зарубежные компании, избегающие рисков дополнительных затрат при найме работников напрямую. Негосударственные структуры имеют различные наименования - службы занятости, бюро по найму, биржи труда, агентства по труду и т.п. В рамках МОТ устоялось понятие **частных агентств занятости** (ЧАЗ), которым охватываются все подобные учреждения, выполняющие посреднические функции между соискателями работы и работодателями.

Международный статус частных агентств занятости на протяжении почти целого столетия своего существования претерпел существенные изменения: от отрицательного отношения государственных органов к возможностям использования негосударственных структур в сфере занятости (Конвенции N 2 о безработице 1919 г., N 34 о платных бюро найма 1933 г.) до активной их поддержки (N 181 о частных агентствах занятости 1997 г.). Не оставалось неизменным положение органов трудоустройства и в национальном законодательстве. Так, в Японии Закон об обеспечении занятости 1947 г. гарантировал монополию государства на предоставление посреднических услуг в сфере трудоустройства вплоть до середины 80-х годов XX столетия, когда была разрешена деятельность частных служб (Закон о перенайме рабочей силы 1985 г.). После ратификации в 1999 г. Конвенции МОТ N 181 статус государственных и частных агентств в этой стране был уравнен <1>. Закон Израиля о службе по трудоустройству (1959 г.) возлагал функции трудоустройства своих граждан за рубежом исключительно на государственные организации. В 1996 г. израильский Закон о найме работников позволил осуществлять такую деятельность при условии ее лицензирования частным "подрядчикам по трудовым ресурсам" <2>.

<1> См.: Матрусова Т.Н. Открытый рынок труда и политика занятости в Японии // Труд за рубежом. 2003. N 3.

КонсультантПлюс: примечание.

Статья Д.В. Черняевой "Трудовое право Израиля" включена в информационный банк согласно публикации - "Трудовое право", 2006, NN 7, 8.

<2> См.: Черняева Д.В. Трудовое право Израиля // Труд за рубежом. 2005. N 4.

В Стандартах МОТ отражена мировая практика взаимоотношений государств и сформулированы основные конвенционные принципы деятельности частных агентств занятости:

- государственный контроль над такими организациями в той или иной форме;
- факультативный (необязательный) характер их деятельности как для работодателя, так и для работников;
- бесплатный характер услуги для работников (услуги частных фирм оплачиваются предпринимателем).

Конвенция N 181 устанавливает, что частным агентством занятости может быть любое физическое или юридическое лицо, независимое от государственных властей, которое предоставляет посреднические услуги на рынке труда. Перечень таких услуг не является исчерпывающим и включает:

- содействие в поиске работы и трудоустройстве, при котором частное агентство занятости не становится стороной в трудовых отношениях;
- наем работника с целью предоставления его труда третьим лицам, которые непосредственно организуют и используют труд этих работников в своих интересах ("заемный труд");
- иные услуги (информационные, консультативные), связанные с поиском работы и разрешенные компетентным органом власти.

Правовой статус агентства определяется национальным законодательством с учетом согласованного мнения представителей работников и работодателей, а также сложившейся практики. Условия их деятельности в обязательном порядке должны предусматривать систему лицензирования (ст. 3), а в отношении агентств, допускающих обман и злоупотребления в своей деятельности, - жесткие санкции (ст. 8).

Россия на сегодняшний день не ратифицировала Конвенцию N 181 <1> и не имеет системы частных агентств трудоустройства, которые отвечали бы требованиям этого акта.

<1> Вступила в силу в 2000 г. Ратифицирована 23 государствами.

Статья 18 Закона РФ от 19 апреля 1991 г. N 1032-1 "О занятости населения в Российской Федерации" определяет, что посредническая деятельность в сфере трудоустройства осуществляется на территории Российской Федерации только российскими юридическими лицами на основании специальной лицензии. Такие лицензии выдаются органами ФМС на 5 лет. Положением о лицензировании деятельности, связанной с трудоустройством граждан РФ за границей, установлен ряд требований к порядку осуществления такого рода услуг <1>. В частности, в штате у лицензиата должно быть не менее двух работников (включая руководителя), имеющих профессиональное образование и стаж в сфере трудоустройства за границей. У него должен иметься договор с иностранным работодателем об оказании соответствующего рода услуг, а также договор с потенциальным работником об оказании услуг по трудоустройству. Подобные ограничения введены законодателем с целью защиты прав и интересов граждан РФ.

<1> Положение о лицензировании деятельности, связанной с трудоустройством граждан Российской Федерации за границей, утверждено Постановлением Правительства РФ от 23 декабря 2006 г. N 797 // СЗ РФ. 2007. N 1 (ч. II). Ст. 256.

Таким образом, российские трудящиеся-мигранты, планирующие работать за рубежом, должны до выезда к месту работы надлежаще оформить свои отношения с посреднической организацией. В соответствии с требованиями, установленными Постановлением Правительства РФ от 23 декабря 2006 г. N 797, посреднический договор должен включать услуги:

- по предоставлению до отъезда письменной информации о работодателе, месте работы и проживания, порядке проезда к месту работы, дипломатическом представительстве и консульских учреждениях РФ в соответствующем государстве, сроке действия трудового договора, способах и условиях его изменения и расторжения (заверяется руководителем агентства);
- связанные с получением рабочей визы или иного разрешения на работу, если получение названных документов требуется в соответствии с законодательством иностранного государства, по урегулированию формальностей при пересечении государственных границ страны выезда и страны приема;
- по предоставлению информации о стоимости и порядке оплаты услуг, предоставляемых агентством гражданину, условиях ответственности в случае неисполнения сторонами своих обязательств и порядке урегулирования споров.

Как правило, запрещено брать прямо или косвенно, полностью или частично какие-либо гонорары,

т.е. плату за трудоустройство граждан в виде регистрационного сбора, компенсации затрат на оформление анкет, предоплаты в пользу фирмы за предоставление места работы или каких-либо отчислений от зарплаты и т.п.

Отсутствие в посредническом договоре названных условий или их неисполнение является грубым нарушением лицензионных требований и влечет ответственность (п. 6).

По статистике, в государственные службы занятости обращается 15 - 20% мигрантов, 10 - 15% пользуются услугами частных агентств, а 70% устраиваются самостоятельно (через родственников, знакомых, иные каналы) <1>.

<1> См.: Хныкин Г.В. Некоторые аспекты правового статуса трудящихся-мигрантов // Трудовое право в России и за рубежом. 2010. N 3.

Предоставленная Законом о занятости населения возможность **самостоятельного поиска** работы за рубежом позволяет российским мигрантам устроиться на работу у иностранного нанимателя без помощи посредников (ст. 10). В этом случае все трудности оформления взаимоотношений сторон трудового соглашения ложатся на самого работника. Прежде всего ему следует самостоятельно ознакомиться с миграционным законодательством страны выезда и оформить выездные документы в соответствии с законодательством РФ и требованиями принимающей стороны. Особой тщательности требует разработка условий трудового соглашения с работодателем. Такой документ должен точно и максимально полно фиксировать права и обязанности сторон правоотношения, условия труда, а также порядок разрешения трудовых споров.

Вопрос о форме и содержании трудового договора нашел отражение в международных стандартах труда. Так, Конвенция N 97 и Рекомендация N 86 "О трудящихся-мигрантах" (1949 г.) указывая на необходимость создания системы контроля над договорами, заключенными такими работниками, предлагают взять за основу положения типового контракта, текст которого приложен к Рекомендации N 86, и обеспечить его перевод на понятный иммигранту язык (с вручением соответствующего экземпляра работнику). Текст типового контракта трудящегося-мигранта содержит также резолюция Кабинета министров Совета Европы N 25 (1976 г.). Документ включает следующие сведения и нормы:

- реквизиты сторон (имя, фамилия, место и дата рождения, семейное положение, гражданство, страна пребывания мигранта);
- предмет контракта (характер работы и место ее исполнения; профессиональная категория, в которую зачисляется мигрант, его трудовые функции);
- условия, связанные с оплатой труда (размер оплаты за работу в нормальные, сверхурочные и ночные часы, в праздничные и отпускные дни; порядок выплаты зарплаты, премий, надбавок, пособий; условия и размеры удержаний);
- условия действия контракта (срок, условия расторжения и продления; основания досрочного расторжения);
- порядок пересечения границ и возмещения расходов по проезду (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);
- иные условия труда и жизнеобеспечения;
- процедура урегулирования споров и рассмотрения жалоб.

Фиксация в международных документах типовой формы контрактов работников-мигрантов с работодателем служит надежной гарантией обеспечения минимального уровня предоставления трудовых прав российским гражданам на территории иностранного государства.

Следует иметь в виду, что правовые нормы страны приема, касающиеся условий труда мигрантов, в определенной степени могут отличаться от соответствующих положений, провозглашенных международными стандартами труда. Они могут содержаться не только в трудовом, но и в гражданском законодательстве (например, в Германии, Италии или Франции, где трудовой договор рассматривается как частноправовой институт), а также в коллективных договорах (например, в США, Великобритании, Израиле и др.).

Так, продолжительность рабочего времени, времени отдыха и других условий может варьироваться в зависимости не только от страны пребывания, но и от отрасли, где осуществляется трудовая деятельность. К примеру, продолжительность рабочей недели в Австралии - 38 часов, Швеции и Новой Зеландии - 40, Японии и Бразилии - 44, Израиле и Чили - 45, Вьетнаме - 48. Ежегодно оплачиваемый отпуск в Мексике - 6 дней с последующим увеличением на два дня за каждые два года работы; в СРВ - 12, пропорционально увеличивающийся на 1 день каждые пять лет работы на одном предприятии; в Австралии - четыре недели.

Правовое регулирование труда российских работников-мигрантов за пределами территории РФ в

целом осуществляется на основе законодательства страны приема. В систему источников такого регулирования, помимо национального законодательства страны приема, могут входить международные нормы (при условии, что они включены в правовую систему принимающего государства), а также нормы прецедентного права (Великобритания, Австралия, Новая Зеландия и др.), а также обычаи иностранного государства. К числу источников относятся также коллективные соглашения, которым в ряде государств отводится значительная роль в регулировании условий труда (Израиль, Бразилия и др.).

В этой связи до выезда с территории РФ работнику следует получить сведения о всех источниках регулирования его труда, действующих на территории принимающего государства, о наличии или об отсутствии договора Российской Федерации с иностранным государством, а также определить, какие органы правомочны осуществлять защиту его прав в случае их нарушения.

Работникам-мигрантам следует обратить внимание на возможность установления отношений с работодателем не в традиционной форме, требующей особого правового регулирования. Широкое распространение в последние годы получили такие формы трудоустройства, как аутсорсинг, аутстаффинг, лизинг персонала и др.

Аутсорсинг включает две относительно самостоятельные системы правоотношений: гражданско-правовую, опосредующую связь сторон договора подряда (оказания услуг), и систему трудовых отношений, связывающую работников и предприятие-исполнителя. В качестве последнего может выступать и агентство по трудоустройству, осуществляющее наем работников. Обе системы отношений входят в сферу традиционного правового регулирования: отношения предприятия-заказчика и предприятия-исполнителя регулируются гражданским законодательством, предприятия-исполнителя и его работников - трудовым.

Особенность труда работников при аутсорсинге состоит в выполнении ими своих обязанностей (по уборке помещений, ведению бухгалтерской или иной документации и т.п.) на территории не работодателя, а предприятия-заказчика. Проблемным здесь может оказаться вопрос охраны труда, поскольку работодатель не имеет полномочий обеспечить безопасные условия работы своим сотрудникам.

Аутстаффинг как одна из форм "заемного" труда предполагает трехстороннюю модель правоотношения, в рамках которой предприятие-посредник осуществляет наем работников, уволенных из штата предприятия-пользователя. На самом деле работники остаются на прежнем рабочем месте. У них становится как бы два работодателя. Один - фактический, которому они "отданы взajem": в его интересах выполняется трудовая функция, его трудовому распорядку они подчиняются. Другой - формальный, с ним заключен трудовой договор, но он не может выполнять правомочия работодателя в силу созданной конструкции.

Работники-мигранты должны иметь в виду, что при отсутствии в стране пребывания законодательства о заемном труде их отношения с предприятием, использующим такую модель трудоустройства, остаются неурегулированными. В такой ситуации они лишаются возможности в полном объеме использовать преимущества, которые гарантированы трудовым законодательством основным работникам. Предприятие-посредник не может взять на себя обязанность по охране их труда (обеспечению средствами индивидуальной защиты, проведению инструктажа по технике безопасности и т.п.), поскольку такая функция свойственна только предприятию, на территории которого выполняется работа. По этой причине нет оснований и для компенсации вреда, причиненного работнику при исполнении им своих трудовых обязанностей. Для них, как правило, не предусмотрено участие в коллективно-договорном регулировании условий труда, членство в профсоюзной организации, защита от необоснованных увольнений.

Современная практика развития форм занятости свидетельствует об активном использовании заемных форм труда в мировой практике, особенно среди европейских стран (к примеру, в Германии ею охвачено около 20% занятого населения). Во многом этому способствовало принятие Директивы ЕС N 2000/104 о труде и агентствах занятости. В 15 государствах Евросоюза эта форма труда легализована (Бельгия, Дания, Испания, Италия, Норвегия, Швеция, Финляндия и др.). Соответствующие нормативные акты носят трехсторонний характер и охватывают всю систему трехсторонних отношений. В США и Канаде при решении вопроса об ответственности за нарушение прав заемных работников суды применяют юридическую конструкцию "общего предпринимателя", в основе которой лежит принцип солидарной ответственности нанимателей.

Глава 14. СЕМЕЙНОЕ ПРАВО

14.1. Источники правового регулирования семейных отношений с иностранным элементом

Межличностные контакты между представителями различных государств и носителями

национальных культур, в которых все чаще участвуют российские граждане, нередко способствуют заключению браков и созданию семьи, что не может не учитываться при их правовом регулировании.

В большинстве современных государств наиболее распространенным типом семьи стала моногамная нуклеарная семья, но для населения многих государств мира характерны формы семейной жизни, присущие издавна живущим на их территории народам. Активно протекающие в мире процессы глобализации не смогли стереть всех различий в способах организации и регламентации семейной жизни, в основе которых лежат касающиеся взаимоотношений членов семьи нормы конфессиональной этики, что находит отражение в законодательстве. Так, в государствах, население которых исповедует ислам, вопросы брачно-семейного статуса разрешаются на основе права личного статуса, которое, как считается, изначально определяет интересы и потребности мусульман независимо от среды, в которой они формируются. Тенденции европеизации законодательства не затронули сферу действия этого права <1>.

<1> См.: Цмай В.В. Регулирование семейно-брачных отношений мусульман правом личного статуса. СПб., 2000.

В то же время нельзя не замечать происходящих в мире процессов постепенного сглаживания национальных различий в правовом регулировании семейных отношений и его унификации. Исторически обусловленные национальные правовые традиции и нормы конфессиональной этики в сфере семьи нередко уступают место иным нормам. В современном мире действуют единые для каждого человека международные стандарты, которые не зависят от его национальности, гражданства, этнической, конфессиональной принадлежности и распространяются на все сферы участия человека в общественной жизни, в том числе семейной <1>. В частности, во Всеобщей декларации прав человека 1948 г. закреплены важнейшие для развития семейных отношений положения, в частности о недопустимости дискриминации вступления в брак и основания семьи по признакам расы, национальности или религии (ст. 16), произвольного вмешательства в личную и семейную жизнь (ст. 12), равноправия женщин и мужчин при их вступлении в брак, в браке и во время его расторжения (ст. 16), право свободного передвижения и выбора места жительства в пределах каждого государства, право покинуть любую страну и возвращаться в свою страну (ст. 13) и др. Принципы, закрепленные в основных международных актах, подкрепляются и дополняются положениями специальных источников. Например, содержащийся во Всеобщей декларации прав человека запрет произвольного лишения гражданства и право изменения гражданства (ст. 15) конкретизируются в Конвенции о гражданстве замужней женщины 1957 г., согласно которой выходящая замуж за иностранца и выезжающая на его родину женщина вправе сохранить свое прежнее гражданство (ст. 1).

<1> Среди международно-правовых источников, включающих положения, имеющие непосредственное отношение к семейной жизни, прежде всего основополагающие акты ООН: Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г., Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации 1965 г., Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин 1979 г., а также на региональном уровне принятая в рамках Совета Европы Европейская конвенция о защите прав человека и основных свобод 1950 г., а в СНГ - Конвенция о правах и основных свободах человека 1995 г.

Многообразие семейно-правовых институтов в разных государствах, обычаи и традиции, культурно-этнические особенности, существующие в сфере семейной жизни отдельных государств, не могут не учитываться на международном уровне и не оказывать влияние на их правовое регулирование. Так, в Декларации ООН о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, 1986 г. <1> констатация приоритетности интересов ребенка в процедурах передачи детей на воспитание или их усыновления сопровождается признанием, что в основных правовых системах мира существуют различные общественно полезные альтернативные институты, такие, например, как кафала в мусульманском праве. Согласно Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. при устройстве ребенка должны учитываться его этническое происхождение, принадлежность к определенной религии и культуре, родной язык, возможность обеспечения преемственности в воспитании и образовании (ст. 20).

<1> Декларация о социальных и правовых принципах, касающихся защиты и благополучия детей, особенно при передаче детей на воспитание и их усыновлении на национальном и международном уровнях. Принята Генеральной Ассамблеей ООН 3 декабря 1986 г., Резолюция N 41/85.

Различия во внутрисоциальном регулировании семейных отношений определяют

существование коллизионного вопроса в этой области, а основной задачей международного частного права является его разрешение. В предмет международного частного права включаются семейные отношения, имеющие международный характер. Поэтому интерес вызывает прежде всего вопрос о том, какие отношения считаются семейными и составляют семейную жизнь человека. В последние десятилетия определенно пределы предоставляемой государством правовой охраны совместной жизни произошли определенные изменения на внутригосударственном и международном уровне. Исходя из положений ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., закрепляющей за каждым право на уважение его семейной жизни, Европейский суд по правам человека пришел к выводу, что понятие "семейная жизнь" по смыслу этой статьи не ограничивается только брачными узами и может включать также иные семейные узы **de facto**, когда стороны проживают совместно, не состоя в браке. Ребенок, рожденный от такого союза, становится **ipso jure** членом такой семьи с момента и в силу самого факта своего рождения. Вопрос наличия или отсутствия семейной жизни является "главным образом вопросом факта, зависящим от действительного существования на практике тесных личных отношений" между конкретными лицами <1>. Тем не менее нормами международного частного права традиционно регулируются все основные разновидности семейных отношений, прежде всего между супругами (бывшими супругами), родителями и детьми, иными родственниками.

<1> Постановление ЕС по жалобе N 45582/99 "Леббинк против Нидерландов". См. также: Постановление ЕС по жалобе "Киган против Ирландии"; Постановление Большой палаты ЕС по жалобе N 25735/94 "Эльсхольц против Германии"; Постановление ЕС по жалобе N 33711/96 "Юсеф против Нидерландов"; и др.

Кроме того, в семейных отношениях должен присутствовать иностранный элемент, усложняющий механизм их правового регулирования. Этот термин, хотя и устоялся в правоведении, имеет условный характер: "под иностранным элементом надо понимать не элемент правоотношения, а лишь его определенную окраску, характеристику, выявляющую связь с иностранным государством и дающую основания для постановки вопроса о подлежащем применению праве" <1>. Присутствие в правоотношении иностранного элемента может находить выражение, во-первых, в его субъектном составе, когда участником (обоими участниками) правового отношения является иностранец, апатрид, бипатрид, например в случае, когда в браке состоят гражданин РФ и гражданка США. Во-вторых, иностранный элемент может усматриваться в случаях, когда юридический факт, определяющий то или иное семейно-правовое состояние, имеет место за пределами территории государства, например опека над ребенком, проживающим на территории России, оформлена на территории Украины. В-третьих, иностранный элемент может проявляться в объекте семейно-правовой связи, когда, например, недвижимое имущество супругов - граждан РФ находится во Франции. В-четвертых, когда члены семьи, являющиеся гражданами одного государства, проживают на территории другого, например, супруги - граждане КНР проживают в России. Наконец, необходимость обращения к законодательству иностранных государств может определяться наличием в семейном правоотношении иностранного элемента, присутствующего одновременно в различных его особенностях, например, когда гражданин Польши состоит в браке с гражданкой Латвии, супруги совместно проживают на территории России, а часть приобретенной ими в браке недвижимости находится на Украине.

<1> Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007. С. 3.

Нельзя не учитывать, что в сфере семейных отношений довольно высока возможность возникновения не только межгосударственных, но и интерлокальных и интерперсональных коллизий. Государствам, имеющим федеративное устройство, может быть присуще наличие единого, общего для всех составных частей государства массива норм семейного законодательства с отдельными полномочиями в этой сфере, как в Российской Федерации, либо сохранение за ними права формирования в значительной степени автономного от федерального семейного законодательства, как, например, в США. Несмотря на то обстоятельство, что КНР является унитарным государством, национальным правом учитываются исторические особенности его формирования: при наличии общегосударственного законодательства собрания народных представителей отдельных регионов могут принимать законодательные акты местного значения по вопросам брака, а в особых административных районах (Гонконге, Макао) и в провинции Тайвань действует собственное брачно-семейное законодательство <1>.

<1> См.: Косарева И.А. Некоторые положения семейного права Китая. Хабаровск, 2006. С. 19.

Правовая база регулирования семейных отношений с иностранным элементом имеет сложный, многоуровневый характер, она включает в себя материальные и коллизионные нормы, содержащиеся в многосторонних и двусторонних международных договорах и во внутригосударственном праве. К числу специальных международно-правовых источников глобального характера, содержащих унифицированные нормы материального права, можно отнести: Конвенцию ООН о правах ребенка 1989 г. <1>, Конвенцию о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 г. <2>, Конвенцию о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления 1993 г. и др. <3>. В числе специальных источников регионального уровня следует назвать ряд конвенций, разработанных Советом Европы, в частности: Конвенцию о правовом статусе детей, рожденных вне брака (ETS N 85) 1975 г.; Конвенцию об осуществлении прав детей (ETS N 160) 1996 г. и др. <4>.

<1> Конвенция ратифицирована СССР Постановлением Верховного Совета СССР от 13 июня 1990 г. N 1559-I.

<2> Россия присоединилась с оговоркой (Федеральный закон от 31 мая 2011 г. N 102-ФЗ // СЗ РФ. 2011. N 51. Ст. 7452). Вступила в силу для России 1 октября 2011 г.

<3> Россия подписала, но не ратифицировала данную Конвенцию.

<4> Россия не участвует в вышеназванных многосторонних международных соглашениях.

На международном уровне в области отношений между членами семьи гораздо успешнее протекает унификация коллизионных норм, здесь действует большее, чем в области материального права, число международных соглашений. Благодаря деятельности Гаагской конференции на протяжении XX столетия был разработан целый ряд конвенций, в частности: Конвенция о законе, применимом к алиментным обязательствам в пользу детей, 1956 г., Конвенция о признании и исполнении решений по делам об алиментных обязательствах в отношении детей, 1958 г., Конвенция о юрисдикции, применимом праве и признании решений об усыновлении, 1965 г., Конвенция о признании разводов и решений о судебном разлучении супругов, 1970 г., Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г., Конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов, 1978 г., Конвенция о заключении и признании действительности браков, 1978 г. <1>, Конвенция о юрисдикции, применимом законодательстве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мерах по защите детей, 1996 г. <2>. Среди региональных источников унифицированных коллизионных норм наиболее известен Кодекс Бустаманте. Его положения, помимо традиционных институтов брака и развода, установления отцовства, усыновления, опеки и попечительства, касаются вопросов отцовской власти, эмансипации, регистрации актов гражданского состояния.

<1> Россия не участвует.

<2> Российская Федерация присоединилась в 2012 г. (Федеральный закон от 5 июня 2012 г. N 62-ФЗ). Конвенция вступила в силу для России 1 июня 2013 г.

На территории государств - членов СНГ унификация коллизионных норм состоялась в 1993 г. принятием Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, уголовным и семейным делам <1>. В 2002 г. принята Кишиневская конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам <2>, которая фактически является новой, уточненной редакцией Минской конвенции 1993 г.

<1> Конвенция вступила в силу 19 мая 1994 г., ее положения обязательны для Белоруссии, Узбекистана, России, Казахстана, Таджикистана, Армении, Украины, Киргизии, Молдавии, Азербайджана, Грузии, Туркмении. Далее в тексте - Минская конвенция 1993 г.

<2> Конвенция вступила в силу 27 апреля 2004 г. Действует в отношении Белоруссии, Азербайджана, Казахстана, Киргизии, Армении, Таджикистана. Далее в тексте - Кишиневская конвенция 2002 г.

Коллизионные нормы содержатся и в многочисленных двусторонних соглашениях РФ о правовой помощи, а также в консульских конвенциях. Присутствие и детализация коллизионных норм в таких соглашениях, охват ими тех или иных видов семейных отношений зависят от состояния и традиций двусторонних отношений, сложившихся между Россией и соответствующими государствами - партнерами по соглашению. На территории бывшего СССР двусторонние соглашения о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам связывают Российскую Федерацию как с государствами, входящими в СНГ и участвующими в многосторонней Конвенции СНГ, например Республикой Кыргызстан (1992 г.), Республикой Молдова (1993 г.), Азербайджанской Республикой (1992 г.)

, так и не участвующими в ней и не входящими в состав СНГ - Латвийской Республикой (1993 г.), Эстонской Республикой (1993 г.), Литовской Республикой (1992 г.).

Двусторонние межгосударственные соглашения, в которых содержатся коллизионные нормы в области регулирования семейных отношений с иностранным элементом, заключены РФ с целым рядом других иностранных государств, представляющих различные правовые системы мира. Среди них можно назвать, например, договоры о правовой помощи с Республикой Куба (2000 г.), с Республикой Мали (2000 г.), с Арабской Республикой Египет (1997 г.), с Республикой Польша (1996 г.), с Исламской Республикой Иран (1996 г.). В силу международного правопреимства РФ взяты обязательства по исполнению соответствующих двусторонних соглашений, заключенных СССР, например с Народной Республикой Болгария (1975 г.), с Финляндской Республикой (1978 г.), с КНДР (1957 г.) и др.

Другим источником правовых норм, регулирующих семейные отношения с иностранным элементом, служит национальное законодательство. Коллизионное регулирование семейных отношений с иностранным элементом во многих государствах мира осуществляется на основе либо специальных законов о международном частном праве <1>, либо гражданских или семейных кодексов, либо законов, касающихся отдельных видов семейных отношений.

<1> Например, в Австрии (1978 г.) и Бельгии (2004 г.), Венесуэле (1998 г.), Италии (1995 г.), Республике Корея (2001 г.), Словении (1999 г.), Тунисе (1998 г.), Украине (2005 г.), Эстонии (2000 г.), штате Луизиана (США, 1991 г.) и др. В государствах, ориентированных на англосаксонскую систему права, например в США, традиционно ведущую роль в правовом регулировании, в том числе относительно семейных отношений с иностранным элементом, играет судебный прецедент.

Принципиально важное значение для российского права имеет ряд положений Конституции РФ (ст. 2, 15, 17, 19, 23, 71, 72 и др.), определяющих установленный в обществе правопорядок. При отсутствии международных соглашений, в которых содержатся правила выбора применимого права к соответствующим видам семейных правоотношений, применяются коллизионные нормы национального законодательства. Они сосредоточены в разд. VII "Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства" Семейного кодекса РФ и разрешают вопросы заключения и расторжения браков, признания их недействительными, личных неимущественных и имущественных прав супругов, установления и оспаривания отцовства (материнства), правового положения родителей и детей, других членов семьи, в том числе их алиментных обязательств, усыновления (удочерения) детей, а также применения в РФ норм иностранного семейного права. При определенных условиях в рамках коллизионно-правового метода возможно обращение к общим положениям разд. VI ГК РФ.

Немаловажное значение среди иных законов, регулирующих семейные отношения с иностранным элементом, имеют ГПК РФ, прежде всего нормы гл. 29 "Усыновление (удочерение) ребенка", разд. V "Производство по делам с участием иностранных лиц", а также Федеральный закон от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния", Консульский устав РФ <1>, иные нормативные правовые акты, например: Постановление Правительства РФ от 29 марта 2000 г. N 275 "Об утверждении Правил передачи детей на усыновление (удочерение) и осуществлении контроля за условиями их жизни и воспитания в семьях усыновителей 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" и др.

<1> Федеральный закон от 5 июля 2010 г. N 154-ФЗ // СЗ РФ. 2010. N 28. Ст. 3554.

Большое влияние на формирующуюся судебную практику применения международно-правовых и внутригосударственных правовых источников оказывают постановления Пленума Верховного Суда РФ. Среди них следует обратить внимание на Постановления от 10 октября 2003 г. N 5 "О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации" <1> и от 20 апреля 2006 г. N 8 "О применении судами законодательства при рассмотрении дел об усыновлении (удочерении) детей" <2>.

<1> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. N 12.

<2> Бюллетень Верховного Суда РФ. 2006. N 6.

14.2. Институт брака в международном частном праве

14.2.1. Понятие и форма брака

При всем многообразии правового регулирования брака за рубежом в нем присутствует определенная общность используемых приемов организации правовых связей, поскольку на протяжении веков правом воспринимались наиболее целесообразные и проверенные практикой человеческого общения этические правила взаимоотношений в семье.

При общем подходе к браку как основе семьи наиболее распространены два концептуальных подхода к его пониманию, находящие отражение в теории и законодательстве: брак может рассматриваться в качестве оформленного в установленном порядке и порождающего соответствующие взаимные обязательства **союза** мужчины и женщины, длящегося во времени <1>, или соответствующего **договора** <2>. В одних странах семья традиционно строится на моногамии, в других допускаются полигамия и институт временного брака <3>.

<1> В Англии, например, классическим длительное время считалось определение брака как особого добровольного пожизненного союза одного мужчины и одной женщины. См.: Хазова О.А. Брак и развод в буржуазном семейном праве: сравнительно-правовой анализ. М., 1988. С. 20.

<2> Согласно, например, сирийскому, иракскому и иорданскому законодательству брак представляет собой контракт между мужчиной и женщиной, заключаемый с целью совместной жизни и продолжения рода. См.: Цмай В.В. Указ. соч. С. 188 - 189.

<3> Правовой статус супругов во временном браке аналогичен предусмотренному для постоянного брака, и хотя такой брак мало распространен, но все же он признается законом. См.: Пелевин М.С. Брачно-семейное и наследственное право Исламской Республики Иран. СПб., 1998. С. 6, 9; Цмай В.В. Указ. соч. С. 176.

Внутригосударственные различия касаются формы и процедуры заключения брака. Форма брака преимущественно трактуется как публичная процедура оформления охраняемого правом брака, которая осуществляется либо в соответствии со светскими (общегражданскими) правилами (**гражданский брак**), либо согласно религиозным канонам (**конфессиональный брак**). Правовые последствия для супругов может влечь за собой лишь регистрация брака в уполномоченных государством органах, как, например, во Франции. В КНР установлена гражданская форма брака, но отступление от этого правила сделано в отношении национальных меньшинств, представители которых согласно Закону о браке 1980 г. могут заключить брак без его регистрации на основе традиционных церемоний <1>. Признание правовых последствий возможно одновременно и за гражданскими, и за конфессиональными браками, например, в Великобритании брак может быть заключен как в гражданской, так и в религиозной формах <2>. В Италии брак, заключенный священнослужителями католического вероисповедания по нормам канонического права, порождает те же гражданские последствия, что и брак светский, но при условии, что запись о браке внесена в книги записей актов гражданского состояния и извещение о бракосочетании предварительно было опубликовано в ратуше <3>. В Иордании, Ираке бракосочетание должно проводиться помощником судьи или самим судьей. В ряде государств оформление брака нередко сопровождается заключением брачного соглашения, а брачной церемонии предшествует помолвка с согласованием условий брачного договора <4>.

<1> См.: Косарева И.А. Указ. соч. С. 35.

<2> См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты / Под ред. В.В. Залесского. М., 2004. С. 24.

<3> Там же. С. 33.

<4> См.: Цмай В.В. Указ. соч. С. 182, 190, 192, 196.

В законодательстве иностранных государств по-разному определяется круг обстоятельств, при которых брак может быть заключен. В российском семейном законодательстве эти обстоятельства делятся на две группы: условия заключения брака (ст. ст. 12, 13 СК РФ) и обстоятельства, препятствующие заключению брака (ст. 14 СК РФ). По зарубежному законодательству обстоятельства, определяющие возможность заключения брака между конкретными лицами, могут не дифференцироваться на условия и препятствия либо в качестве таковых могут называться иные обстоятельства. Например, по ГК Франции несовершеннолетние не могут заключить брак без согласия отца и матери, а в случаях, когда они умерли или не в состоянии выразить свою волю, - без согласия бабушки и дедушки (ст. ст. 148, 150). Запрещаются браки не только между братьями и сестрами, но и между дядей и племянницей, тетей и племянником (ст. ст. 162, 163). После прекращения брака женщина может вступить в новый брак по общему правилу только спустя 300 дней после расторжения предыдущего брака (ст. 228). В Иране брак запрещен не только между широким кругом родственников, но и с

"молочными" родственниками <1>. В Китае брачный возраст для мужчин - 20, а для женщин - 18 лет. Одним из препятствий к заключению брака является наличие у вступающего в брак лица определенных заболеваний, устанавливается требование моногамии и запрещаются любые отступления от него (полигамия, взятие наложниц, совместное проживание одного из супругов с другим лицом противоположного пола) <2>.

<1> См.: Пелевин М.С. Брачно-семейное и наследственное право Исламской Республики Иран. СПб., 1998. С. 6 - 7; Цмай В.В. Указ. соч. С. 166.

<2> См.: Косарева И.А. Указ. соч. С. 36 - 40, 50 - 54.

В последние десятилетия в законодательстве ряда государств вследствие ряда причин произошли изменения в отношении различных форм внебрачного сожительства. Несмотря на придание сожительству разнополых или однополых пар (именуемому обычно зарегистрированным партнерством) возможности порождать некоторые правовые последствия, ни в одном из государств или его территориальных единиц, где сформировалось соответствующее отношение к сожительству (Франция, Нидерланды, Норвегия, Швеция, Исландия, Дания, Финляндия, Германия, Украина и др.), оно не расценивается в качестве брака, а сожители не приобретают того объема взаимных прав и обязанностей, который имеется у супругов. СК Украины, например, прямо оговаривает, что проживание одной семьей не является основанием для возникновения прав и обязанностей супругов (ст. 21). Сожительство существует в национальном праве соответствующих государств как особая форма семейных отношений, отличающаяся от брака не только содержанием правовых связей, но и основаниями возникновения и прекращения, а также требованиями к условиям заключения брака и условиям возникновения отношений сожительства <1>. Хотя Европейский суд признавал наличие семейных связей между мужчиной и женщиной и в случаях, когда они не основывались на браке, ни в одном из них он не отождествил эти отношения с браком. Признавая свободу усмотрения государства и сложность толкования его обязательств, вытекающих из ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г., Суд констатирует необходимость справедливого баланса между интересами отдельного лица и общества в целом: нельзя "выделять из ст. 8 обязанность... придавать парам, не состоящим в браке, статус аналогичный со статусом супружеских пар"; "статья 8 не должна толковаться как требующая установления специального режима для особой категории пар, не состоящих в браке" <2>.

<1> Баженова О.И. Действительность брака в Российской Федерации. М., 2006. С. 144 - 146.

<2> См.: Микеле де Сальвиа. Прецеденты Европейского суда по правам человека. Руководящие принципы судебной практики, относящейся к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Судебная практика с 1960 по 2002 г. СПб., 2004. С. 562, 594.

Основные принципы заключения брака закреплены на международном уровне. Согласно Конвенции ООН о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков 1962 г. <1> не допускается заключение брака без полного и свободного согласия обеих сторон, которое должно быть изъявлено ими лично, в соответствии с законом, после надлежащего соглашения, в присутствии представителя власти, имеющего право на оформление брака, и в присутствии свидетелей (ст. 1). Необходима регистрация всех браков компетентным органом власти в соответствующем официальном реестре (ст. 3). Государствам предоставлено право устанавливать минимальный брачный возраст. В рекомендации ООН о согласии на вступление в брак, минимальном брачном возрасте и регистрации браков 1965 г. содержатся конкретизирующие нормы Конвенции положения, в частности, рекомендуется установление брачного возраста для обеих сторон не менее 15 лет (Принцип II рекомендации).

<1> Вступила в силу 9 декабря 1964 г. Россия не участвует.

В соответствии с Минской и Кишиневской конвенциями в СНГ условия заключения брака для каждого из будущих супругов определяются законодательством государства - члена СНГ, гражданином которого оно является, а для лиц без гражданства - законодательством государства, являющегося их постоянным местом жительства. Кроме того, в отношении препятствий при заключении брака должны быть соблюдены требования законодательства государства, на территории которого заключается брак (ст. 26 Минской, ст. 29 Кишиневской конвенции).

В большинстве двусторонних соглашений РФ установлено 24 правило о том, что форма брака определяется законодательством той договаривающейся стороны, на территории которой заключается брак. Условия вступления в брак определяются законодательством государства, гражданином которого являются лица, вступающие в брак, а для апатридов - законодательством государства, на территории

которого они имеют постоянное место жительства. Под условиями вступления в брак имеются в виду материально-правовые требования национального законодательства соответствующего государства. Однако возможно и отступление от общих правил. Так, согласно ст. 22 Договора о правовой защите и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам с Финляндской Республикой условия заключения брака граждан обеих сторон определяются законодательством той из них, на территории которой заключается брак, если хотя бы один из вступающих в брак является гражданином этой стороны или имеет на ее территории место жительства.

Для сравнения: в Кодексе Бустаманте устанавливается возможность применения к иностранцам местного законодательства, однако "лица, вступающие в брак, подчиняются их личному закону во всем, что касается их способности к вступлению в брак, согласия или совета родителей, препятствий к браку и их устранения" (ст. ст. 36, 38). В отношении формы брак будет считаться действительным, если он был заключен в той форме, которая признается действительной законами страны заключения брака (ст. 41).

В ФРГ условия заключения брака для каждого лица, вступающего в брак, подчиняются праву государства, гражданином которого оно является. При наличии дополнительных обстоятельств применению подлежит германское право, например, если лицо, вступающее в брак, имеет место обычного пребывания в пределах ФРГ либо является немцем. Брак в пределах страны может быть заключен только в форме, предусмотренной германским правом (ст. 13 Вводного закона к ГГУ).

В соответствии с российским законодательством на территории РФ и форма, и порядок заключения брака определяются законодательством РФ (п. 1 ст. 156 СК РФ). Согласно п. 2 ст. 156 СК РФ условия заключения брака на территории РФ определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является в момент заключения брака, с соблюдением требований ст. 14 СК РФ в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака. В том случае, если вступающее в брак на территории РФ лицо является апатридом, условия заключения брака лицом без гражданства определяется законодательством государства, в котором это лицо имеет постоянное место жительства (п. 4 ст. 156 СК РФ). Поэтому, например, в органах записи актов гражданского состояния РФ не допускается заключение брака с иностранцем, уже состоящим в браке, несмотря на то что в государстве, гражданином которого он является, признается полигамия. В то же время если законодательство иностранного государства допускает вступление в брак ранее достижения 18 лет, его граждане могут вступить в брак в РФ, но если брак разрешается лишь при согласии родителей несовершеннолетнего, для его заключения необходимо получение такого согласия.

Безусловное действие принципа территориальности и установление в законодательстве односторонней привязки относительно выбора права, применимого для определения условий брака, и при этом игнорирование законодательства иностранного государства, гражданином которого является одно из лиц, вступающих в брак, при разнообразии обстоятельств, называемых в качестве условий заключения брака в иностранном законодательстве, способны приводить к оформлению брачного союза, именуемого хромающим браком. Например, брак с гражданином государства, где отдельные заболевания являются препятствием к браку, заключенный по законодательству и компетентными органами другого государства, не связывающего возможность вступления в брак с состоянием здоровья брачующихся, может привести к признанию этого брака недействительным в стране гражданства супруга, страдающего соответствующим заболеванием.

В ситуации, когда вступающее в брак лицо обладает гражданством двух или более иностранных государств, выбор права, применимого для определения условий заключения брака, осуществляется на основе двух субсидиарных коллизионных норм, предусмотренных ст. 156 СК РФ: первая из них является односторонней, вторая конструируется с помощью коллизионной привязки **lex voluntatis**. Если у лица наряду с иностранным гражданством имеется гражданство РФ, к условиям заключения брака применяется законодательство РФ. При наличии у лица гражданства нескольких иностранных государств по его выбору применяется законодательство одного из этих государств.

Во многих государствах требованием процедуры оформления брака с иностранцем является представление последним документа, подтверждающего наличие определенных условий для заключения брака; такое правило установлено и в РФ. При подаче иностранным гражданином или лицом без гражданства заявления в орган записи актов гражданского состояния РФ о вступлении в брак ему необходимо представить справку, выданную компетентным органом или консульством (посольством) соответствующего государства (гражданства или постоянного проживания) и легализованную в установленном порядке, которая подтверждает факт несостояния его в браке. К справке должен прилагаться ее перевод на русский язык, заверенный консульством (посольством), МИД соответствующего государства или нотариусом <1>.

<1> См.: Пчелинцева Л.М. Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации. М., 2004. С. 687.

14.2.2. Признание брака

Законодательство многих государств не препятствует своим гражданам оформить брачный союз за пределами своей территории. В случаях, когда в брак вступают граждане одного государства, проживающие или пребывающие за границей, он обычно заключается в дипломатических представительствах или консульских учреждениях этого государства, а брак именуется консульским браком.

В РФ Семейным кодексом (п. 1 ст. 157) и Федеральным законом "Об актах гражданского состояния" (ст. 5), Консульским уставом РФ 2010 г. (ст. 25) также предусматривается возможность оформления консульских браков. Относительно формы, условий и порядка заключения консульского брака полностью применяется российское семейное законодательство, несмотря на то что брак заключается за рубежом. Однако это допустимо лишь в ситуации, когда оба вступающих в брак лица являются гражданами Российской Федерации.

В связи с тем что заключение консульского брака между гражданами одного государства происходит в его консульском учреждении и на основе его законодательства, но на территории другого государства, встает вопрос о признании заключенного брака действительным. Не исключено, что семейное законодательство аккредитируемого государства существенным образом отличается от законодательства аккредитирующего консульство (посольство) государства в части требований формы, процедуры и условий заключения брака, например, последнее не допускает регистрацию брака через представителя или брак между определенными родственниками. В международной практике существует общий принцип, которого придерживается российское право: заключенный на территории данного государства в консульском учреждении иностранного государства брак между гражданами этого государства признается действительным на условии взаимности. Взаимное признание консульских браков обычно оговаривается в двусторонних договорах РФ, например в консульских конвенциях с Польшей 1992 г., Казахстаном 1994 г., Молдавией 1994 г., Болгарией 1995 г. и др.

В СК РФ также установлено, что браки между иностранными гражданами, заключенные на территории России в дипломатических представительствах и консульских учреждениях иностранных государств, признаются действительными в РФ, если эти лица в момент заключения брака являлись гражданами иностранного государства, назначившего посла или консула в РФ (п. 2 ст. 157).

При наличии возможности консульского брака российское законодательство не запрещает гражданам РФ заключать браки между собой либо с иностранцами или апатридами за границей, в компетентных органах иностранных государств. Тогда к заключению брака, его форме, процедуре, условиям по общему правилу применяется законодательство государства, на территории которого заключается брак. Статья 158 СК РФ устанавливает, что браки между гражданами РФ и браки между гражданами РФ и иностранными гражданами или лицами без гражданства, заключенные за пределами территории РФ с соблюдением законодательства государства, на территории которого они заключены, признаются действительными в РФ, если отсутствуют предусмотренные ст. 14 СК РФ обстоятельства (п. 1). Напротив, соблюдения требований ст. 14 СК РФ не требуется для признания браков, заключенных между иностранными гражданами за пределами России. Для этого необходимо лишь соблюдение требований, предусмотренных законодательством соответствующего иностранного государства, на территории которого был заключен брак (п. 2 ст. 158 СК РФ). Несколько иные требования признания браков, заключенных за границей, могут содержаться в международных соглашениях и в национальном законодательстве иностранных государств. Например, по Кодексу Бустаманте брак будет считаться действительным по форме, если он был заключен в той форме, которая признается действительной законами страны, где он заключен. Однако государства, законодательство которых требует совершения религиозного обряда, могут отказать в признании действительными браков, заключенных их гражданами за границей без соблюдения этой формы (ст. 41). В Кодексе перечислены обстоятельства, наличие которых позволяет отказать от признания брака (ст. 40).

Согласно ГК Франции брак, заключенный в иностранном государстве между французами или между гражданином Франции и иностранцем, является действительным, если он был заключен в форме, принятой в этом государстве, француз ни в чем не нарушил положений Кодекса о качествах и условиях, необходимых для заключения брака, и при условии предшествовавшей публикации. Французские дипломатические представители или консулы могут заключить брак между французом и иностранкой только в государствах, которые указаны в декретах Президента Республики (ст. ст. 170, 170-1).

Российское государство, следуя ст. 8 Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и уважая частную жизнь каждого человека, не устанавливает специальных запретов вести ее в каких-либо формах. В то же время по Конвенции оно не обязано возлагать на себя обязательства предоставлять правовую охрану всем возможным формам сожительства. В настоящее время ни в

национальном законодательстве РФ, ни в двусторонних международных соглашениях, обязательства по которым приняла на себя наша страна, нет коллизионных или материальных норм, которые допускали бы применение в соответствующей части положений иностранного законодательства, регулирующего отношения разнополых или однополых сожителей. В них имеются лишь нормы, имеющие отношение к **браку**. Вследствие этого и ввиду действия оговорки о публичном порядке (ст. ст. 1, 167 СК РФ) вряд ли существует возможность признания в РФ семейных прав за сожителями, предусмотренных законодательством иностранного государства, на территории которого отношения сожительства возникли или существовали.

14.2.3. Правовое регулирование отношений между супругами

Правовое регулирование личных неимущественных и имущественных отношений между супругами внутригосударственным правом, имея в каждом государстве свою специфику и уровень детализации, не может осуществляться без учета основополагающих международно-правовых актов о правовом положении личности в обществе и равноправии супругов, в частности: Декларации ООН о ликвидации дискриминации в отношении женщин 1967 г.; Дополнительной конвенции ООН об упразднении рабства, работорговли и институтов и обычаев, сходных с рабством, 1956 г. <1>; Нью-Йоркской конвенции о гражданстве замужней женщины 1957 г. и др. Европейская конвенция о гражданстве 1997 г. (ETS N 166) распространяет принцип недопустимости автоматического изменения гражданства при вступлении в брак на обоих супругов, устанавливая, что правовые нормы каждого государства-участника, регулирующие гражданство, должны основываться в том числе на принципе, что "ни вступление в брак, ни расторжение брака между гражданином государства-участника и иностранцем, ни изменение гражданства одним из супругов во время пребывания в браке не влекут за собой автоматически последствий для гражданства другого супруга" (ст. 4).

<1> К таковым относятся институты и обычаи, в силу которых женщину без права отказа с ее стороны обещают выдать или выдают замуж ее родители, опекун, семья или любое другое лицо или группа лиц за вознаграждение деньгами или натурой; либо муж жены, его семья или его клан имеет право передать ее другому лицу за вознаграждение или иным образом; либо женщина по смерти мужа передается по наследству другому лицу (ст. 1).

В настоящее время перестали быть редкостью браки с иностранцами, вступая в которые супруги сохранили свое гражданство, выбрали своим постоянным местом жительства территорию третьего государства. В связи с подобными рода обстоятельств личной и совместной жизни правовое регулирование и выбор права, регулирующего отношения между супругами, безусловно, усложнились. В законодательстве иностранных государств и международных соглашениях выбор права обычно осуществляется на основе сложной цепочки коллизионных норм, где, помимо генеральной, используются разнообразные субсидиарные нормы.

Специфика брака обуславливает широкое, а зачастую приоритетное действие в рассматриваемой области территориального критерия, согласно которому семейно-правовые отношения между супругами определяются законодательством государства, на территории которого они имеют (имели) совместное место жительства. Так, приоритет территориальному принципу определения правовых последствий брака отдан в конвенциях, принятых в рамках Северного совета - Дании, Норвегии, Швеции, Финляндии, Исландии <1>. Территориальный критерий приоритетно действует, например, в законодательстве Бразилии, Швейцарии, канадской провинции Квебек.

<1> См.: Медведев И.Г. Комментарии к конвенциям в области имущественных отношений супругов и наследования. М., 2007. С. VIII.

В соответствии с положениями Минской 1993 г. и Кишиневской конвенций 2002 г. основная норма отдает приоритет также территориальному принципу: при наличии совместного места жительства супругов на территории одного из государств - членов СНГ их личные и имущественные правоотношения определяются законодательством этого государства. В дополнительных нормах содержатся различные типы коллизионных привязок. При проживании супругов, имеющих общее гражданство, в разных государствах - участниках Конвенции к их правоотношениям применяется законодательство государства, гражданами которого они являются. Если один из супругов является гражданином одного из государств - участников Конвенции, а второй - другого и каждый из супругов проживает на территории разных государств - участников Конвенции, то их личные и имущественные правоотношения определяются по законодательству того государства - участника Конвенции, на территории которого они имели свое

последнее совместное местожительство. Если указанные выше супруги не имели совместного жительства на территориях государств - участников Конвенции, то применяется законодательство государства, учреждение которой рассматривает дело. Если супруги, являющиеся гражданами разных государств - участников Конвенции и проживающие на территориях разных государств, никогда не имели совместного места жительства на территории соответствующих государств, их личные неимущественные и имущественные правоотношения определяются по законодательству государства, учреждение которого рассматривает дело (п. п. 1 - 4 ст. 27 Минской, п. п. 1 - 4 ст. 30 Кишиневской конвенций). Однако правоотношения супругов по поводу их недвижимого имущества определяются по законодательству государства - участника Конвенции, на территории которого находится это имущество (п. 5 ст. 27 Минской, п. 5 ст. 30 Кишиневской конвенций).

Подобные подходы используются и в двусторонних соглашениях РФ. Например, в соответствии с Консульской конвенцией с Республикой Македония 2003 г., договорами о правовой помощи с СРВ и Республикой Польша личные и имущественные правоотношения супругов определяются законодательством той из стран, на территории которой постоянно проживают супруги. При проживании каждого из супругов на территории одной из них, но при общем гражданстве супругов их правоотношения регулируются законодательством той из стран, гражданами которой супруги являются. При разном гражданстве супругов применяется законодательство страны, суд которой рассматривает дело.

В ряде государств и международных соглашений статут брака определяется личным законом супругов, которым считается закон их гражданства; так, во внутригосударственном законодательстве, например в Финляндии и Швеции, используется привязка к законам страны гражданства соответствующего лица <1>. В Польше и Чехии к личным и имущественным отношениям применяется право государства, гражданами которого являются супруги; при их разном гражданстве в Чехии - право страны суда, в Польше - право страны совместного места жительства, а subsidiarily - польское законодательство <2>. В Греции, Австрии, Испании отношения супругов регулируются общим личным законом супругов; если один из супругов иностранец, то применяется право страны их совместного места жительства. При отсутствии такового используется привязка либо к наиболее близкому праву, либо к праву страны суда, либо к праву страны, где был заключен брак, и др. с закреплением возможности выбора правопорядка для регулирования имущественных отношений <3>.

<1> См.: Медведев И.Г. Указ. соч. С. VIII - IX.

<2> См.: Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право. М., 2005. С. 349 - 350.

<3> См.: Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб., 2004. С. 469 - 470.

В СК РФ коллизионные нормы относительно выбора применимого к супружеским отношениям права отражают общие тенденции развития коллизионно-правового регулирования. Положения ст. 161 СК РФ закрепляют несколько взаимосвязанных между собой коллизионных норм, согласно которым личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства, а при отсутствии совместного места жительства - законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства. Это означает, в частности, что и правоотношения супругов-иностранцев, являющихся гражданами одного иностранного государства, если они проживают на территории Российской Федерации, регламентируются семейным законодательством РФ. Что касается личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей супругов, не имевших совместного места жительства, то на территории Российской Федерации они определяются законодательством РФ.

В п. 2 ст. 161 СК РФ содержится более детализированная дополнительная диспозитивная коллизионная норма для выбора права, определяющего имущественные права и обязанности супругов, но при наличии одновременно двух условий. Во-первых, она касается лишь брачных договоров и соглашений об уплате алиментов, сторонами которых являются супруги; а во-вторых, она распространяется лишь на взаимоотношения супругов, не имеющих общего гражданства или совместного места жительства. В таком случае при заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов супругам предоставлено право избрать законодательство, подлежащее применению для определения их прав и обязанностей по этим соглашениям. Если супруги не выбрали подлежащее применению законодательство, действует императивное правило - к брачному договору или соглашению об уплате алиментов применяются общие положения п. 1 ст. 161 СК РФ.

Законодательство иностранных государств, несмотря на различия в объеме взаимных прав супругов, их обозначении и содержании, в целом придерживается сходных подходов к вопросу о правовом статусе супругов. Различаются личные неимущественные и имущественные права, которые в своей совокупности призваны способствовать сохранению брака и стабильной семейной жизни супругов и их

детей.

В законодательстве большинства государств личные взаимоотношения супругов в меньшей степени, чем имущественные, подвержены правовому регулированию. Согласно ГГУ супруги должны вести совместную семейную жизнь, определяют общую брачную фамилию, несут ответственность друг за друга (§ 1353, 1355). В соответствии с ГК Франции супруги обязаны к взаимной верности, помощи, поддержке (ст. 212), они вместе обеспечивают моральное и материальное развитие семьи (ст. 213), обязуются жить совместно (ст. 215), вправе свободно выбирать профессию (ст. 223), требовать развода (ст. 229), однако супруги не могут подать совместное заявление о разводе в течение первых шести месяцев брака (ст. 230). Законом КНР о браке в правовой статус супругов включены, в частности, право на взаимное уважение и обеспечение благополучия и укрепления семьи, на использование своей фамилии и собственного имени, на свободное участие в производственной, рабочей, учебной и общественной деятельности без вмешательства и ограничений со стороны другого супруга, а также обязанность по осуществлению политики планирования рождаемости, основанная на ст. 49 Конституции <1>.

<1> См.: Косарева И.А. Указ. соч. С. 61 - 63.

При регулировании имущественных взаимоотношений супругов, которые включают две основные группы правоотношений - по поводу принадлежащего супругам имущества и по поводу предоставления содержания, практически во всех государствах действуют и диспозитивные, и императивные начала. Обычно имущественные отношения, складывающиеся между супругами, определяются статутом брака.

В решении вопросов правового режима принадлежащего супругам имущества приоритет отдается диспозитивным нормам. Это проявляется не только в возможности установления соглашением договорного режима, приоритете положений договора перед императивно установленными законом правилами о легальном, законном режиме, но и в предоставляемой супругам возможности самим выбрать порядок, определяющий юридические последствия брачного договора. Императивные нормы в этой области используются для соблюдения баланса частных интересов обоих супругов и интересов основанной на браке семьи в целом.

Специфику отношений по поводу принадлежащего супругам имущества во многих государствах принято раскрывать через категорию "правовой режим имущества супругов" (**matrimonial property regimes**), однако некоторым правовым системам этот термин сам по себе не известен, несмотря на присутствие в законодательстве соответствующих правовых норм. "Правила об участии супругов в несении расходов на ведение домашнего хозяйства, об их полномочиях по представительству или в защите семейного жилья относятся в некоторых странах к режиму имущественных отношений супругов, тогда как в других они составляют часть так называемого первичного режима, объединяющего, как правило, ряд императивных норм, направленных на обеспечение функционирования брака как такового - как союза между двумя лицами. Там, где он существует, первичный режим всегда преобладает над режимом имущества супругов как таковым и императивно подчиняется местному законодательству" <1>.

<1> Медведев И.Г. Указ. соч. С. 14.

Коллизионно-правовое регулирование имущественных отношений супругов в зарубежном внутригосударственном праве отличается многообразием и различием подходов. Одним из основных критериев, позволяющих системно подойти к этому вопросу, считается объем автономии воли сторон, иными словами, степень свободы супругов в выборе права, применяемого для регулирования их имущественных отношений. Применительно к законному и договорному режиму имущества супругов национальным законодательством государства могут устанавливаться общие коллизионные правила либо на брачный договор распространяются специальные правила. Например, в Греции, Дании, Норвегии, Сенегале, Тунисе, Бразилии, Египте отрицается автономия воли супругов, а выбор применимого к имущественным отношениям супругов права определяется императивными нормами. В других национальных правовых системах, напротив, действует принцип полной автономии воли супругов, например в Великобритании, Канаде, Новой Зеландии, Австрии, Румынии. Законодательство третьей группы государств основывается на ограничении автономии воли <1>. Например, в Швейцарии к имущественным взаимоотношениям супругов применяется избранное ими право, варианты выбора которого определяются законом, - это может быть либо право государства, где супруги проживают либо где они будут проживать после заключения брака, либо право государства, гражданином которого является каждый из супругов. В Японии супруги вправе осуществлять выбор между законодательством места их жительства или их национальным законом в момент заключения брака, что же касается недвижимого имущества, то можно подчинить его правовой режим праву государства, на территории которого оно находится. Нередко возможность выбора применимого права связывается национальным

законодательством с существованием определенных обстоятельств: например, ГК Португалии устанавливает, что режим имущества супругов (законный и договорный) определяется законом гражданства вступающих в брак на момент совершения брака, а при отсутствии - законом их общего места пребывания. Однако если применимый закон является иностранным и один из вступающих в брак имеет домицилий Португалии, отдается предпочтение выбору супругов и может быть применено португальское законодательство <2>.

<1> См.: Лалетина А.С. Коллизионные нормы, регулирующие имущественные отношения супругов в законодательстве иностранных государств // Московский журнал международного права. 2004. N 1. С. 189 - 193.

<2> См.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.

В основу законного режима в зависимости от внутригосударственного права может быть положен принцип общности супружеского имущества (например, Франция, Швейцария), раздельности (Великобритания, ФРГ, Австрия, Греция, Турция, Япония), отложенной общности (Дания, Швеция, Норвегия, Финляндия). При приоритете в качестве основополагающего принципа общности либо раздельности обычно оба начала действуют в сочетании друг с другом. Дифференциация и детализация правового регулирования, соотношение начал общности и раздельности зависят от уровня развития и специфики внутригосударственной правовой системы. Специалисты отмечают, что тенденции развития семейного законодательства различных государств позволяют говорить о взаимодействии и известном взаимопроникновении двух традиционных систем, сближении некогда абсолютно противоположных режимов <1>.

<1> См.: Хазова О.А. Указ. соч. С. 82; Жилинкова И.В. Правовой режим имущества членов семьи. С. 165; Чефранова Е.А. Механизм семейно-правового регулирования имущественных отношений супругов. М., 2006. С. 117 - 124; и др.

Вступив в брак и исполняя семейные обязанности, каждый из супругов сохраняет свою гражданскую правоспособность. Вместе с тем при ее реализации нельзя не учитывать семейно-правовой статус каждого из супругов и его обязательства по материальному содержанию семьи. Реализуя право собственности, супруг может действовать в ущерб общесемейным интересам и интересам другого супруга, поэтому в зарубежном семейном законодательстве присутствуют нормы, которые ограничивают гражданско-правовую свободу состоящих в браке лиц и требуют получения согласия супруга на заключение сделок другим супругом. Допускается признание недействительными сделок, заключенных одним из супругов без согласия другого или в ущерб интересам семьи, а также устанавливается солидарная ответственность супругов по гражданско-правовым обязательствам в интересах семьи. Показательны в этом отношении положения ст. 216 ГК Франции, согласно которой каждый супруг имеет полную гражданскую правоспособность, но эти права и полномочия могут быть ограничены действием режима имущества супругов и положениями Кодекса об их правах и обязанностях. В частности, каждый из супругов вправе самостоятельно совершать сделки, имеющие своим предметом ведение домашнего хозяйства или воспитание детей, но любой долг, возникший из такой сделки, обязывает обоих супругов солидарно (ст. 220). Если один из супругов грубо нарушает свои обязанности и тем самым ставит в опасность интересы семьи, судья вправе установить запрет совершать без согласия другого супруга сделки по распоряжению не только общим движимым и недвижимым имуществом, но и его собственным имуществом (ст. 220-1).

В целях защиты прав третьих лиц, контрагентов супругов в гражданско-правовых отношениях национальным законодательством могут устанавливаться нормы, охраняющие их интересы. Так, согласно ГГУ если имущественные последствия брака подчиняются иностранному праву и один из супругов имеет обычное место пребывания в пределах этой страны либо занимается в ней предпринимательской деятельностью, то основанный на законе иностранный режим имущественных отношений приравнивается к договорному, вследствие чего применяются положения § 1412 ГГУ, защищающие права третьих лиц при исключении, изменении законного режима имущественных отношений. Если это более благоприятно для добросовестных третьих лиц, к совершенным в пределах страны сделкам, к находящемуся здесь движимому имуществу, к осуществляемой здесь предпринимательской деятельности применяются соответственно положения § 1357, 1362, 1431, 1456 ГГУ.

Институт брачного договора (контракта), благодаря которому может изменяться установленный законом режим имущества супругов и регулироваться иные их взаимоотношения, присутствует в семейном праве многих государств. По общему правилу действуют те же принципы, что и в российском

законодательстве, - положения о законном режиме имущества супругов применяются, если иное не предусмотрено брачным договором между ними, а пределы усмотрения супругов при заключении договора ограничены законом. С его помощью не могут ограничиваться права сторон, вытекающие из брака или определяющие семейно-правовой статус родителя, нарушаться свобода выбора рода занятий и др.

Обычно супругам предоставляется право самим определять правовой режим принадлежащего им имущества, но законом их свобода может в известной степени ограничиваться. Например, в Перу вступающие в брак лица могут оговорить в соглашении один из двух возможных режимов - общности или раздельности (ст. 295 ГК Перу). В государствах англосаксонской системы права могут заключаться различные виды соглашений, определяющих режим имущества: **добрачные соглашения**, решающие вопросы использования доходов в браке, наличие или отсутствие совместного банковского счета, возможность обладания правами на определенные виды имущества и т.п.; **брачные соглашения** супругов с аналогичным содержанием, но допускающие возможность урегулирования вопросов воспитания детей; **соглашения о разводе** с достаточно широким кругом условий, имеющих отношение к разделению (сепарации) супругов <1>.

<1> См.: Низамиева О.Н. Имущественные соглашения супругов в зарубежном праве // Семейное право. 2004. N 3. С. 25 - 27.

В исламских государствах брачный договор может заключаться в нотариальной или простой письменной форме. В нем определяются не только имущественные отношения супругов. В него можно включить любое условие, не противоречащее сути договора и положениям ислама, например о проживании в одном городе, об обязательстве мужа не брать еще одной жены без согласия первой, о разрешении жене работать вне дома и др. В этом документе дается подробный перечень приданого невесты и его стоимость. Приданым именуется сумма денег (иное имущество), выплачиваемая мужем жене в ее собственность. По марокканскому законодательству "приданое - это собственность, даваемая мужем с целью показать свою готовность к заключению брачного контракта, к учреждению семьи, а также заложить фундамент любви и товарищества" <1>.

<1> Цмай В.В. Указ. соч. С. 182, 190, 202, 204.

В соответствии с семейным правом Израиля приоритет в регулировании имущественных отношений супругов зачастую отдается конфессиональному праву. Допускается заключение между супругами двух типов соглашений, определяющих их имущественные отношения: брачных договоров в соответствии с положениями еврейского семейного права и соглашений об урегулировании имущественных отношений, предусмотренных Законом об имущественных отношениях между супругами 1973 г. Соглашение супругов заключается в письменной форме и утверждается либо гражданским судом, либо религиозным судом, либо регистратором брака, либо нотариусом (ст. ст. 1, 2 Закона). Если имущественное соглашение заключено не было или в нем отсутствуют указания на иной порядок регулирования имущественных отношений, то презюмируется, что супруги согласны на их урегулирование в порядке **изун машабим** (сбалансирования, уравнивания имущественных ресурсов), когда при прекращении брака каждый из них имеет право на половину стоимости всего имущества <1>.

<1> См.: Гражданское законодательство Израиля. СПб., 2003. С. 546 - 548, 550 - 553, 559.

При заключении и определении правовых последствий брачных договоров может возникнуть проблема нахождения применимого права, которое определяется либо с помощью коллизионных норм, либо в силу выбора права самими супругами. В ФРГ имущественные последствия брака подчиняются праву, являющемуся определяющим в отношении общих последствий брака при его заключении. В то же время супруги вправе выбрать для регулирования своих имущественных отношений либо право государства, гражданином которого является один из них, либо право государства, в котором один из них имеет место обычного пребывания, а в отношении недвижимого имущества - право места его нахождения. Однако право пользования находящимися в пределах страны супружеским жилищем и предметами домашнего обихода подпадает под действие материальных норм германского права (ст. ст. 15, 17 "а" Вводного закона к ГГУ). В Израиле относительно "имущественных отношений между супругами действуют положения закона места проживания супругов на момент заключения брака. Супруги вправе установить в соглашении между ними, что урегулирование их имущественных отношений будет осуществляться в соответствии с положениями закона места проживания супругов на момент составления соглашения" (ст. 15 Закона об имущественных отношениях между супругами) <1>.

<1> Там же. С. 558.

В российском законодательстве в ст. 161 СК РФ содержится императивная норма о выборе права, регулирующего имущественные отношения супругов (п. 1). Вместе с тем в п. 2 данной статьи содержится диспозитивная норма, предоставляющая супругам, не имеющим общего гражданства или совместного места жительства, право при заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов избрать законодательство, подлежащее применению для определения их прав и обязанностей.

Несмотря на восстановление членства России в Гаагской конференции по международному частному праву, наша страна не участвует во многих разработанных этой международной организацией универсальных конвенциях, имеющих отношение к правовому регулированию имущественных отношений между супругами. В частности, Россия не участвует в Конвенции о коллизиях законов относительно последствий брака в области прав и обязанностей супругов в их личных отношениях и в области имущества супругов 1905 г. и в Конвенции о праве, применимом к режимам имущества супругов, 1978 г.
<1>.

<1> Первая из названных Конвенций сохраняет действие для Италии, Португалии, Румынии, вторая действует в отношении Франции, Люксембурга, Королевства Нидерландов. Австрией и Португалией подписана, но не ратифицирована. Несмотря на небольшой количественный состав конвенций, участие в них России дало бы российским гражданам дополнительные гарантии защиты их прав, облегчило бы правоприменительную практику судов и нотариата.

Право супруга на получение содержания является одним из основополагающих имущественных прав в семейном законодательстве большинства государств мира, хотя само понятие "содержание" может трактоваться по-разному. Согласно ГГУ, например, "супруги взаимно обязаны своим трудом и имуществом обеспечивать семье надлежащее содержание" (§ 1360). "Надлежащее содержание семьи включает все, что в соответствии с отношениями супругов необходимо, чтобы покрыть расходы на домашнее хозяйство и удовлетворить личные потребности супругов и жизненные нужды общих детей, имеющих право на получение содержания" (§ 1360 "а").

При регулировании отношений по предоставлению содержания между супругами законодательство Израиля разграничивает сферы применения светского и религиозного права. По общему правилу лицо обязывается выплачивать алименты супругу в соответствии с указаниями распространяющегося на него личного права, т.е. религиозного права. Положения Закона об алиментах 1959 г. применяются, если лицо не является евреем, мусульманином, другом <1> и не относится ни к одной из обозначенных в специальном законодательстве общин либо когда на него не распространяется действие личного права <2>.

<1> Друзы - этническая конфессиональная группа, проживающая в основном в странах Ближнего Востока. С 1961 г. считаются полноправными гражданами Израиля. Проживают преимущественно на севере страны.

<2> См.: Гражданское законодательство Израиля. С. 561 - 562.

Содержание жены в исламском праве является законным правом жены, вытекающим непосредственно из законного брака. Оно предполагает на определенных условиях обеспечение ее за счет расходов мужа и в объеме его возможностей. В соответствии с семейным правом большинства арабских государств муж не должен содержать жену лишь в ряде случаев: если брачный контракт недействителен или незаконен, если жена работает без разрешения мужа, если она не повинуется или не подчиняется мужу, в случае измены и некоторых иных <1>.

<1> См.: Цмай В.В. Указ. соч. С. 199 - 200.

Семейное законодательство Китая предусматривает взаимные обязанности супругов по содержанию друг друга, хотя термин "алименты" в нем не используется. Вопросы, связанные с предоставлением содержания, могут решаться на основе как достигнутого супругами соглашения, так и судебного решения. Алиментные обязанности бывших супругов в случае расторжения брака законом не оговариваются, но если брак расторгается по вине одного из супругов (жестокое обращение, сожительство с другим лицом, занятие азартными играми), добросовестная сторона имеет право на единовременную компенсацию <1>.

<1> См.: Косарева И.А. Указ. соч. С. 67, 81.

Вопросы выбора права, применимого к алиментным обязательствам супругов и бывших супругов, решаются на основе многосторонних и двусторонних международных соглашений. В Гаагской конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г. <1> содержатся специальные коллизионные нормы, ориентированные на выплату алиментов, в том числе супругам. Основной коллизионной привязкой в ней является отсылка к праву обычного места пребывания (постоянного места жительства) лица, обладающего правом на получение содержания (алиментов). Субсидиарно используются отсылки к закону общего гражданства супругов и закону суда.

<1> Российская Федерация не участвует в Конвенции.

В Минской конвенции 1993 г. отсутствуют специальные правила выбора применимого права к алиментированию супругов, поэтому он может осуществляться по правилам ст. 27 в рамках выбора права, регулирующего имущественные отношения между супругами в целом. Аналогичным образом вопрос может разрешаться на основании Кишиневской конвенции 2002 г. (ст. 30).

В двусторонних международных соглашениях Российской Федерации отсутствуют специальные коллизионные нормы об алиментных обязательствах супругов. Как и в российском семейном законодательстве (п. 1 ст. 161 СК РФ), право, применимое к ним, определяется статутом брака. Основные коллизионные нормы конструируются исходя из территориального принципа и отсылают к законодательству государства, на территории которого проживают (постоянно, совместно) супруги. В субсидиарных нормах используются привязки к законодательству страны общего гражданства супругов, либо страны последнего совместного места жительства, либо страны суда, как, например, в договорах о правовой помощи с Албанией 1995 г., Польшей 1996 г., Вьетнамом 1998 г., Кубой 1984 г. и др.

Различные решения вопроса выбора права, применимого к отношениям по содержанию супругов (бывших супругов), присутствуют во внутригосударственном законодательстве разных зарубежных государств. Например, в Израиле согласно Закону об алиментах 1959 г. в отношении алиментных обязательств между супругами действует закон места проживания супругов, а если у супругов нет общего места проживания - закон места проживания лица, обязанного выплачивать алименты (ст. 17) <1>.

<1> См.: Гражданское законодательство Израиля. С. 570.

В соответствии со ст. ст. 17, 18(4) Вводного закона к ГГУ к обязанностям разведенных супругов предоставлять содержание, когда расторжение брака было осуществлено и признано в пределах страны, применяется право, в соответствии с которым был расторгнут брак. Это означает, что по общему правилу применяется право, которое определяет последствия брака (ст. 14) на момент принятия к судопроизводству заявления о расторжении брака. Это же правило действует, когда супруги раздельно проживали без расторжения брака или когда брак признан ничтожным или недействительным.

14.3. Правовое регулирование отношений между родителями и детьми, иными родственниками

Правовое регулирование отношений между родителями и несовершеннолетними детьми традиционно подробно разработано в семейном законодательстве, в котором отчетливо выражены публично-правовые начала ввиду необходимости охраны интересов детей. Важнейшими вопросами, которые в связи с этим решаются на национальном и международном уровнях, являются определение происхождения детей и оформление родительских прав, в том числе установление отцовства, а также правовое положение родителей и детей. Что касается отношений между родителями и совершеннолетними детьми, иными родственниками, то в сферу международного частного права они в сравнении с другими видами семейных правоотношений вовлечены незначительно и представлены главным образом в форме алиментных обязательств.

Конвенция ООН о правах ребенка 1989 г., содержащая материально-правовые нормы, закладывает основы правового статуса ребенка, регулирования общественных отношений с участием несовершеннолетних детей, в том числе в семейной сфере. Согласно Конвенции "ребенком является каждое человеческое существо до достижения восемнадцатилетнего возраста, если по закону, применимому к данному ребенку, он не достигает совершеннолетия ранее" (ст. 1). Правовой статус ребенка предполагает обладание не только правами и свободами, которые принадлежат каждому человеку, например правом на жизнь, свободу мысли, совести и религии, но и целый ряд особых прав. Это обусловлено тем, что ребенок является развивающейся, формирующейся личностью, например,

ребенку предоставлено право на уровень жизни, необходимый для физического, умственного, духовного, нравственного и социального развития (ст. 27).

14.3.1. Оформление родительских прав

Примером региональной унификации материальных норм, касающихся правового положения детей, рожденных от родителей, не состоящих между собой в браке, может служить Европейская конвенция о правовом статусе внебрачных детей 1975 г. <1>. Конвенция устанавливает ряд принципиально важных положений относительно этой категории несовершеннолетних, что способствует защите их прав и одновременно формированию единых законодательных подходов в странах Совета Европы. Во всех случаях внебрачного рождения установление материнства ребенка основывается исключительно на факте его рождения (ст. 2), в то время как отцовство может быть подтверждено или установлено путем добровольного признания или судебного решения (ст. 3). В случаях, когда отец или мать внебрачного ребенка не имеют родительских прав или опеки (попечительства) над ребенком, такой родитель может приобрести право доступа к ребенку (ст. 8). В отношении наследования имущества своих отца и матери, а также родственников по отцовской и материнской линии внебрачный ребенок обладает такими же правами, что и дети, рожденные в браке (ст. 9). Вступление в законный брак отца и матери внебрачного ребенка имеет своим результатом получение им правового статуса ребенка, рожденного в законном браке (ст. 10).

<1> Россия не участвует в названной Конвенции, а также в Конвенции о контактах, связанных с детьми (ETS N 192), 2003 г., в Конвенции о признании и исполнении решений в области опеки над детьми и восстановления опеки над детьми (ETS N 105) 1980 г.

Семейное законодательство разных государств при определенном сходстве подходов отличается разнообразием материальных и коллизионных норм, регулирующих вопросы оформления родительских прав, установления отцовства и узаконения детей, семейно-правового положения брачных и внебрачных детей.

В соответствии с ГК Франции законное происхождение ребенка может подтверждаться свидетельством о его рождении, выданным при регистрации акта гражданского состояния, а при его отсутствии - благодаря общественному признанию ребенка, основанному на определенных юридических фактах (ст. ст. 311-1, 311-2, 319, 321). Ребенок, родившийся до 180-го дня брака, является законным и считается таковым с момента зачатия, оспаривание отцовства допустимо, как правило, в течение шести месяцев с момента рождения ребенка (ст. ст. 314, 316). Мать вправе оспорить отцовство мужа, но только в целях узаконения, когда она после развода вступает в брак с настоящим отцом ребенка (ст. 318). Французское законодательство не признает отказов от исков, относящихся к происхождению детей, для таких исков устанавливается 30-летний срок давности (ст. ст. 311-7, 311-9). Отцовство внебрачных детей осуществляется путем признания с помощью какого-либо достоверного акта, например в органе, ведущем записи актов гражданского состояния, или в судебном порядке. Правовой принцип **mater semper certa est** <1> не вполне отражен во французском праве, здесь действует положение, позволяющее биологическим матерям рожать анонимно, получая медицинскую помощь до и после родов. Система анонимного рождения находит отражение в ГК Франции, ст. 341-1 которого устанавливает, что "во время родов мать может попросить, чтобы была сохранена тайна их принятия и ее личности".

<1> "Мать всегда достоверно известна" - принцип римского права.

В Иране правовые связи рожденного в браке ребенка с родителями возникают со времени обязательной официальной регистрации факта рождения в органах, регистрирующих акты состояния. Презумпция отцовства мужа матери ребенка действует, если последний родился в период не менее шести и не более десяти месяцев с момента близости. Правовая связь ребенка, родившегося в браке, признанном недействительным, сохраняется только с тем из родителей, который не знал о наличии препятствий к браку. Родитель не имеет прав в отношении ребенка, родившегося в результате прелюбодеяния <1>.

<1> См.: Пелевин М.С. Указ. соч. С. 17 - 18.

В соответствии с ГК Нидерландов признанная в законном порядке семейная связь отца и ребенка имеет место, если ребенок родился от лиц, состоящих в браке между собой, или в течение 307 дней с момента расторжения брака (1:197). Между внебрачным ребенком и его отцом семейная связь

устанавливается, если отец признал свое отцовство до либо после рождения ребенка (1:222). Для признания отцовства в отношении ребенка, не достигшего 16 лет, лицо должно получить предварительное письменное согласие матери этого ребенка и самого ребенка, достигшего возраста 12 лет. Признание отцовства не должно повлечь вред отношениям матери и ребенка или непосредственно интересам ребенка (1:204). Согласно практике Верховного суда Нидерландов при применении этой нормы судья должен уравнивать интересы отца в признании отцовства и противоречащие им интересы матери или ребенка либо интересы и матери, и ребенка. В качестве интересов матери рассматривается наличие нерушимой связи с ребенком <1>. Ребенку предоставляется неограниченное сроком право обращения в окружной суд с просьбой о признании отцовства с целью установления юридической связи с биологическим отцом.

<1> Постановление Верховного суда Нидерландов от 16 февраля 2001 г. // Постановление Европейского суда по правам человека по жалобе N 45582/99 "Леббинк против Нидерландов".

Коллизионные нормы, определяющие выбор применимого права по вопросам оформления правовых связей между родителями и детьми, весьма разнообразны. Например, во Франции происхождение детей регламентируется личным законом матери, действующим на момент рождения ребенка, а если мать не известна - личным законом ребенка (ст. 311-14 ГК Франции). Брак влечет узаконение, если на момент его заключения такое последствие допускается либо законом, регулирующим последствия брака, либо личным законом одного из супругов, либо личным законом ребенка. Узаконение в судебном порядке регламентируется по выбору заявителя либо личным законом последнего, либо личным законом ребенка (ст. 311-16 ГК Франции). Добровольное признание отцовства или материнства действительно, если оно было осуществлено в соответствии с личным законом лица, его сделавшего, либо в соответствии с личным законом ребенка (ст. 311-17 ГК Франции).

По Кодексу Бустаманте способность узаконить ребенка определяется личным законом отца, а способность быть узаконенным - личным законом ребенка, но узаконение требует соблюдения условий, предусмотренных обоими законами (ст. 60). Последствия узаконения и иск о его оспаривании определяются по личному закону ребенка (ст. 62). Установление отцовства, материнства или запрещение таковых, а также форма и обстоятельства признания внебрачного ребенка регулируются местным правом (ст. 63).

В Минской конвенции 1993 г. закреплено, что при установлении происхождения детей, а также оспаривании отцовства и материнства применяется законодательство государства, гражданином которого по своему рождению является ребенок (ст. 31). В Кишиневской конвенции 2002 г. это правило более детализировано: "Установление и оспаривание отцовства или материнства определяется по законодательству Договаривающейся Стороны, гражданином которой является ребенок, при невозможности определения его принадлежности к гражданству - по законодательству Договаривающейся Стороны, гражданином которой ребенок является по рождению" (ст. 34).

В двусторонних международных соглашениях РФ также могут содержаться коллизионные нормы, специально ориентированные на решение соответствующих вопросов. Например, в Договорах о правовой помощи с КНР, Республикой Куба указывается, что дела об установлении и оспаривании отцовства решаются в соответствии с законодательством того государства, гражданином которого является ребенок по рождению. В соответствии с Договорами с Албанией, Латвией, Эстонией, Литвой, КНДР привязка к праву страны гражданства ребенка применяется при разрешении дел об установлении и оспаривании отцовства, а также об установлении рождения ребенка от данного брака.

По российскому законодательству установление и оспаривание отцовства и материнства определяются в соответствии с правом государства, гражданином которого является ребенок по рождению (п. 1 ст. 162 СК РФ). Порядок установления и оспаривания отцовства (материнства) на территории Российской Федерации определяются российским законодательством (п. 2 ст. 162 СК РФ). Дополнительные возможности защиты интересов детей и их родителей, проживающих за пределами России, предоставляются другой нормой п. 2 ст. 162 СК РФ: если в соответствии с законодательством Российской Федерации установление отцовства (материнства) допускается в органах записи актов гражданского состояния, то проживающие за пределами территории РФ родители ребенка, из которых хотя бы один является гражданином РФ, вправе обращаться с заявлениями об установлении отцовства (материнства) в дипломатические представительства или в консульские учреждения РФ.

14.3.2. Правоотношения родителей и детей, иных родственников

В соответствии с внутригосударственным и международным правом ответственность за воспитание

и развитие детей возлагается прежде всего на их родителей, которые должны заботиться о них и защищать их интересы. Законодатель учитывает, что одна из сторон правоотношения - ребенок, который в силу своего возраста зачастую не способен не только самостоятельно осуществлять принадлежащие ему права, но и в полной мере осознавать свои интересы. Во многих странах в той или иной степени сохранился институт родительской власти, модифицированный в соответствии с условиями общественной жизни и международно-правовыми требованиями.

В ФРГ забота о детях расценивается как естественное право и первейшая конституционная обязанность родителей. Правовая категория "родительская забота" исторически восходит к институту отцовской, а в последующем родительской власти и включает в себя заботу о личности ребенка - право и обязанность осуществлять за ним уход, воспитывать его, присматривать за ним и определять место его пребывания, а также о его имуществе. При прекращении или приостановлении родительской заботы родители обязаны передать ребенку соответствующее имущество и по его требованию представить отчет об управлении им (§ 1626, 1631, 1698 ГГУ) <1>. Родители, не состоящие в браке, осуществляют заботу о ребенке совместно при условии, если заявят о желании совместной заботы либо заключат брак между собой. В остальных случаях заботу о ребенке осуществляет мать (§ 1626 "а" ГГУ). Заявление о принятии родительской заботы может быть сделано только лично и официально удостоверяется. Если отцовство ни одного из мужчин не признано, оно подлежит установлению в судебном порядке, при этом отцом предполагается лицо, сожительствовавшее с матерью в период зачатия ребенка (§ 1600 "d" ГГУ).

<1> Имеются иные переводы § 1626 ГГУ, например: "Отец и мать должны иметь право и обязанность осуществлять родительскую власть (**elterliche Sorge**) над ребенком. Родительская власть включает опеку (**Personensorge**) и заботу о собственности (**Vermögenssorge**) ребенка".

Институт родительской власти также известен семейному праву Венгрии, Италии. В законодательстве Великобритании существует понятие "родительская ответственность", которую обычно несут отец и мать, состоящие в браке на момент рождения ребенка, или в случаях внебрачного рождения при определенных обстоятельствах - либо его мать, либо отец. Разграничиваются вопросы воспитания ребенка и вопросы защиты его имущественных интересов. Место жительства ребенка определяется domiciliумом родителя, с которым он проживает. При злоупотреблении родительской властью в отношении ребенка, совершении преступления против него, душевной болезни суд вправе лишить родителей или одного из них родительской власти. Правом осуществления заботы о несовершеннолетних детях наделены и определенные органы: Национальное общество по предотвращению жестокого обращения с детьми, должностные лица органов опеки и попечительства и специально назначенные ими лица, которые вправе обращаться в суды в случае, когда детям причиняется вред здоровью или развитию <1>.

<1> См.: Семейное право Российской Федерации и иностранных государств: основные институты. М., 2004. С. 217 - 219, 226.

В мусульманском праве функции осуществления заботы о детях и их воспитания осуществляются в рамках института опеки, которая является установленным правом ребенка с момента его рождения и даже установления беременности матери. В семейном праве Ирана мать имеет преимущественное право воспитывать сына до двух лет, а дочь - до семи лет, после чего это право переходит к отцу. В случае смерти обоих родителей эта обязанность переходит к родственникам, прежде всего по линии отца, или назначенному судом опекуну. Ребенку не может быть присвоено оскорбительное, неприличное или противное сущности ислама имя, но детям, родившимся в семьях определенных религиозных общин, разрешается давать имена согласно их конфессиональным обычаям. Правом выступать от имени несовершеннолетнего в сделках и осуществлять имущественные права ребенка имеет только отец либо дед по линии отца. При наличии определенных условий мать приобретает это право, получив статус опекуна по решению суда. Обязанность содержания ребенка возлагается на отца, а subsidiarily - на деда или прадеда по отцовской линии. При невозможности получения от них содержания обязанность содержания ложится на мать, а затем - родственников ребенка по прямой восходящей линии в зависимости от близости родства. Родители также вправе получать содержание от детей, внуков и иных родственников по прямой нисходящей линии в зависимости от степени родства. При отсутствии достаточных средств и наличии нескольких родственников, обладающих правом на содержание, обязанность содержания исполняется преимущественно в пользу родственников по нисходящей линии. Согласно положениям ГК Ирана правом на содержание обладает нуждающееся лицо, которое по уважительным причинам не может самостоятельно обеспечивать себя. Обязанности содержания несут только кровные родственники по прямой восходящей и нисходящей линии, которые способны доставлять

содержание без ущерба для собственного материального положения. Если лицом, обязанным предоставлять содержание, является мужчина, состоящий в браке, преимущественным правом содержания пользуется жена, ее иски о содержании имеют преимущество и удовлетворяются в первоочередном порядке <1>.

<1> См.: Пелевин М.С. Указ. соч. С. 17 - 19, 23 - 25.

Семейное законодательство Израиля в решении вопросов алиментирования членов семьи приоритет отдает личному (религиозному) закону, действующему в отношении сторон. Лицо обязано выплачивать алименты своим несовершеннолетним детям и несовершеннолетним детям своего супруга по общему правилу, следуя указаниям личного права, Закон об алиментах 1959 г. дополняет право на получение алиментов (ст. ст. 3, 19). К числу других членов семьи, имеющих право на алименты на основании светского законодательства в порядке приоритета, относятся: его родители и родители супруга; его совершеннолетние дети и их супруги; его внуки; родители его родителей и родители родителей супруга; его братья и сестры, братья и сестры супруга (ст. 4). Право на алименты возникает только при наличии трех условий: 1) алиментобязанное лицо имеет возможность платить алименты после того, как обеспечены его личные потребности, потребности его супруга, несовершеннолетних детей своих и супруга; 2) нуждающийся член семьи, несмотря на предпринимаемые им усилия, не может удовлетворить свои потребности из доходов, имущества, иных источников; 3) нуждающийся член семьи не может получить алименты по личному закону, за счет наследства или от другого члена семьи, который находится ближе к нему <1>.

<1> См.: Гражданское законодательство Израиля. С. 562 - 564, 571.

Современное китайское семейное право термин "алименты" не использует. В основе возникновения обязанности содержания лежит родство определенной линии и степени. Установлены обязанности содержания в первую очередь: 1) родителей в отношении несовершеннолетних и неспособных вести самостоятельную жизнь детей; 2) совершеннолетних детей в отношении нетрудоспособных и нуждающихся родителей; во вторую очередь: 1) трудоспособных бабушек (дедушек) относительно несовершеннолетних внуков, если родители умерли или не способны содержать их; 2) совершеннолетних внуков относительно бабушек (дедушек), если невозможно получать содержание от детей; 3) старших трудоспособных братьев (сестер) в отношении несовершеннолетних, если родители умерли или не способны обеспечивать содержание; 4) трудоспособных младших братьев (сестер), воспитанных старшими, в отношении последних, если те утратили трудоспособность или источник к существованию. Форма и размер содержания определяются членами семьи самостоятельно. При неисполнении или ненадлежащем исполнении обязанности содержания управомоченная сторона вправе требовать принудительного взыскания. Следует отметить, что Китай относится к числу стран, где установлены не только права, но и обязанности детей, например, дети обязаны уважать брачные права родителей и не вмешиваться в жизнь родителей. При отсутствии родителей, невозможности исполнения ими родительских обязанностей ребенок принимается на воспитание трудоспособным дедушкой (бабушкой) по отцовской или материнской линии либо совершеннолетним братом (сестрой) (ст. 28 Закона о браке). Не разрешается проявление какой-либо дискриминации в отношении пасынка (падчерицы) со стороны отчима (мачехи) (ст. 27) <1>.

<1> См.: Косарева И.А. Указ. соч. С. 77, 79 - 81.

В области алиментирования приняты и действуют специальные многосторонние соглашения. В 1956 г. под эгидой ООН была принята и открыта для подписания Конвенция о взыскании за границей алиментов <1>. Цель Конвенции - облегчить любому лицу (истцу), "которое находится на территории какой-либо из Договаривающихся Сторон, взыскание алиментов, которые, по его утверждению, оно имеет право получать от именуемого ниже ответчиком другого лица, находящегося под юрисдикцией другой Договаривающейся Стороны". Эта цель достигается благодаря деятельности соответствующих органов государств - участников Конвенции (ст. 1), положения которой определяют механизм их взаимодействия. Законом, на основании которого разрешаются все вопросы, возникающие в связи с любым иском или делом о взыскании алиментов, Конвенцией признается закон государства ответчика и, в частности, международное частное право этого государства (ст. 6).

<1> Россия не участвует в Конвенции.

Среди иных многосторонних международных договоров, имеющих отношение к алиментированию членов семьи, известность имеют две Гаагские конвенции: Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, 1956 г. <1> и Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г. <1>, последняя из которых имеет приоритетное действие. Правом, регулирующим алиментные обязательства, считается законодательство государства, на территории которого проживает ребенок.

<1> Россия не участвует в этих Конвенциях.

Кодексом Бустаманте понятие обязанности платить алименты, порядок их истребования, способ их выдачи и погашения алиментных прав определяются по личному закону лица, в пользу которого выплачиваются алименты (ст. 67).

Территориальный принцип выбора права, применимого к алиментным обязательствам в отношении несовершеннолетних детей, распространен в зарубежном законодательстве, он действует, например, в Швейцарии, Франции, Австрии, ФРГ, Турции, где закреплены отсылки к праву обычного места жительства ребенка (возникновение права на содержание, круг обязанных лиц). Вопросы алиментирования могут разрешаться также на основе права страны гражданства лица, претендующего на содержание (Польша, Чехия) <1>. В Израиле в отношении алиментирования несовершеннолетних детей также действует закон места проживания ребенка, относительно иных алиментных обязательств, предусмотренных Законом об алиментах 1959 г., применяется закон места проживания лица, обязанного выплачивать алименты (ст. 17) <2>.

<1> См.: Гетьман-Павлова И.В. Указ. соч. С. 353.

<2> См.: Гражданское законодательство Израиля. С. 570.

В Германии коллизионные нормы относительно алиментирования членов семьи содержатся главным образом в ст. 18 Вводного закона к ГГУ, где, помимо общей коллизионной нормы в интересах получателей алиментов, содержатся дополнительные направленные на обеспечение получения содержания. Обязанность предоставлять содержание регулируется правом, которое действует в месте обычного пребывания лица, обладающего правом получать содержание. Если согласно этому праву указанное лицо не может получить содержание от обязанного лица, то применяется право государства, гражданами которого они совместно являются. Если же ни в том ни в другом названных выше случаях правомочное лицо не может получить содержание от обязанного лица, применяется германское право. Германское право также подлежит применению, если как правомочное, так и обязанное лицо являются немцами и обязанное лицо имеет место обычного пребывания в пределах страны.

В Германии правом, подлежащим применению к обязанностям содержания, определяются, в частности: возможность требовать предоставления содержания, его размер и лицо, обязанное его предоставлять; орган, правомочный возбудить производство о предоставлении содержания, и сроки начала производства; размер возмещения, причитающегося с обязанного лица, в случае, когда выполняющее публичные функции учреждение предъявит требование о возмещении своих расходов по платежам, произведенным управомоченному лицу.

При определении правопорядка, применимого к отношениям между родителями и детьми, в российском законодательстве приоритет отдается территориальному принципу. Согласно ст. 163 СК РФ в качестве общей нормы действует правило, в соответствии с которым 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. В целях защиты прав и охраняемых законом интересов ребенка 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.

Статья 164 СК РФ содержит специальные нормы, которые касаются алиментных обязательств совершеннолетних детей и других членов семьи. Алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментные обязательства других членов семьи определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. При отсутствии совместного места жительства алиментные обязательства определяются законодательством государства, гражданином которого является лицо, претендующее на получение алиментов.

Правила, аналогичные закрепленным в ст. ст. 162, 163 СК РФ, содержатся в Минской 1993 г. (ст. 32) <1> и Кишиневской 2002 г. (ст. 35) конвенциях: 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. При отсутствии постоянного совместного места жительства родителей и детей их взаимные права и обязанности определяются законодательством государства, гражданином которого является ребенок. В то же время по требованию истца по алиментным обязательствам применяется законодательство государства, на территории которого постоянно проживает ребенок.

<1> В редакции Протокола к Конвенции от 28 марта 1997 г.

Алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментные обязательства других членов семьи, согласно правилам обеих Конвенций, определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой они имели совместное место жительства. При отсутствии совместного места жительства такие обязательства определяются законодательством стороны, гражданином которой является истец.

Решение процессуальных вопросов согласно положениям Минской 1993 г. и Кишиневской 2002 г. конвенций определяется выбором материального права. Судом, компетентным рассматривать и разрешать дела по спорам между родителями и детьми, является суд государства, законодательство которого подлежит применению в каждом конкретном случае. Исполнение решений суда по делам, связанным с воспитанием детей, производится в порядке, установленном законодательством государства, на территории которого проживает ребенок. Признание и исполнение иностранных судебных решений государств, не являющихся членами СНГ, на территории России осуществляется на основе иных международных соглашений.

Относительно взыскания и перевода алиментных платежей на территории СНГ действуют специальные межправительственные соглашения: Соглашение о гарантиях прав граждан в области выплаты социальных пособий, компенсационных выплат семьям с детьми и алиментов 1994 г. и Соглашение о порядке перевода денежных средств гражданам по социально значимым неторговым платежам 1994 г. В соответствии с соглашениями установление и взыскание алиментов гражданам государств - членов СНГ, а также проживающим на их территории лицам осуществляется в порядке, предусмотренном законодательством государства, на территории которого они проживают. Участники соглашений признают и обеспечивают исполнение судебных решений по алиментным делам. Переводы сумм алиментов отнесены к категории социально значимых неторговых платежей, поэтому обеспечивается свободный перевод и выплата через банки и (или) учреждения почтовой связи денежных средств гражданам. Прием денежных средств от отправителей и их выплата получателям производятся в соответствующих национальных валютах.

Двусторонние договоры о правовой помощи, обязательства по которым взяла на себя Российская Федерация, отличаются различным решением вопросов происхождения детей, взаимоотношений родителей и детей и установлением цепочек выбора применимого права. В отношении алиментных обязательств специальных правил выбора права обычно не устанавливается, он осуществляется в рамках решения более общего вопроса - о праве, применимом к правоотношениям родителей и детей. Зачастую отсутствуют нормы, разграничивающие этот выбор применительно к отношениям, с одной стороны, родителей и несовершеннолетних детей, а с другой - совершеннолетних детей, а также нормы, определяющие право, применимое к отношениям между иными родственниками.

В соответствии со ст. ст. 27, 28/А, 28/В Договора РФ с Венгрией, ст. 25 Договора РФ с Болгарией правовые отношения между родителями и детьми определяются законодательством того из государств-участников, на территории которого они имеют совместное место жительства. При проживании родителей (одного из родителей) и ребенка на территории разных сторон договора правоотношения определяются законодательством той из них, гражданином которой является ребенок. Правоотношения между ребенком, родившимся от лиц, не состоящих в зарегистрированном браке, и его матерью или отцом определяются законодательством стороны договора, гражданином которой является ребенок. Вместе с тем действует и норма-исключение из названных правил: если ребенок является гражданином одной из сторон, а проживает на территории другой стороны и законодательство последней более благоприятно для ребенка, то применяется законодательство этой договаривающейся стороны. В Договорах с Вьетнамом и Кубой при действии основной нормы, привязывающей к праву страны совместного жительства родителей и детей, в случае раздельного проживания родителей (родителя) и ребенка правоотношения между ними определяются законодательством договаривающейся стороны, на территории которой ребенок имеет место жительства (ст. ст. 27, 25).

Согласно Договору с Чехословакией действуют несколько иные правила: правоотношения родителей и детей определяются законодательством той договаривающейся стороны, на территории которой ребенок постоянно проживает, а по делам о взыскании алиментов с совершеннолетних детей

применяется законодательство стороны, на территории которой имеет место жительства лицо, претендующее на получение алиментов (ст. 30).

14.4. Расторжение брака в международном частном праве

14.4.1. Общие положения

Проблема прекращения брака путем развода являлась до последнего времени одной из наиболее трудноразрешаемых в странах с христианской традицией, в силу которой брак является священным, пожизненным и нерасторгаемым союзом. Хотя эта жесткая норма постоянно вступала в конфликт с реалиями жизни, тем не менее развод не допускался в Италии, Испании и некоторых странах Латинской Америки. В тех же правовых системах, где в принципе прекращение брака путем развода было возможно, получить развод оказывалось трудно, поскольку, с одной стороны, сама процедура развода была довольно сложна и дорогостояща, а с другой - развод допускался законом только в строго ограниченных случаях, лишь по основаниям, в нем предусмотренным. При этом развод рассматривался в рамках почти всех правовых систем как санкция за виновное поведение супруга.

Распад семьи стал одной из животрепещущих социальных проблем современного мира. Начиная со второй половины 60-х годов XX столетия практически во всех странах были проведены реформы законодательства о разводе. Основной и наиболее выраженной тенденцией проведенных реформ является отказ от идеи "развод - санкция за виновное поведение супруга" и переход к концепции "развод - констатация неудачи брака". В результате реформ получение развода было в значительной степени либерализовано <1>.

<1> См.: Гражданское и торговое право зарубежных государств / Отв. ред. Е.А. Васильев, А.С. Комаров. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2005. Т. 2. Гл. XXXI: Семейное право. С. 557 (авторы - Е.А. Васильев и Е.В. Вершинина).

Следует отметить, что проблемы, связанные с правовой регламентацией расторжения брака, во все исторические периоды были достаточно сложными. На протяжении веков расторжение брака совершалось в исключительных случаях и лишь по строго определенным основаниям.

Процесс развития законодательства о разводе был долгим и сложным. В частности, в странах, где на государственную политику оказывает большое влияние католическая церковь, например в Италии, Закон о разводе был принят лишь в 1970 г. после общенационального референдума <1>.

<1> См.: Дюжева О.А. Основные направления развития буржуазного семейного права // Методологические и теоретические проблемы юридической науки: Сб. науч. трудов / Под ред. М.Н. Марченко. М., 1986. С. 219.

Законодательство Швеции в области развода является примером достаточно либерального подхода к его процедуре. В Швеции судья обязан дать развод, не требуя при этом доказывания необратимости распада брака.

Законодательные реформы в области развода были осуществлены в 70 - 90-х годах XX в. Итогом этих реформ было принятие законов в Англии - в 1969 г., Италии - в 1970 г., Голландии - в 1971 г., Бельгии - в 1974 г., Франции - в 1975 г., Португалии - в 1978 г., Испании - в 1981 г., Ирландии - в 1996 г.

При этом, как было отмечено ранее, главная тенденция в ходе проведения реформ - это изменение самой концепции развода, отказ от идеи "развод - санкция за виновное поведение", констатация ситуации, когда совместная жизнь становится невозможной, и появление таких концепций, как "развод - лекарство" и "развод - банкротство". Эти концепции с некоторыми особенностями были восприняты большинством стран, в том числе такими, как Италия и Франция, и др.

Реформы 1970 - 1990-х годов изменили подход законодателей большинства стран к институтам семейного права в целом и к разводу в частности <1>.

<1> См.: Вершинина Е.В. Бракоразводные процессы за рубежом // Российский ежегодник международного права. 2008. СПб., 2009. С. 183.

Расторжение брака представляет собой утрату юридической силы брака на основании решения суда или иного компетентного органа по причинам, установленным законом. Материальное право государств устанавливает различные причины расторжения брака, на которые оказывают влияние обычаи, традиции, религия и т.д. <1>.

<1> См.: Бендевский Траян. Международное частное право: Учебник / Пер. с македонского С.Ю. Клейн; отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2005. С. 282.

В праве большинства государств расторжение брака осуществляется на основании причин, установленных в законе. В законодательстве большинства стран, в частности таких, как Франция, Италия, Швейцария, выделяются следующие причины расторжения брака: измена, тяжкие оскорбления, покушение на жизнь, душевная болезнь и др.

При этом некоторые государства предусматривают различные причины развода для мужчин и для женщин. Так, измена со стороны женщины признается основанием для развода во всех государствах, право которых допускает развод, тогда как измена мужчины в некоторых государствах не является основанием для развода <1>.

<1> См.: Там же. С. 282 - 283.

В одних странах допускается развод при отсутствии вины, такого подхода придерживаются Германия и Нидерланды. В Германии отказались от концепции виновного поведения супругов в качестве основания расторжения брака в ходе реформы 1977 г., а в Нидерландах <1> - в соответствии с Законом о разводе от 1 января 1993 г. В других странах одним из оснований для развода является вина, в качестве причин могут рассматриваться измена, тяжкие телесные повреждения, судимость за определенные уголовные преступления, оставление супруга на продолжительное время. В частности, во Франции в соответствии с Законом о разводах от 26 мая 2004 г. одним из оснований расторжения брака является вина.

<1> В соответствии с новым Гражданским кодексом и Законом от 1 января 1993 г. "О разводе" в бракоразводном праве принцип вины утратил значение; разрешен развод по обоюдному согласию супругов по единственному основанию - необратимый распад брака. Объективному критерию было отдано предпочтение по сравнению с субъективным критерием вины ввиду трудности определения того, кто из супругов преимущественно виновен в распаде. См.: Правовая система Нидерландов / Отв. ред. В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова. М., 1998. С. 136.

Исковое заявление о разводе в качестве привилегии для невиновного супруга и наказания супруга, допустившего ошибку в исполнении супружеских обязанностей, превращается в инструмент, который должен поставить точку в формальных отношениях, т.е. в отношениях, когда совместная жизнь уже невозможна. Таким образом, развод рассматривается как логический выход из создавшейся ситуации. Такое отношение к разводу впервые было узаконено в Швейцарии в 1912 г., а с 1975 г. стало применяться во Франции параллельно с концепцией вины, в 1977 г. - в Германии, независимо от вины; в Италии было упразднено понятие вины как основание и разрешен развод, но при условии раздельного проживания супругов в течение пяти лет. В других государствах предусматривается раздельное проживание супругов, которое доказывает факт разрушения отношений между ними и дает им возможность удостовериться в том, что брак сохранить нельзя. Продолжительность раздельного проживания в праве государств, которые его предусматривают, варьируется от одного года до пяти лет <1>.

<1> Бендевский Траян. Указ. соч. С. 285.

Например, в Германии брак может быть расторгнут, если он фактически распался, т.е. супруги больше не ведут совместную жизнь и нет оснований для ее возобновления. Например, непоправимо распавшимся считается брак, если супруги живут раздельно не менее года и подают совместное заявление о расторжении брака, или оно подается одним из них при отсутствии возражений другого супруга, или если супруги проживают раздельно в течение трех лет <1>.

<1> См.: Вершинина Е.В. Бракоразводные процессы за рубежом // Российский ежегодник международного права. 2008. С. 184 - 185. См.: разд. 7 "Расторжение брака", подразд. 1 "Основания для расторжения брака" ГГУ: в § 1564 отмечается, что брак может быть расторгнут только по решению суда на основании заявления одного или обоих супругов. Параграф 1565 предусматривает, что брак может быть расторгнут, если он фактически распался. Брак распался, если брачный союз супругов более не существует и нельзя ожидать, что супруги его восстановят. В соответствии с § 1566 ГГУ неопровержимо презюмируется, что брак распался, если супруги живут раздельно в течение года и оба супруга подают заявление о расторжении брака либо противная сторона согласна с расторжением брака. Неопровержимо

презюмируется, что брак распался, если супруги живут отдельно в течение трех лет. См. подробнее: Гражданское уложение Германии. Вводный закон к Гражданскому уложению / Пер. с нем.; науч. ред. А.Л. Маковский (и др.). М., 2004. С. 383.

В государствах, право которых не допускает развод, признаются решения судов или иных компетентных органов иностранных государств о расторжении брака иностранного гражданина (но не местного) и разрешается разведенным лицам вступать в брак на их территории <1>.

<1> См.: Бендецкий Траян. Указ. соч. С. 283.

Что касается правового регулирования в международном частном праве института развода, то в первую очередь следует назвать Всеобщую декларацию прав человека от 10 декабря 1948 г., в п. 1 ст. 16 которой закреплено, что "мужчины и женщины, достигшие совершеннолетия, имеют право без всяких ограничений по признаку расы, национальности или религии вступать в брак и основывать семью. Они пользуются одинаковыми правами в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и во время его расторжения" <1>.

<1> Действующее международное право: В 3 т. / Сост. Ю.М. Колосов, Э.С. Кривчикова. М., 1997. Т. 2.

В преамбуле Конвенции ООН о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков от 10 декабря 1962 г. провозглашается равноправие мужчины и женщины при вступлении в брак и во время его расторжения.

Тот факт, что в современных государствах преобладает стремление к достижению свободы личности, в том числе в отношении расторжения брака, говорит об иной по сравнению с прошлым ситуации, когда все делалось для того, чтобы сохранить брак <1>.

<1> См.: Бендецкий Траян. Указ. соч. С. 284.

14.4.2. Расторжение брака в России

Согласно российскому законодательству расторжение брака производится либо в судебном порядке, либо в административном в органах ЗАГСа. Какая процедура будет использована, зависит от условий расторжения брака, что имело место в соответствии с ранее действовавшим Кодексом о браке и семье РСФСР 1969 г. и нашло отражение в Семейном кодексе РФ 1996 г. Однако законодатель поменял приоритеты, поставив на первое место административную процедуру развода в органах ЗАГСа. Данный подход законодателя еще раз подчеркивает добровольность, лежащую в основе заключения брака, которая должна присутствовать при реализации права граждан на развод <1>.

<1> См.: Вершинина Е.В. Бракоразводные процессы за рубежом // Российский ежегодник международного права. 2008. С. 184.

Расторжение брака как между супругами - российскими гражданами, так и между российскими гражданами и иностранцами на основании их взаимного согласия и при отсутствии у них общих несовершеннолетних детей осуществляет ЗАГС на территории Российской Федерации и уполномоченное консульское или дипломатическое представительство Российской Федерации за границей.

Брак может быть расторгнут в ЗАГСе на территории Российской Федерации или в дипломатическом или консульском представительстве Российской Федерации за границей по заявлению одного из супругов независимо от того, имеют ли супруги общих несовершеннолетних детей, если второй супруг:

- признан судом безвестно отсутствующим;
- признан судом недееспособным;
- осужден за совершение преступления к лишению свободы на срок свыше трех лет.

В процессе признания решения о расторжении брака компетентный орган иностранного государства исходит из того, соответствует ли данное решение коллизионной норме государства расторжения брака и расторгнут ли этот брак в соответствии с материальным правом государства, к которому отсылает коллизионная норма государства суда <1>.

<1> См.: Бендецкий Траян. Указ. соч. С. 286.

14.4.3. Коллизионно-правовое регулирование расторжения брака в России

Коллизионно-правовые нормы, регулирующие расторжение брака в Российской Федерации, содержатся в следующих нормативных правовых актах.

Прежде всего это Семейный кодекс РФ и его разд. 7 "Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства", состоящий из коллизионных норм. Кроме того, к таким источникам относятся разд. VI "Международное частное право" части третьей ГК РФ и разд. V "Производство по делам с участием иностранных лиц" ГПК РФ <1>.

<1> Семейный кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 1996. N 1. Ст. 16; Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья // СЗ РФ. 2001. N 49. Ст. 4552; Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации // СЗ РФ. 2002. N 46. Ст. 4532.

Некоторые аспекты правового регулирования семейных отношений с участием иностранцев порождены особенностью российской правовой системы, рассматривающей семейное право в качестве самостоятельной отрасли права, нормы которой кодифицированы в отдельном кодексе - Семейном. Поскольку здесь же находятся и коллизионные нормы семейного права, возникает вопрос об их соотношении с коллизионными нормами международного частного права, помещенными в разд. VI ГК РФ. В последнем есть, в частности, ряд правил общего характера, отсутствующих в Семейном кодексе РФ, но необходимых для правильного определения действия коллизионных норм семейного права. Пробелы в регулировании СК РФ восполняются путем применения норм гражданского законодательства в соответствии со ст. 4 СК РФ, допускающей такое применение, поскольку это не противоречит существу семейных отношений. Возможно применение норм гражданского права и по аналогии (ст. 5 СК РФ) <1>.

<1> См.: Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. V - VI.

Следует отметить, что за последние десятилетия произошло существенное обновление коллизионного регулирования семейных отношений в России. Речь идет прежде всего о принятом в 1995 г. Семейном кодексе РФ, а также о международных договорах о правовой помощи с участием России, заключенных после 1991 г. В сравнении с предшествующим регулированием в данной области в СК РФ в отличие от КоБС РСФСР содержатся не только односторонние коллизионные привязки, которые предусматривали применение лишь советского законодательства, но и двусторонние, позволяющие применение иностранного права <1>.

<1> Вершинина Е.В. Расторжение брака в международном частном праве // Журнал международного частного права. 2013. N 3. С. 28.

Принципиально подход к определению подлежащего применению права не претерпел серьезных изменений. Однако не все проблемы устранены. В частности, п. 1 ст. 160 СК РФ содержит одностороннюю коллизионную норму, в соответствии с которой расторжение на территории РФ брака между любыми лицами независимо от наличия или отсутствия у них гражданства какого-либо государства подчиняется российскому праву. Судебный или административный порядок развода, основания для развода, бракоразводная процедура, момент прекращения брака определяются компетентным органом в соответствии с законодательством РФ (ст. ст. 16 - 25 СК РФ). Законодательство иностранного государства к лицам, обратившимся за разводом в РФ, не применяется, если иное не установлено международным договором.

При этом в соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ и ст. 6 СК РФ, если международным договором РФ установлены иные правила, отличные от тех, которые предусмотрены семейным законодательством, применяются правила международного договора: "Так, для рассмотрения дел о расторжении брака согласно ст. 28 Конвенции стран СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам применяется законодательство государства - участника данной Конвенции, гражданами которого являются супруги в момент подачи заявления. Если же один из супругов является гражданином одного государства - участника данной Конвенции, а второй - другого, применяется законодательство государства - участника данной Конвенции, компетентный орган которого рассматривает дело о расторжении брака" <1>.

<1> Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону

"Об опеке и попечительстве" и Федеральному закону "Об актах гражданского состояния" / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2012. С. 376.

На территории России разводы производятся в соответствии с законодательством России, в том числе в случаях, когда оба супруга являются иностранцами (ст. 160 СК РФ). Таким образом, российское законодательство позволяет иностранным гражданам расторгать свои браки на территории РФ на условиях, предусмотренных для граждан России. Поскольку при расторжении брака применяется законодательство России, вопрос о том, будет ли такой развод признан за границей, в соответствующем иностранном государстве, остается открытым <1>.

<1> См.: Канашевский В.А. Международное частное право. М., 2006. С. 536.

При этом необходимо иметь в виду, что расторгнутый на территории РФ брак может быть не признан в иностранном государстве. К примеру, если в судебном порядке на территории РФ был расторгнут брак между совместно проживающими в России гражданами (подданными) Великобритании, где разводу должно предшествовать предварительное раздельное проживание в течение нескольких лет, то такое расторжение брака может быть признано недействительным в Великобритании, поскольку между данным государством и РФ не заключен по этому поводу международный договор и Россия не является участницей Конвенции о признании разводов и решений о раздельном жительстве супругов 1970 г. <1>.

<1> См.: Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону "Об опеке и попечительстве" и Федеральному закону "Об актах гражданского состояния" / Под ред. П.В. Крашенинникова. С. 376.

В принципе, расторжение брака подчиняется либо закону гражданства супругов или супруга (большинство стран континентальной Европы), либо закону места жительства супругов (Англия, США и ряд других стран). Однако применяются и многочисленные и разнообразные дополнительные привязки <1>.

<1> Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. 129.

Институт развода связан с процессуальными вопросами: какой компетентный орган может расторгнуть брак в каждом конкретном случае, какие вопросы разрешаются при расторжении брака.

"В тех случаях, когда налицо основания для расторжения брака в судебном порядке (ст. ст. 21 - 23 СК РФ), гражданин РФ, проживающий за пределами России, имеет право расторгнуть свой брак в суде РФ, независимо от гражданства другого супруга. Основной проблемой, возникающей на практике в подобных ситуациях, является вопрос о выборе территориальной подсудности. Данный вопрос в настоящее время законодательно не решен. Следует согласиться со справедливыми утверждениями, высказанными в литературе, о том, что необходимо включить соответствующую норму о подсудности в гражданско-процессуальное законодательство для того, чтобы возможность рассмотрения иска о расторжении брака для российских граждан, проживающих за пределами РФ, могла быть реализована на практике.

Пример. Так, Вероника Огурцова, находясь в туристической поездке в Испании, заключила в соответствии с законодательством этой страны в религиозной форме брак с гражданином Испании и осталась проживать там. У супругов родился сын. По истечении двух лет Вероника вернулась с ребенком в Российскую Федерацию, решила расторгнуть брак и взыскать алименты на несовершеннолетнего сына. Она обратилась в суд, где ей отказали в приеме искового заявления, ссылаясь на то, что ей следует обратиться по месту регистрации брака.

Суд кассационной инстанции отменил определение суда и обязал принять исковое заявление и рассмотреть спор. Согласно п. 2 ст. 160 СК РФ гражданин РФ, проживающий за пределами территории РФ, вправе расторгнуть брак с проживающим за пределами РФ супругом независимо от его гражданства в суде РФ".

Для подобных случаев возможно установление территориальной подсудности по месту последнего места жительства истца на территории Российской Федерации либо даже по выбору истца <1>.

<1> Матвеева Н.А. Сравнительное брачное право России, Украины и Беларуси: Учеб. пособие. М., 2008. С. 139.

Российские граждане, проживающие за границей, имеют возможность расторгнуть брак с проживающим за границей супругом независимо от его гражданства, во-первых, в российском суде. Суд в этом случае применяет российское семейное законодательство.

Во-вторых, российские граждане, проживающие за границей, могут расторгать браки в дипломатических представительствах и консульских учреждениях России, если речь идет о браке, расторжение которого по российскому законодательству возможно в органах записи актов гражданского состояния. Для принятия консулом заявления о расторжении брака необходимо, чтобы хотя бы один из супругов - российских граждан постоянно проживал за границей. Также требуется соблюдение следующих условий: взаимное согласие супругов на развод и отсутствие несовершеннолетних детей, совместное заявление супругов, поданное в консульское учреждение России по месту жительства супругов или одного из них.

В-третьих, российские граждане, проживающие за границей, могут расторгать браки в компетентных органах иностранных государств. Их решения признаются в России действительными и в тех случаях, когда речь идет о супругах - российских гражданах, или один из супругов имеет российское, а другой - иностранное гражданство, или оба супруга - иностранные граждане <1>.

<1> Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. 133 - 134.

Следует также отметить, что расторжение брака между гражданами Российской Федерации либо между гражданами Российской Федерации и иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также между иностранными гражданами, совершенное за пределами территории Российской Федерации 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 (п. п. 3, 4 ст. 160 СК РФ).

В двусторонних договорах о правовой помощи также используется привязка к законам страны гражданства супругов и к закону суда в зависимости от того, являются ли супруги гражданами одного или разных государств. Например, в Договоре России с Вьетнамом о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам предусмотрено, что по делам о расторжении брака применяется законодательство Договаривающейся Стороны, гражданами которой являются супруги в момент подачи заявления; если один из супругов является гражданином одной, а второй - другой стороны, то применяется законодательство Стороны, в учреждении которой подано заявление. Одновременно с решением коллизионных вопросов договоры разграничивают и компетенцию учреждений, принимающих решение о разводе <1>.

<1> См.: Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев. С. 135.

14.4.4. Коллизионно-правовое регулирование развода за рубежом

Говоря о коллизионных нормах тех стран, где развод допускается, следует отметить, что коллизионные нормы о расторжении брака весьма различны. Коллизионные нормы, регулирующие применение семейного законодательства к отношениям с иностранным элементом, содержатся в различных источниках. Это могут быть кодифицированные акты (например, Россия, Франция, Болгария, Турция), а также законы о международном частном праве (например, Бельгия, Швейцария).

Для большинства государств характерно именно принятие специальных законов о МЧП. Но и при отсутствии специального закона о МЧП кодификация норм семейного права осуществляется обычно вместе с коллизионными нормами гражданского права, как, например, в Германии, где коллизионные нормы содержатся во Вводном законе к ГГУ. Специальные законы о МЧП приняты в Австрии (1978 г.), Венгрии (1979 г.), Швейцарии (1987 г.), Италии (1995 г.), Лихтенштейне (1996 г.), Венесуэле (1998 г.), Грузии (1998 г.), Тунисе (1998 г.), Республике Корея (2001 г.), Эстонии (2002 г.), Бельгии (2004 г.), Украине (2005 г.), Китайской Народной Республике (2010 г.), Польше (2011 г.) и в других странах <1>.

<1> Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. 17 - 18.

Коллизионные нормы в тех странах, где развод допускается, весьма разнообразны.

Следует отметить, что "в вопросах заключения, расторжения и признания недействительными браков между иностранцами не избежать дифференциации коллизионных привязок, поскольку данные

вопросы разнородны по своему содержанию" <1>.

<1> Копылова Е.Ю. Международные коллизионные нормы в сфере трансграничных брачных отношений // Семейное право на рубеже XX - XXI веков: к 20-летию Конвенции ООН о правах ребенка: Материалы Международной научно-практической конференции, г. Казань, Казанский (Приволжский) федеральный университет, 18 декабря 2010 г. / Отв. ред. О.Н. Низамиева. М., 2011. С. 402.

Право некоторых государств, в которых разрешен развод, допускает расторжение брака между лицами, чьи **lex personalis** его не допускают, что оправданно и понятно, так как брак не должен превратиться из связи, основанной на любви и понимании, в цепь, которой оказываются скованы супруги, утратившие взаимопонимание и любовь. К таким странам относятся Российская Федерация, Республика Македония, Франция, Великобритания, Германия, США и др.

В государствах, допускающих расторжение брака, также имеет важное значение, какое право будет применяться для принятия решения по ходатайству о разводе, что обуславливается наличием в праве разных государств различных решений вообще и наличием различных оснований для развода - в частности.

Довольно большое число государств в своем законодательстве предусматривает применение **lex fori** при расторжении брака с иностранным элементом, если лица, брак которых расторгается, являются гражданами разных государств.

Согласно коллизионным решениям, содержащимся в праве некоторых государств, при расторжении брака применяется материальное право государства, в котором лица, состоящие в браке, имели последнее общее место проживания, являясь гражданами разных государств.

Право мусульманских стран признает право мужа отказаться от супруги, что подразумевает домашний развод <1>.

<1> Бендецкий Траян. Указ. соч. С. 283 - 285.

Законодательство европейских государств, как правило, не признает действительность частных разводов внутри страны (развод по сделке, развод "галак" по исламскому праву, репуадиацию (развод по простому указанию мужа)) <1>.

<1> См.: Гетьман-Павлова И.В. Международное частное право: Учебник для бакалавров и специалистов. М., 2013. С. 369.

Некоторые латиноамериканские страны не признают разводов или ограничивают признание иностранных разводов с участием граждан или лиц, domiciliрованных в этих странах. И если такой развод сопровождается последующим браком в иностранном государстве, то он также не признается действительным.

В некоторых случаях ограничения на развод распространяются на иностранцев. Так, в одном из дел чилийский суд не признал брак, заключенный в Нью-Йорке между разведенным американцем и чилийской гражданкой (кстати, ранее не состоявшей в браке), на том основании, что американский гражданин был все еще связан нерасторжимыми брачными узами, хотя развод американского гражданина и был действительным согласно праву Нью-Йорка. Поскольку многие латиноамериканские страны в отношении браков (в том числе в отношении признания иностранных браков) отдают предпочтение **lex fori**, заключенные за рубежом браки не признаются, даже если они соответствуют **lex loci celebrationis**. Например, согласно аргентинскому праву (ст. 14 ГК Аргентины) иностранное право не должно применяться, когда иностранные нормы более благоприятны для признания брака действительным, чем аргентинские. Отсюда, соответственно, следует и то, что брак, который в соответствии с **lex loci celebrationis** является недействительным, но который соответствует требованиям аргентинского права, будет в Аргентине признан действительным. В некоторых случаях суды не признают иностранных решений о разводе <1>. Об этом аспекте речь будет идти далее.

<1> См.: Канашевский В.А. Указ. соч. С. 538.

Разводы граждан Российской Федерации, совершенные за рубежом в соответствии с законодательством иностранного государства, признаются в России без какой-либо регистрации акта расторжения брака в российских учреждениях. В частности, ст. 13 Федерального закона "Об актах гражданского состояния" <1> устанавливает, что документы, выданные компетентными органами иностранных государств в удостоверение актов гражданского состояния, совершенных вне пределов

территории РФ по законам соответствующих иностранных государств в отношении граждан РФ и иностранцев, признаются действительными в России при наличии их легализации <2>.

<1> Федеральный закон от 15 ноября 1997 г. N 143-ФЗ "Об актах гражданского состояния" // СЗ РФ. 1997. N 47. Ст. 5340.

<2> См.: Канашевский В.А. Указ. соч. С. 538.

14.4.5. Международно-правовое регулирование развода

Необходимо отметить, что область брачно-семейных отношений традиционно относится к тем сферам, которые наименее всего поддаются регулированию посредством унифицированных норм материально-правового характера. Это связано с тем, что в этой области, как ни в одной другой, сохраняются исторически сложившиеся обычаи, традиции, нравственные и бытовые нормы, религиозные постулаты - все те социальные нормы, которые отражают специфику отдельной народности, определенной общности людей. Несмотря на это, конвенции и иные международные соглашения в области брачно-семейных отношений все же существуют.

Для России применительно к делам о расторжении брака наиболее важны правила, содержащиеся в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенной в Минске 22 января 1993 г. между государствами - членами СНГ (Минская конвенция), и в ряде двусторонних договоров о правовой помощи.

10 декабря 1994 г. Российская Федерация официально присоединилась к Минской конвенции. Минская конвенция и договоры о правовой помощи разграничивают подсудность по отдельным категориям семейных дел, в частности и по делам о расторжении брака. При этом вопросы подсудности по таким делам решаются одновременно с определением подлежащего применению права <1>.

<1> См.: Гришаев С.П. Семейные правоотношения с участием иностранных граждан // СПС "КонсультантПлюс".

Расторжение брака в соответствии с данной Конвенцией может быть произведено в компетентном органе страны, гражданами которой являются оба супруга, однако, если в момент развода супруги проживают на территории другого государства - участника Минской конвенции, брак может быть расторгнут и на территории этого государства. Если супруги имеют разное гражданство, органом, компетентным произвести расторжение их брака, является орган, находящийся в стране, где они имеют совместное место жительства. Если же они проживают на территории разных государств, расторжение брака может быть произведено в любом из них по выбору супругов.

С некоторыми из стран - участниц Минской конвенции Россия заключила и двусторонние договоры о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, по объему регулирования семейных отношений с иностранным элементом в целом не выходящие за пределы регулирования Минской конвенции.

В отношениях между иностранными государствами действует ряд посвященных регулированию семейных правоотношений с иностранным элементом многосторонних конвенций, затрагивающих развод <1>.

<1> См.: Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. 28 - 31.

В частности, речь идет о Гаагских конвенциях, таких как Конвенция об урегулировании коллизий законов и юрисдикции в области разводов и судебного разлучения супругов 1902 г. и Конвенция о признании разводов и решений о раздельном жительстве супругов от 1 июня 1970 г. Россия не участвует в данных международных Конвенциях.

Для государств континентальной Европы некоторые итоги развития коллизионных норм о разводе подвела Гаагская конвенция для устранения столкновений законов и юрисдикции о разводе и разлучении 1902 г. Эта Конвенция, как явствует из самого ее названия, разрешает коллизионные вопросы не только материального права, но и права процессуального. Компетентной для развода юрисдикцией Конвенция признает в равной мере как национальную юрисдикцию супругов, так и юрисдикцию их местожительства, с тем, что национальная юрисдикция является единственно компетентной постольку, поскольку она сама себя считает таковой. В соответствии со ст. 5 Конвенции просьба о разводе или разлучении может быть принесена: 1) юрисдикции, компетентной согласно национальному закону супругов; 2) компетентной юрисдикции места, где супруги имеют место жительства. Однако национальная юрисдикция остается

неизменной в той мере, в какой эта юрисдикция одна компетентна для просьб о разводе и о разлучении. Супруги могут вчинить иск о разводе, гласит ст. 1 Конвенции, в том только случае, если закон национальный и закон места, где иск вчинен, оба допускают развод. То же относится и к разлучению. Конвенция, как и при разрешении основной коллизии законов о разводе, допускает при коллизии законов об основаниях развода исключительное применение национального закона супругов, когда такое применение предписывает или допускает закон суда. Конвенция затрагивает и вопрос о разводе при разном гражданстве супругов. В силу ст. 8 Конвенции, если супруги не имеют общего гражданства, их национальным законом при применении Конвенции должен считаться последний общий им обоим закон <1>.

<1> См.: Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 2007. С. 148 - 151.

Еще одной конвенцией в области разводов и сепарации является Гагская конвенция о признании разводов и решений о раздельном проживании супругов от 1 июня 1970 г., которая применяется к признанию в одном договариваемся государстве разводов и судебного разлучения, совершенных в другом договариваемся государстве. Гагская конвенция 1970 г. касается, как было отмечено ранее, не коллизий законов, а лишь вопросов признания в договаривающихся государствах развода и разлучения.

Конвенцию ратифицировали Дания, Италия, Швейцария, Португалия, Нидерланды и др.

В данной Конвенции отмечается, что в признании развода или судебного разлучения не может быть отказано по тем мотивам, что закон государства, в котором ставится вопрос о признании, не допускает развода или судебного разлучения, или по тому основанию, что был применен закон иной, чем тот, который был бы применим по правилам международного частного права этого государства (ст. 6 Конвенции). Если оба супруга в момент совершения развода были гражданами только того государства, закон которого не знает развода, то любое договариваемся государство может отказать в таком признании (ст. 7 Конвенции) <1>.

<1> См.: Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. 131.

Попыткой унификации коллизионных норм стала Конвенция по международному частному праву 1928 г. - Кодекс Бустаманте. Кодекс Бустаманте является универсальным унифицированным источником международных коллизионных норм <1>.

<1> См.: Трофимец И.А., Ли С.Ю. Семейное и жилищное право // Юрист. 2010. N 6. С. 22.

В частности, Кодекс Бустаманте устанавливает, что право на разлучение супругов или на развод регулируется законом супружеского домициля, но оно не может быть обосновано причинами, возникшими до приобретения домициля, если личный закон обоих супругов не признает за этими причинами тех же последствий (ст. 52). К этому добавляется: каждое договариваемся государство имеет право подтвердить или признать либо опровергнуть развод или новый брак лиц, разведшихся за границей в случаях, с последствиями и по причинам, которые не допущены их личным правом (ст. 53). Основания же развода и разлучения супругов определяются законом места заявления ходатайства об этом с момента домицилирования супругов в этом месте (ст. 54) <1>.

<1> См.: Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. 130 - 131.

Одним из источников международного семейного права являются международные договоры.

Действующие в России международные договоры, затрагивающие коллизионное семейное право и относящиеся к его источникам, составляют договоры, заключенные еще Советским Союзом, а также заключенные уже Российской Федерацией. Следует отметить, что Россия с прекращением существования СССР продолжает осуществлять права и обязанности, предусмотренные такими договорами.

Специальные нормы, регулирующие семейные отношения, содержатся в двусторонних договорах о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам с Азербайджаном (Москва, 22 декабря 1992 г.), Грузией (Тбилиси, 15 сентября 1995 г.), Молдавией (Москва, 25 февраля 1993 г.), Польшей (Варшава, 16 сентября 1996 г.), Литвой (Вильнюс, 21 июля 1992 г.), Латвией (Рига, 3 февраля 1993 г.), Монгольской Народной Республикой (Улан-Батор, 23 сентября 1988 г.), Республикой Куба (Гавана, 28 ноября 1984 г.) и другими государствами <1>.

<1> См.: Сборник специальных международных договоров Российской Федерации по вопросам правовой помощи и правовых отношений по гражданским, семейным уголовным и иным делам. М., 2006.

Так, например, согласно ст. 28 Договора между Российской Федерацией и Эстонской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Москва, 26 января 1993 г.) <1> по делам о расторжении брака применяется законодательство и компетентны учреждения Договаривающейся Стороны. Если супруги имеют место жительства на территории другой Договаривающейся Стороны, компетентны также учреждения этой Договаривающейся Стороны.

КонсультантПлюс: примечание.

Учебник Б.М. Гонгалло, П.В. Крашенинникова, Л.Ю. Михеевой, О.А. Рузаковой "Семейное право" (под ред. П.В. Крашенинникова) включен в информационный банк согласно публикации - Статут, 2008.

<1> Ратифицирован Российской Федерацией Федеральным законом от 5 августа 1994 г. N 20-ФЗ. Вступил в силу 20 марта 1995 г. См.: СЗ РФ. 1998. N 2. Ст. 229; Гонгалло Б.М., Крашенинников П.В., Михеева Л.Ю., Рузакова О.А. Семейное право: Учебник / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2007. С. 275.

Если на момент подачи заявления о расторжении брака один из супругов является гражданином одной Договаривающейся Стороны, а второй - гражданином другой Договаривающейся Стороны и один из них проживает на территории одной, а второй - на территории другой Договаривающейся Стороны, то компетентны учреждения обеих Договаривающихся Сторон.

При этом оба учреждения применяют законодательство своего государства.

Для семейных отношений с иностранным элементом принципиально важно закрепление в международных договорах положений, создающих международно-правовые гарантии в области основных прав и свобод человека. Следует отметить такие международные акты, как Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., Международный пакт о гражданских и политических правах 1966 г.

Вступление России в Совет Европы и ратификация Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. (Конвенция и Протоколы к ней ратифицированы Россией в 1998 г.) явились значительными событиями для России. В области семейного права принципиальное значение имеет ст. 12 Конвенции о праве мужчин и женщин, достигших брачного возраста, на вступление в брак и ст. 5 Протокола N 7 к Конвенции, содержащая следующее правило: супруги обладают равными правами и равной гражданско-правовой ответственностью в отношениях между собой и своими детьми в том, что касается вступления в брак, во время пребывания в браке и при его расторжении.

Попытки выработки единых решений в области регулирования семейных отношений с участием иностранцев предпринимаются европейскими странами. Пока они увенчались успехом в основном в области процессуального регулирования; можно указать, в частности, что аспекты, относящиеся к юрисдикционной компетенции, признанию и исполнению решений по семейным делам и делам об ответственности родителей, нашли отражение в Регламенте Совета ЕС от 27 ноября 2003 г. 2201/2003 <1>.

<1> См.: Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. VI - VII.

Регламент применяется к делам о разводе, об установлении раздельного проживания супругов, о признании брака недействительным, назначении, осуществлении, передаче, полном или частичном лишении прав в области родительской ответственности. Правила компетенции сформулированы исходя из интересов ребенка, в частности исходя из критерия его обычного проживания. При разводе учитывается совместное место жительства супругов, а также ряд других критериев. Обеспечивается признание решений, вынесенных в одном из государств-участников, в других государствах без специального производства <1>.

<1> См.: Там же. С. 34.

14.4.6. Право, применимое к расторжению брака

При наличии в семейных отношениях иностранного элемента возникает вопрос о том, право какой страны подлежит применению при их регулировании и органы какой страны компетентны принимать

решения по тем или иным вопросам, вытекающим из таких семейных отношений. Все эти вопросы относятся к области международного частного права <1>. Решение этих вопросов производится на основании специальных коллизионных норм, позволяющих определить подлежащее применению право.

<1> См.: Пчелинцева Л.М. Семейное право России: Учебник. 5-е изд., перераб. М., 2008. С. 655.

Коллизионные нормы, определяющие право, подлежащее применению к расторжению брака, направлены на преодоление многочисленных противоречий и несогласованностей в семейном праве отдельных государств, приводящих нередко к ситуациям, когда брак, расторгнутый в одном государстве, продолжает считаться существующим в другом. Это связано прежде всего с тем, что законы о разводах в различных странах имеют очень много особенностей.

Коллизионные нормы иностранных государств по-разному определяют подлежащее применению право. В принципе, расторжение брака подчиняется либо законодательству страны гражданства супругов или супруга (Законы Австрии, Венгрии и вообще большинства стран континентальной Европы), либо законодательству места жительства супругов или мужа (например, Швеция, Швейцария; таково в общем право Англии и США, где основной проблемой считается установление подсудности, которая в конечном счете определяет и подлежащее применению право). Однако применяются многочисленные дополнительные коллизионные привязки <1>. Ниже рассмотрены более подробно подходы законодателей иностранных государств к этому вопросу.

<1> См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. М., 1996. С. 408.

Основными коллизионными привязками являются общий личный закон супругов, закон места расторжения брака, закон суда (например, ст. 41 Закона Македонии о МЧП).

В соответствии со ст. 55 Кодекса МЧП Бельгии супруги имеют ограниченную возможность выбора права, которое будет регулировать расторжение брака или раздельное проживание супругов <1>.

<1> См.: Гетьман-Павлова И.В. Указ. соч. С. 368 - 369.

В положениях Закона Бельгии от 16 июля 2004 г. "О кодексе международного частного права", относящихся к расторжению брака, следует обратить внимание на п. 3 ст. 55, согласно которому подлежащее применению право не применяется, если оно не признает развода. Таким образом, подтверждено право на развод, провозглашенное в Регламенте Совета ЕС N 1347/2000 <1>.

<1> См.: Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. С. 129 - 130.

Украинский законодатель коллизионные вопросы расторжения брака включает в общий статут прекращения брака. Прекращение брака и его правовые последствия определяются правом, регулирующим правовые последствия брака на текущий момент. Правовые последствия брака определяются общим личным законом супругов, при его отсутствии - правом их последнего совместного места жительства (если один из супругов имеет место жительства в этом государстве). При отсутствии совместного места жительства применяется право, с которым супруги наиболее тесно связаны (ст. ст. 60, 63 Закона Украины о МЧП) <1>.

<1> См.: Гетьман-Павлова И.В. Указ. соч. С. 369.

Нормы, связанные с применимым правом в делах о расторжении брака, содержатся также в Семейном кодексе Украины от 10 января 2002 г. В разд. 6 "Применение Семейного кодекса Украины к иностранцам и лицам без гражданства. Применение законов иностранных государств и международных договоров в Украине", в частности в ст. 279 СК Украины, отмечается, что "расторжение брака между гражданином Украины и иностранцем, а также брака иностранцев между собой в Украине производится по закону Украины".

В Республике Беларусь применимое право в делах о расторжении брака определяется в соответствии с разд. 6 "Применение законодательства о браке и семье Республики Беларусь к иностранным гражданам и лицам без гражданства. Применение законодательства о браке и семье иностранных государств и международных договоров" Кодекса о браке и семье Республики Беларусь от 9 июля 1999 г. В частности, в ст. 231 названного Закона предусмотрено следующее правило: расторжение

браков граждан Республики Беларусь с иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также браков иностранных граждан между собой в Республике Беларусь производится в соответствии с законодательством Республики Беларусь.

Англо-американское право исходит из того, что при решении вопроса о разводе необходимо определить подсудность дела. Если вопрос о подсудности решен, то решен и коллизионный вопрос: применяется право страны суда. Вопросы о юрисдикции по бракоразводным делам решаются в основном по признаку domicilia супругов.

При разном гражданстве супругов, а также при расторжении брака между лицами одного гражданства за пределами их отечественного государства развод бывает связан не только с коллизионной проблемой выбора закона, определяющего основания и правовые последствия развода, но и с не менее важной процессуальной проблемой установления подсудности бракоразводного дела. Так, Федеральный закон Швейцарии о МЧП устанавливает следующие положения: "Иски о разводе... рассматриваются: а) швейцарским судом по месту жительства супруга, выступающего в качестве ответчика; б) швейцарским судом по месту жительства супруга, выступающего в качестве истца, если последний имеет швейцарское гражданство или проживает в Швейцарии не менее одного года" (ст. 59); "в случае, когда супруги, один из которых является гражданином Швейцарии, не имеют места жительства в Швейцарии, иски о разводе и об установлении режима раздельного проживания супругов рассматриваются судом по месту происхождения соответствующего супруга, если иск не может быть предъявлен в суд по месту жительства одного из супругов либо если нельзя разумно требовать, чтобы он был предъявлен в такой суд" (ст. 60).

Особенно сложные проблемы возникают в связи с расторжением брака в тех случаях, когда муж и жена имеют разное гражданство, причем отечественный закон одного из супругов не допускает развода.

В ряде стран законодательство специально обговаривает возникновение данной коллизии. Закон Швейцарии о МЧП устанавливает в п. 3 ст. 61 правило о том, что расторжение брака в таких случаях производится по швейцарскому закону, если один из супругов имеет, помимо иностранного, еще и швейцарское гражданство либо проживает в Швейцарии не менее двух лет.

Указ Президиума Венгерской Народной Республики 1979 г. по этому поводу гласит: "Иностранный закон, применяемый к расторжению брака, следует применять со следующими расхождениями: а) брак может быть расторгнут и в том случае, если иностранный закон исключает возможность расторжения брака или если условия расторжения согласно иностранному закону отсутствуют, но они имеются налицо согласно венгерскому закону" (§ 41).

В России расторжение брака супругов с иностранным элементом требует соблюдения определенных правил российского и зарубежного законодательства. Российское семейное право нормы о расторжении брака между супругами, имеющими разное гражданство, содержит в ст. 160 СК РФ. Специальные правила о расторжении брака содержатся в договорах о правовой помощи, заключенных с различными странами.

В большинстве европейских стран существует наряду с институтом развода институт сепарации, который часто предшествует разводу. Раздельное проживание не прекращает брака, но прекращает обязательство жить вместе и влечет за собой раздел имущества.

Раздельное проживание супругов регулируется их общим личным законом, а в случае его отсутствия - правом страны совместного места жительства. Согласно, например, ст. 31 Закона Италии о МЧП, если применимо иностранное право не содержит норм, предусматривающих раздельное проживание супругов, применяется право страны суда.

Развод представляет собой такой правовой институт, который служит источником, пожалуй, наиболее многочисленных случаев коллизии резко расходящихся по своему содержанию законов разных стран.

Так, в Германии согласно абз. 1 ст. 17 Вводного закона к ГГУ расторжение брака регулируется правом, которое определяет общие последствия брака в момент возбуждения бракоразводного процесса. Фактически статут развода (расторжения брака) следует статуту общих последствий брака (ст. 14 Вводного закона к ГГУ).

Субсидиарно применяется немецкое право, если один из добивающихся развода супругов является немцем и брак не может быть расторгнут в соответствии с иностранным правом. Согласно господствующим доктринальным взглядам условие, касающееся неприменения иностранного права, остается выполненным, если предусмотренные в этом праве сроки ожидания развода продолжительнее, чем те, что предусмотрены немецким правом.

Для применения немецкого права достаточно также несоблюдения сроков расторжения браков по праву, служащему первичной привязкой. Абзац 2 ст. 17 Вводного закона к ГГУ гласит, что частные разводы внутри страны (разводы по сделке, особенно так называемые разводы талак по исламскому праву) считаются недействительными <1>.

<1> См. подробнее: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 88.

Во Франции ст. 309 Гражданского кодекса постановляет, что развод и раздельное проживание супругов регулируются французским законом в трех следующих случаях: когда один и другой супруги имеют французское гражданство; когда оба супруга проживают на французской территории; когда не выявляется никакого иностранного закона, тогда как французские суды уполномочены быть компетентными по разводам или раздельному проживанию <1>.

<1> Droit de la famille / Sous la direction de Jacqueline Rubellin-Devichi. Dalloz, 1999.

В Болгарии в настоящее время действует Кодекс МЧП от 17 мая 2005 г. (с изменениями от 20 июля 2007 г.), в отношении применимого права при разводе действует следующее правило (ст. 82):

(1) развод между супругами с одним иностранным гражданством регулируется правом государства, чьими гражданами они являются при подаче заявления о разводе;

(2) развод между супругами с разным гражданством регулируется правом государства их общего обычного местопребывания в момент подачи заявления о разводе. Если у супругов нет общего обычного местопребывания, то применяется болгарское право;

(3) если применимое иностранное право не допускает развод и в момент подачи заявления о разводе один из супругов является болгарским гражданином или имеет обычное местопребывание в Республике Болгарии, применяется болгарское право <1>.

<1> Журнал международного частного права. 2009. N 1. С. 64.

Турецкий кодекс 2007 г. о международном частном праве и международном гражданском процессе (Закон N 5718, принят 27 ноября 2007 г.) следующим образом определяет применимое право в делах о разводе и разлучении. В соответствии со ст. 14:

(1) основания и последствия расторжения брака и разлучения регулируются законом общего гражданства сторон. Если стороны имеют различное гражданство, то подлежит применению закон места совместного постоянного проживания, а если таковое отсутствует - турецкое право;

(2) положение, изложенное в п. 1, применяется в отношении требования о выплате алиментов между разведенными супругами. Это положение также применяется в отношении разлучения супругов и в случаях признания брака недействительным <1>.

<1> См.: Журнал международного частного права. 2009. N 3. С. 60 - 61.

Интересен подход законодателя Китайской Народной Республики к применению права к гражданским отношениям с иностранным элементом. В частности, в Законе о применении права к гражданским отношениям с иностранным участием в Китайской Народной Республике от 28 октября 2010 г. в гл. 3 "Брак и семья" есть ст. 26, согласно которой "при расторжении брака по соглашению сторон стороны могут договориться о выборе в качестве применимого права страны постоянного места жительства или права страны гражданства одной из сторон. Если стороны не выберут применимое право, то подлежит применению право страны совместного постоянного места жительства; если совместное постоянное место жительства отсутствует, то подлежит применению право страны общего гражданства; если общего гражданства не имеется, то применению подлежит право той страны, где расположено учреждение, в которое обратились супруги с заявлением о расторжении брака". В ст. 27 названного Закона особо отмечается, что "право страны местонахождения суда подлежит применению к процессу о расторжении брака" <1>.

<1> Закон о применении права к гражданским отношениям с иностранным участием в Китайской Народной Республике (принят на 17-й сессии 11-го Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей 28 октября 2010 г.) // Журнал международного частного права. 2012. N 1. С. 83.

В Польше вопрос права, применимого к расторжению брака и раздельному жительству, урегулирован в Законе от 4 февраля 2011 г. "Международное частное право" в разд. 11 "Супружеские отношения". В частности, в соответствии со ст. 54 Закона установлен следующий порядок.

1. К расторжению брака применяется общий национальный закон супругов на момент предъявления требования о расторжении брака.

2. Если отсутствует общий национальный закон супругов, то применяется право государства, в котором оба супруга имеют в момент предъявления требования о расторжении брака место жительства, а если супруги не имеют общего места жительства - право государства, в котором оба супруга имели в последнее время место общего обычного пребывания, если один из них по-прежнему имеет там место обычного пребывания.

3. Если отсутствуют обстоятельства, позволяющие определить применимое право в соответствии с положениями п. п. 1 - 2, к расторжению брака применяется польское право.

4. Положения п. п. 1 - 3 применяются, соответственно, к раздельному жительству супругов <1>.

<1> Журнал международного частного права. 2012. N 2. С. 65 - 66.

В Бельгии вопрос права, применимого к расторжению брака и раздельному проживанию, урегулирован в Законе от 16 июля 2004 г. "О кодексе международного частного права", в гл. 3 "Брак и семейные дела", ч. 5 "Расторжение брака и раздельное проживание. Право, применимое к расторжению брака и раздельному проживанию супругов".

В ст. 55 Закона предусмотрены следующие положения:

Параграф 1. Расторжение брака и раздельное проживание супругов регулируются:

1) правом государства, на территории которого оба супруга постоянно проживали на момент подачи иска;

2) при отсутствии постоянного места жительства на территории одного государства - правом государства, на территории которого супруги имели последнее совместное постоянное место проживания, если один из супругов постоянно проживает на территории этого государства на момент подачи иска;

3) при отсутствии постоянного места жительства одного из супругов на территории государства, где находилось последнее совместное постоянное место проживания, - правом государства, гражданами которого являлись оба супруга на момент подачи иска;

4) в прочих случаях - правом Бельгии.

Параграф 2. Супруги вправе, однако, выбрать право, которое будет регулировать расторжение брака или раздельное проживание супругов.

Они могут выбрать одно право из двух:

1) право государства, гражданами которого являлись оба супруга на момент подачи иска;

2) право Бельгии.

Выбор права должен быть явно выражен при их первом появлении в суде.

Параграф 3. Применение права, выбранного в соответствии с параграфом 1, исключается в том случае, если это право не знает института расторжения брака. В этом случае применяется право, определенное в соответствии с дополнительными критериями, перечисленными в параграфе 1.

В соответствии со ст. 56 Закона право, применимое к расторжению брака и раздельному проживанию супругов, определяет, в частности:

1) допустимость раздельного проживания супругов;

2) причины и условия расторжения брака или раздельного проживания супругов или, в случае подачи совместного заявления, условия согласия, а также способа выражения такового;

3) обязательство супругов заключить соглашение о мерах, касающихся личности, алиментов, имущества супругов, и в отношении детей, за которых они несут ответственность;

4) расторжение брачной связи или, в случае раздельного проживания супругов, степень ее ослабления.

В законодательстве Бельгии рассмотрен особый случай расторжения брака за рубежом по воле мужа.

В соответствии со ст. 57:

Параграф 1. Иностраный акт, свидетельствующий о желании лица расторгнуть брак, не может быть признан в Бельгии в том случае, если жена не имеет такого же права.

Параграф 2. Однако такой акт может быть признан в Бельгии, если будет установлено, что приведенные ниже условия были соблюдены в совокупности:

1) этот акт был утвержден в суде государства, где он был выдан;

2) ни один из супругов на момент утверждения расторжения брака не являлся гражданином страны, не признающей такой способ расторжения брака;

3) ни один из супругов на момент утверждения расторжения брака не имел постоянного места жительства на территории страны, не признающей такой способ расторжения брака;

4) жена дала согласие на расторжение брака безо всякого принуждения;

5) ни одна из причин для отказа, указанных в ст. 25, не препятствует признанию <1>.

<1> Журнал международного частного права. 2008. N 2. С. 55 - 56.

В Македонии до принятия Закона о МЧП не существовало запрета на развод, но брак расторгался только после того, как были исчерпаны все возможности для его сохранения. Закон о МЧП в своей основе признает право лиц, состоящих в браке, самим решать судьбу своих брачных отношений. В соответствии с общим отношением к разводу, принятым в Законе о МЧП, допускается применение македонского права при расторжении брака, связанного с Македонией, если представляется весьма сложным или невозможным расторжение брака с применением личного права лиц, состоящих в браке. Так, согласно п. 1 ст. 35 в отношении расторжения брака применяется право государств, гражданами которых являются супруги во время подачи ходатайства о расторжении брака. Если супруги являются гражданами разных государств, то в отношении расторжения брака кумулятивно применяется право обоих государств (п. 2 ст. 35).

Если брак не может быть расторгнут в соответствии с правом, утвержденным п. 2, то в отношении расторжения применяется право Республики Македонии, если один из супругов во время подачи ходатайства проживал в Республике Македонии (п. 3 ст. 35).

Если один из супругов является гражданином Македонии, а брак не может быть расторгнут в соответствии с правом, утвержденным в п. 2 ст. 35, в отношении расторжения брака применяется право Республики Македонии независимо от того, что лица, состоящие в браке, не проживают в Республике Македонии (п. 4 ст. 35).

В большинстве государств, включая Республику Македонию, развод осуществляется решением компетентного суда <1>.

<1> См.: Бендевский Траян. Указ. соч. С. 284 - 285.

Французский законодатель по вопросу применимого права в деле о расторжении брака в ст. 309 ГК Франции (с изменениями, внесенными Ордонансом от 4 июля 2005 г. 2005-759) указывает следующее: "расторжение брака и установление режима раздельного проживания супругов регулируются французским законом:

- когда оба супруга являются французскими гражданами;
- когда местожительство как одного, так и другого супруга находится на территории Франции;
- когда ни один из иностранных законов не подлежит применению, в то время как дело о расторжении брака или об установлении режима раздельного проживания супругов подсудно французским судам" <1>.

<1> Гражданский кодекс Франции (Кодекс Наполеона) / Пер. с фр.; предисл., коммент., примеч. В.Н. Захватаева. М.; Берлин, 2012. С. 104.

Следует отметить, что абз. 2 ст. 309 ГК Франции призван урегулировать главным образом практические трудности, которые могут возникнуть у супругов, являющихся иностранными гражданами, проживающих во Франции, но не имеет целью разрешение коллизии закона <1>.

<1> См.: Французский гражданский кодекс: Учеб.-практ. комментарий. М., 2008. С. 145.

Интересен голландский подход в области семейного права, и в частности к выбору права в делах о расторжении брака. Законодательные нормы о разводе по международному праву (Закон о разводе в международном праве) основываются на **favor divortii**, т.е. на представлении, что правила выбора права должны отражать либеральную позицию в отношении развода, превалирующую в голландском материальном праве. Однако в Законе установлены нейтральные коллизионные нормы для развода, раздельного проживания супругов и других форм расторжения браков. Первый параграф ст. 1 перечисляет три традиционные альтернативы выбора права: право общего гражданства сторон, в случае различного гражданства - право обычного проживания сторон, при отсутствии общего гражданства и общего обычного проживания - **lex fori** (закон места судебного разбирательства дела). Основная норма Закона о разводе содержится в ст. 1(4), согласно которой любой стороне предоставляется право выбора голландского права в качестве регулирующего все аспекты иска о разводе <1>.

<1> См.: Правовая система Нидерландов / Отв. ред. В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова. С. 306 - 307.

14.4.7. Признание судебных решений о расторжении брака

Решения иностранных судов, в том числе решения об утверждении мировых соглашений, признаются и исполняются в Российской Федерации, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации (ч. 1 ст. 409 ГПК РФ). Следует отметить, что некоторые судебные решения требуют лишь признания (например, решение суда о расторжении брака), другие - также совершения исполнительных действий (например, решения по искам о присуждении) <1>.

<1> См.: Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. П.В. Крашенинникова. С. 546.

Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства сопряжено с крайне сложной проблемой исполнения решения компетентного органа.

Глава 45 ГПК РФ устанавливает правила признания и исполнения решений иностранных судов, что важно при регулировании расторжения брака и признания его недействительным. Порядок исполнения в Российской Федерации решений иностранных судов и арбитражей устанавливается соответствующими международными договорами и Федеральным законом от 2 октября 2007 г. N 229-ФЗ "Об исполнительном производстве" <1>.

<1> См.: Гришаев Г.П. Семейные правоотношения с участием иностранных граждан // СПС "КонсультантПлюс".

К тому же, согласно ст. 415 ГПК РФ, в Российской Федерации признаются не требующие вследствие своего содержания дальнейшего производства решения иностранных судов:

- о расторжении брака 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 <1>.

<1> См.: Гонгало Б.М., Крашенинников П.В., Михеева Л.Ю., Рузакова О.А. Семейное право: Учебник / Под ред. П.В. Крашенинникова. С. 274.

Признание решений иностранных судов, предусмотренных абз. 3 и 4 ст. 415 ГПК РФ, конкретизируется нормами СК РФ. Согласно п. 3 ст. 160 СК РФ расторжение брака между гражданами РФ либо между гражданами РФ и иностранными гражданами или лицами без гражданства, совершенное за пределами территории РФ 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.

К другим категориям дел, предусмотренных федеральными законами (абз. 5 ст. 415 ГПК РФ), относятся, например, дела о расторжении брака между иностранными гражданами. В соответствии с п. 4 ст. 160 СК РФ расторжение брака между иностранными гражданами, совершенное за пределами территории РФ 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 <1>.

<1> См.: Постатейный комментарий к Гражданскому процессуальному кодексу Российской Федерации / Под ред. П.В. Крашенинникова. С. 554.

Признание в России иностранных решений о расторжении брака п. 3 ст. 160 СК РФ связывает с необходимостью соблюдения органом, вынесшим решение, законодательства государства своей страны о компетенции и подлежащем применению праве. При невыполнении этого условия решение может оказаться в России непризнанным.

Существенным, согласно ст. 160 СК РФ, является факт вынесения решения компетентным органом. Если, например, расторжение брака отнесено законодательством страны места расторжения брака к ведению судов, компетентным надо считать суд, а не какой-либо другой орган. Соблюдение законодательства страны места вынесения решения о компетенции вынесших решение органов означает также, что выполнены требования законодательства о пределах компетенции судов данного государства по рассмотрению дел о расторжении брака (международная подсудность) <1>.

<1> См.: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. С. 406.

Различия в регулировании международной подсудности в законах разных государств, связанные с применением разных критериев при определении подсудности, порождают так называемые конфликты юрисдикции. Проблема может быть снята путем согласования государствами единых норм о разграничении подсудности в международных договорах.

Для России применительно к делам о расторжении брака наиболее важны правила, содержащиеся в Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. и в ряде двусторонних договоров о правовой помощи. Например, договоры России с Латвией, Литвой и Эстонией и Минская конвенция (ст. 20) включают общие положения, в соответствии с которыми при отсутствии в договоре специального регулирования иски предъявляются в стране, где имеет место жительства ответчик. Минская конвенция и договоры о правовой помощи разграничивают подсудность по отдельным категориям семейных дел, в частности по делам о расторжении брака, и признают компетентными суды того государства, гражданами которого являются супруги в момент подачи заявления; если оба супруга живут в другом государстве, допускается рассмотрение дела в судах этого государства. При разном гражданстве супругов и проживании их в разных государствах компетентными считаются суды обоих государств.

Российское законодательство, определяя международную подсудность по делам о расторжении брака, устанавливает, что такие дела рассматриваются по месту жительства ответчика. При этом гражданство участников спора не принимается во внимание. Это выражено в ч. 2 ст. 402 ГПК РФ <1>.

<1> См.: Марышева Н.И. Вопросы международной подсудности дел о расторжении брака // Журнал российского права. 2007. N 7.

Следует отметить, что Минская конвенция включает в себя не только коллизионные нормы, позволяющие определить, законодательство какой страны подлежит применению, но и нормы, регулирующие взаимное признание и исполнение судебных решений и решений, вынесенных по семейным делам иными компетентными органами.

В Российской Федерации признаются такие иностранные решения, которые приняты с соблюдением законодательства государства места вынесения решения о подлежащем применению праве, т.е. с соблюдением коллизионных норм семейного права данного государства. Поэтому при решении вопроса о признании в России решения иностранного суда о расторжении брака, например, двух российских граждан важно установить, что коллизионная норма государства, суд которого вынес решение, соблюдена. Если эта коллизионная норма отсылает к законодательству страны гражданства супругов, следует убедиться, что при расторжении брака было применено российское законодательство. Национальное российское законодательство не связывает признание иностранных решений о расторжении брака с местом проживания супругов.

Тем самым Российская Федерация признает за иностранным решением такую же юридическую силу, как и за решением российских судов или органов ЗАГС. Решение компетентного иностранного органа о расторжении брака дает, таким образом, веские основания считать супругов разведенными. Теперь лицо, брак которого расторгнут решением иностранного компетентного органа, может, ссылаясь на это решение, подлежать признанию, вступить в Российской Федерации в новый брак.

На практике возможны случаи, когда против признания решения компетентного иностранного органа о расторжении брака возражает второй супруг или другое заинтересованное лицо. Тогда вопрос о признании на территории РФ иностранного решения о расторжении брака рассматривается по заявлению названного лица судом.

Украина и Беларусь в вопросах признания расторжения брака, совершенного за границей своими гражданами, занимают иную, чем Россия, позицию. Так, п. 2 ст. 280 СК Украины расторжение брака между гражданами Украины, совершенное вне пределов Украины компетентным органом по закону соответствующего государства, является действительным в Украине, если оба супруга в момент расторжения брака проживали вне пределов Украины. Аналогично ч. 3 ст. 231 КоБС Беларуси возможность признания расторжения подобного брака ставится в зависимость от проживания разводящихся супругов за пределами Беларуси.

Что же касается положений семейного законодательства России, Украины и Беларуси о расторжении брака с участием иностранного элемента, то здесь идентично решаются вопросы о праве, применяемом к расторжению браков на территории каждого из государств. В свою очередь, вопросы признания расторжения браков, прекращенных за границей, в России, Украине и Беларуси с участием граждан этих государств зависят от наличия законодательно установленной компетенции органов,

имеющих право расторгать браки, а также, в Украине и Беларуси, - от проживания одного или обоих супругов - граждан государств за пределами соответственно Украины и Республики Беларусь <1>.

<1> См.: Матвеева Н.А. Указ. соч. С. 141 - 144.

В частности, в ст. 280 "Признание расторжения брака, совершенного вне пределов Украины" СК Украины предусмотрено следующее.

1. Расторжение брака между гражданином Украины и иностранцем, совершенное вне пределов Украины по закону соответствующего государства, является действительным в Украине, если в момент расторжения брака хотя бы один из супругов проживал вне пределов Украины.

2. Расторжение брака между гражданами Украины, совершенное вне пределов Украины по закону соответствующего государства, является действительным в Украине, если оба из супругов в момент расторжения брака проживали вне пределов Украины.

3. Расторжение брака между иностранцами, совершенное вне пределов Украины по закону соответствующего государства, является действительным в Украине.

4. Гражданин Украины, проживающий вне пределов Украины, вправе обратиться с иском о расторжении брака в Суд Украины, если другой из супругов, независимо от его гражданства, проживает вне пределов Украины.

Следует отметить, что регистрация расторжения брака регулируется также ст. 5 Правил регистрации актов гражданского состояния в Украине от 18 ноября 2003 г.

В Республике Беларусь в ст. 231 КоБС "Расторжение браков граждан Республики Беларусь с иностранными гражданами или лицами без гражданства и браков иностранных граждан между собой в Республике Беларусь". Признание расторжения браков, заключенных вне пределов Республики Беларусь", в частности, предусмотрено следующее правило: расторжение браков граждан Республики Беларусь с иностранными гражданами или лицами без гражданства, а также браков иностранных граждан между собой в Республике Беларусь производится в соответствии с законодательством Республики Беларусь.

Расторжение браков между гражданами Республики Беларусь и иностранными гражданами или лицами без гражданства, совершенное вне пределов Республики Беларусь с соблюдением законодательства соответствующих государств, признается действительным в Республике Беларусь, если в момент расторжения брака один из супругов проживал за пределами Республики Беларусь.

Расторжение браков между гражданами Республики Беларусь, совершенное вне пределов Республики Беларусь с соблюдением законодательства соответствующих государств, признается действительным в Республике Беларусь, если оба супруга в момент расторжения брака проживали вне пределов Республики Беларусь.

Расторжение браков между иностранными гражданами, совершенное вне пределов Республики Беларусь с соблюдением законодательства соответствующих государств, признается действительным в Республике Беларусь.

Дела о расторжении брака постоянно проживающих за границей граждан Республики Беларусь с постоянно проживающими за пределами Республики Беларусь супругами независимо от гражданства последних могут рассматриваться судами Республики Беларусь по поручению Верховного суда Республики Беларусь.

В п. 20 Положения о порядке регистрации актов гражданского состояния в Республике Беларусь от 7 июня 2000 г. N 821 отмечается следующее: лица, состоявшие ранее в зарегистрированном браке, могут зарегистрировать новый брак только по представлении документов, подтверждающих прекращение прежнего брака, - решения суда о расторжении брака, решения суда об объявлении гражданина (супруга) умершим, решения суда о признании брака недействительным, свидетельства о расторжении брака, свидетельства о смерти супруга <1>.

<1> Матвеева Н.А. Сравнительное брачное право России, Украины и Беларуси. М., 2008. С. 209 - 211.

В Нидерландах иностранные судебные решения считаются **res iudicata** в соответствии с конвенцией или национальной правовой нормой, предусматривающей признание и (или) исполнение. Решения, создающие или изменяющие личный статус (например, о разводе), не требуют исполнения <1>.

<1> См.: Правовая система Нидерландов / Отв. ред. В.В. Бойцова, Л.В. Бойцова. С. 313.

В 1981 г. в Нидерландах вступил в силу Закон "О разводе" по международному праву. Закон устанавливает выбор законодательства о разводе и признание иностранных разводов, в том числе

развода, даваемого мужем жене. Нидерланды являются участницей Конвенции о признании развода (Люксембург, 1967 г.) и Конвенции о признании развода и сепарации (Гаага, 1970 г.) <1>.

<1> См.: Там же. С. 295 - 296.

Интересным представляется подход к признанию решения о расторжении брака в Нидерландах. Так, в частности: "Расторжение брака или разлучение... признается в Нидерландах, если оно было объявлено судом или иным органом, имеющим юрисдикцию... Расторжение брака или разлучение... признается в Нидерландах, если является очевидным, что другая сторона в иностранном разбирательстве прямо выраженным или подразумеваемым образом... согласилась с расторжением или разлучением" (Закон Нидерландов, содержащий коллизионное регулирование в отношении расторжения брака и разлучения и признания таковых в связи с ратификацией Люксембургского и Гаагского договоров о признании решений, касающихся брачных уз, и признании разводов и разлучений соответственно, 1981 г.) <1>.

<1> См.: Гетьман-Павлова И.В. Указ. соч. С. 370 - 371.

Признание судебных решений о расторжении брака предусматривает ряд международных договоров РФ о правовой помощи и правовых отношениях. Некоторые из этих договоров, в частности договоры с Румынией (ст. 25), Монголией (ст. 44), Республикой Вьетнам (ст. 41), а также Минская конвенция 1993 г. (ст. 52) предусматривают признание решений о расторжении брака без дальнейшего производства, если отсутствуют установленные договором основания для отказа в признании <1>.

<1> См. подробнее: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. С. 409; Постатейный комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации, Федеральному закону "Об опеке и попечительстве" и Федеральному закону "Об актах гражданского состояния" / Под ред. П.В. Крашенинникова. С. 381.

Во многих договорах о правовой помощи, заключенных с другими странами, имеются общие правила о признании судебных решений. Это означает, что признаются и решения по делам о расторжении брака. При этом если расторжение брака произведено иностранным судом, то, по-видимому, государственной регистрации развода не требуется в порядке, установленном для государственной регистрации актов гражданского состояния. Лицо, брак которого расторгнут решением иностранного суда, может, ссылаясь на это решение, подлежащее признанию, вступить в России в новый брак <1>.

<1> См.: Ермолаева Т.А. Указ. соч. С. 400.

Брак считается прекратившимся со дня вступления иностранного решения в законную силу. Следует согласиться с мнением профессора Н.И. Марышевой, считающей, что день вступления иностранного решения в законную силу должен определяться в соответствии с законодательством государства, суд (или иной орган) которого вынес решение. Вопрос имеет практическое значение, так как законодательство иностранных государств устанавливает течение срока, которым связывается вступление судебного решения в силу, как правило, начиная со дня вручения отсутствующей стороне копии решения суда, а не со дня вынесения решения, как в России <1>.

<1> Также см. подробнее: Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерации / Отв. ред. И.М. Кузнецова. С. 408.

Отметим, что в странах Европейского союза, согласно Регламенту N 1347/2000 (вступившему в силу 1 марта 2001 г.) о подсудности, признании и исполнении решений по семейным делам, вынесенных в одном из государств ЕС, решения о расторжении брака, о раздельном проживании супругов без расторжения брака, об объявлении брака недействительным в отношении супругов, имеющих место жительства в одной из стран ЕС или гражданство одной из стран ЕС, признаются в других государствах - членах ЕС <1>.

<1> См.: Гришаев С.П. Семейные правоотношения с участием иностранных граждан // СПС "КонсультантПлюс".

Аналогичный подход предусмотрен также в пришедшем ему на смену в рамках ЕС Регламенте от 27 ноября 2003 г. N 2201/2003 о компетенции, признании и исполнении решений по семейным делам и о

производстве, касающемся ответственности родителей, вступившем в силу 1 января 2005 г.

В заключение следует отметить, что число многонациональных браков и семей постоянно растет, что порождает определенные проблемы. Так, отсутствие единообразия в содержании понятия материальных условий заключения брака, а также оснований для расторжения брака порождает в последующем "хромяющие браки", а впоследствии - "хромяющие разводы".

В связи с тем что регулирование семейных отношений в разных странах различается весьма существенно (брачный возраст, предмет брачного договора, условия заключения брака, основания расторжения брака), успехи на пути материально-правовой унификации соответствующих норм весьма незначительны.

Следует согласиться с мнением Х. Шака, что унификация материального права о расторжении брака сейчас и еще долгое время остается иллюзорной и является также нежелательной, если принять во внимание все многообразные религиозные и культурные аспекты брака, которые нельзя свести к наименьшему общему знаменателю.

Поэтому единственной возможностью здесь, что было предусмотрено еще в Брюссельской конвенции от 27 сентября 1968 г. о юрисдикции судов и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам, является унификация процессуального права. Той же цели служит и вступивший в силу 1 марта 2001 г. Регламент ЕС от 29 мая 2000 г. 1347/2000 о юрисдикции, признании и исполнении решений по брачно-семейным делам <1>, а также пришедший ему на смену в рамках ЕС Регламент от 27 ноября 2003 г. 2201/2003 о компетенции, признании и исполнении решений по семейным делам и о производстве, касающемся ответственности родителей, вступивший в силу 1 января 2005 г.

<1> Шак Х. Новеллы гражданского процесса по брачно-семейным делам в Европейском союзе // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002 - 2003. СПб., 2004. N 2. С. 208 - 209.

Глава 15. ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ

15.1. Авторское право в международном частном праве

Отношения по поводу создания или использования произведений науки и искусства могут на практике складываться с участием граждан различных государств или апатридов. Популярность автора и использование его произведений зачастую перерастают границы его родины, тогда как он сам ее не покидает (как это случилось, например, с Борисом Пастернаком, а также, в начальный период творчества, с Чингизом Айтматовым). Бывает и так, что сам автор, не меняя гражданства, создает свои произведения за рубежом. Это случай кинорежиссеров Андрея Тарковского (в последние годы жизни), Милоша Формана, Сергея Бодрова, в течение ограниченного времени - писателей Василя Быкова, Светланы Алексиевич.

Все это - примеры обременения подобного рода отношений иностранным элементом. В приведенных ситуациях такой иностранный элемент выступает в виде субъекта (автора-иностранца или апатрида) или объекта (произведения, созданного, или опубликованного, или зарегистрированного, если такая формальность требуется национальным законодательством в качестве условия охраны, за рубежом). Во втором случае следует одновременно говорить и о юридическом факте, имевшем место за рубежом: поскольку одно из условий предоставления авторско-правовой охраны - придание произведению объективно воспринимаемой формы, сам объект и факт его создания на практике нерасторжимы.

Исторически авторское право выросло из единичных, индивидуально предоставляемых монархом в качестве особой милости привилегий. Такая изначальная индивидуализация регулирования, хотя и переросшая со временем в систему привилегий, а впоследствии и в законодательно закрепленные общеориентированные положения, не могла не привести к строго территориальному характеру авторско-правовой охраны. Ведь в каждом национальном правовом порядке, в сущности, по-разному выстраивались социальные, культурные и экономические приоритеты.

По этой причине все ситуации, сопровождающиеся появлением в авторско-правовых отношениях чужеродного, иностранного, элемента, неминуемо порождают определенные вопросы. Во-первых, охраняются ли вообще в этих случаях в данном государстве права того или иного автора? Вопрос о факте признания за данным субъектом авторских прав в отношении данного произведения (или, соответственно, об отказе в их признании за ним) является ключевым. Если ответ на него будет положительным, возникает следующий вопрос: каково содержание предоставляемой охраны? Иными словами, какие именно права признаются за данным автором, могут ли они ограничиваться, и если да, то при каких условиях, и, наконец, какими способами они будут защищаться в случае нарушения?

Поиск ответа на эти вопросы, по сути, означает попытку преодолеть территориальный характер авторского права. Происходит это разными путями.

15.1.1. Признание авторских прав в национальном законе

Ответ на вопросы о факте предоставления охраны и о ее объеме может быть дан непосредственно в национальном законодательстве. В этом случае авторские права иностранцев или апатридов признаются и охраняются в данной стране односторонне, в силу прямого закрепления в законе материально-правовых положений, методом ассимиляции (предоставления национального режима). Иногда это происходит на условиях взаимности, хотя возможно и безоговорочное предоставление охраны.

В российском праве подобные материально-правовые нормы "расщеплены" в зависимости от признания отдельных аспектов авторско-правовой охраны. Они в разной степени затрагивают действие личных неимущественных интеллектуальных прав и исключительных (имущественных) прав.

Первая из этих норм содержится в абз. 2 п. 1 ст. 1231 ГК РФ. Она носит общий характер и применяется не только к авторским, но к любым личным неимущественным интеллектуальным правам, а также к так называемым иным интеллектуальным правам (т.е. большей частью имущественным, но при этом неисключительным правам - праву следования, праву доступа и т.п.). Отсылая к абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК, эта норма предоставляет иностранным физическим и юридическим лицам, а также иностранным государствам национальный режим в отношении охраны указанных прав. Сама по себе эта норма не содержит новой информации по сравнению с общим положением абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК. Однако тот факт, что законодатель счел необходимым продублировать это положение в привязке к личным неимущественным интеллектуальным правам, явно носит показательный характер и призван подчеркнуть важность такого рода прав.

Таким образом, не требуя взаимности, российское право фактически закрепляет экстерриториальность действия личных неимущественных интеллектуальных прав. Важно отметить, что этот шаг сделан в значительной части в добровольном порядке, поскольку такое решение выходит далеко за рамки международно-договорных обязательств России. Исходя из положений ст. 6-bis Бернской конвенции ВОИС об охране литературных и художественных произведений 1886 г. страны-участницы не обязаны признавать за авторами моральные права сверх двух указанных в этой статье - права авторства и права на неприкосновенность произведения (формулируемого как право уважения) - и вправе, кроме того, сузить сферу их временного действия.

Второе материально-правовое положение касается исключительных прав автора. Поясним, что по терминологии части четвертой ГК РФ под исключительными правами понимаются только имущественные права, имеющие характер монополии и действующие против всех третьих лиц. В отличие от личных неимущественных прав в одностороннем порядке российское право предоставляет охрану не всем исключительным авторским правам, а лишь прямо оговоренным в п. 1 ст. 1256 ГК. При этом никакими иными, чем Гражданский кодекс, законами такая охрана предусматриваться не может (что следует из абз. 1 п. 1 ст. 1231).

Согласно подп. 1 и 2 п. 1 ст. 1256 безусловно подлежат охране:

- исключительные права авторов (или их правопреемников), являющихся гражданами Российской Федерации, причем независимо от того, было ли обнародовано их произведение в России или за рубежом, а также от того, на территории какого государства находится в объективной форме их произведение, не будучи обнародованным;

- исключительные права любых авторов (или их правопреемников), независимо от их гражданства, в отношении произведений, обнародованных в России (или по крайней мере обнародованных в ней не позднее 30 дней после опубликования за рубежом), а также в отношении обнародованных произведений, находящихся на территории нашей страны в объективной форме.

Как видно, при решении вопроса о распространении регулирования на отношения с иностранным элементом российское право исходит из сочетания (но не кумуляции) территориального и личного (в варианте гражданства) критериев.

В тех случаях, когда вышеперечисленные условия одностороннего предоставления охраны "чужому" автору или в отношении находящегося вне пределов территории России произведения выполнены, конкретный объем охраны в соответствии с общим правилом ст. 2 ГК будет подчиняться национальному режиму. Иными словами, иностранные правообладатели будут формально приравниваться в своих правах к российским гражданам, а "чужие" произведения в их режиме - к произведениям, охраняемым российским авторским правом.

15.1.2. Признание авторских прав в международных соглашениях

Что касается тех случаев отношений с иностранным элементом, которые не охвачены положениями подп. 1 и 2 п. 1 ст. 1256 ГК РФ (а именно отношений в связи с созданием и использованием авторами -

иностранными гражданами или апатридами произведений, обнаружение которых произошло вне пределов Российской Федерации, или же необнародованных произведений, находящихся в объективной форме за пределами территории РФ), то исключительные авторские права признаются российским правом в этих случаях лишь вторым путем - в соответствии с международными договорами, в которых участвует Россия (разумеется, при наличии таковых). Об этом прямо сказано в подп. 3 п. 1 ст. 1256 ГК РФ. А в общей относящейся ко всем охраняемым объектам интеллектуальной собственности ст. 1231 ГК РФ закрываются все иные пути для признания исключительных интеллектуальных (в том числе авторских) прав, кроме двух указанных выше - одностороннего признания в законе (причем только на уровне Гражданского кодекса) и участия в международном договоре.

В тех случаях, когда охрана авторских прав предоставляется на основании международных соглашений, объем охраны определяется более сложным образом, чем при признании авторских прав в одностороннем порядке.

В первую очередь это материально-правовые положения международных соглашений (которые обладают, согласно ст. 15 Конституции РФ, приоритетом перед внутрисударственными нормами).

Унификация материально-правовых норм на международном уровне имеет, разумеется, свои пределы и не является исчерпывающей. Поэтому к материально-правовой составляющей авторско-правового режима (унифицированной **de jure conventionis**) добавляется та часть режима, которая существует на национальном уровне, восполняющая пробелы международных документов, к которой отсылают коллизионные нормы. При этом это не всегда будет национальный режим: хотя он применяется в авторско-правовой сфере наиболее часто (в российском праве - на основе общегражданского положения ст. 2 ГК РФ), известны, однако, случаи предоставления национальной авторско-правовой охраны через международный договор на основе режима наибольшего благоприятствования. Так произошло в Соглашении ТРИПС (Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1994 г.), в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. <1>.

<1> Соглашение о партнерстве и сотрудничестве, учреждающее партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, совершенное 24 июня 1994 г. Ратифицировано РФ Федеральным законом от 25 ноября 1996 г. N 135-ФЗ.

Сами же коллизионные авторско-правовые нормы унифицированы в международных договорах далеко не во всех случаях (о результатах такой унификации см. далее). Те коллизионные нормы, которые содержатся во внутреннем законодательстве (обычно это не специальные авторско-правовые нормы, а более общие нормы об интеллектуальной собственности), скорее, фрагментарны и не составляют всеохватывающей системы регулирования. Исключение составляет Закон Швейцарии 1987 г. "О международном частном праве", в котором предусмотрена компактная, но логически завершенная система коллизионных норм. Наряду с общей в нем содержатся специальные коллизионные нормы, применимые в случаях договорных отношений в сфере интеллектуальной собственности и случаях причинения вреда. В Законе также содержатся оговорки о пределах автономии воли и о признании при определенных обстоятельствах иностранных судебных решений по делам о нарушении прав интеллектуальной собственности.

В зарубежном праве возникновение, содержание и защита авторского права (и права интеллектуальной собственности в целом) определяется с помощью одной из двух привязок - к праву страны происхождения произведения или, гораздо чаще, к праву страны, в которой испрашивается охрана (Германия, Австрия, Италия, а также Швейцария, в праве которой коллизионная норма с такой привязкой выполняет функцию общей нормы, определяющей право, применимое к отношениям интеллектуальной собственности). Иногда эти привязки используются в сочетании (дифференцированно - применительно к первичным и вторичным правам - в праве Франции).

В части четвертой ГК РФ в отношении авторско-правовой охраны нашли прямое закрепление две важные коллизионные нормы.

Первая из них - изолированная коллизионная норма, позволяющая определить автора произведения (как первоначального правообладателя) в случаях, когда охрана предоставляется на основании международных договоров. В соответствии с п. 3 ст. 1256 ГК РФ автор определяется на основании привязки **lex loci actus** - по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения авторских прав.

Если сравнить основания, признаваемые достаточными для возникновения авторских прав в праве различных стран, становится ясно: в данном случае есть почва для конфликта квалификаций. Действительно, несмотря на участие в Бернской конвенции 1886 г. (признающей неформальный порядок возникновения авторских прав), право США нашло лазейку для частичного сохранения принципа

формализованной авторской охраны (с конститутивным характером регистрации и депонирования экземпляра произведения). В странах континентальной Европы такая охрана предоставляется по факту создания произведения (точнее, по факту облечения произведения в объективно воспринимаемую форму). Поскольку никакого специального указания о том, что именно следует считать правовым основанием для приобретения авторских прав, ГК не содержит, квалификация такого понятия, содержащегося в данной коллизионной норме, должна осуществляться по общему правилу ст. 1187 ГК РФ - в соответствии с российским правом. Значит, автор произведения, согласно российскому коллизионному праву, определяется по праву страны, где произведение фактически создано (где находится рукопись, где была прочитана публичная лекция и т.п.).

Нужно также пояснить, что в действующем российском праве интеллектуальной собственности используется особый юридико-технический прием для опосредованного закрепления критерия охраноспособности результата интеллектуальной деятельности - именно через определение автора (как лица, осуществляющего творческую деятельность, - п. 1 ст. 1228 ГК РФ). Учитывая это обстоятельство, понятно, что рассматриваемая коллизионная норма приобретает гораздо более важный характер, чем это кажется на первый взгляд: она указывает, по сути, на право, определяющее сам факт охраны результата творческой деятельности.

При наличии в международных соглашениях РФ иных привязок на этот счет преимущество должно отдаваться им, а положение п. 3 ст. 1256 ГК РФ будет применяться лишь субсидиарно. Если обратиться к Бернской конвенции 1886 г., то в ее ст. 3 для определения круга охраняемых произведений используется не приведенный выше, а уточненный вариант территориальной привязки в сочетании с личной привязкой (см. далее). Он и имеет приоритет при решении вопроса о факте охраны. Однако сфера применения российской коллизионной нормы все же в этом случае не сужается до ее буквального смысла - определить, кто должен считаться автором произведения. Дело в том, что вместе с территориальным критерием охраноспособности в авторском праве совокупно применяются также два других критерия - формальный (требующий выражения произведения в объективной форме) и в особенности сущностный (требующий, чтобы произведение было оригинальным, т.е. являлось выражением личной индивидуальной творческой деятельности). Бернская конвенция 1886 г. содержит положения по поводу формального критерия, а относительно сущностного критерия умалчивает. Это означает, что решение этого вопроса относится на внутригосударственный уровень. И тогда использование в российском праве описанной юридической техники позволит определить факт соответствия произведения тому пониманию сущностной охраноспособности, которое сложилось не в российском праве, а в праве страны, где произведение было фактически создано.

Вторая коллизионная норма ГК РФ - п. 2 ст. 1231 является законодательной новеллой. Она носит общий характер и распространяется не только на авторское право, но и на другие институты интеллектуальной собственности. Смысл ее заключается в том, что она выступает в качестве общей, субсидиарно применяемой для решения вопроса об объеме охраны, коллизионной нормы. Она действует при отсутствии в международном договоре положения об ином. Содержание исключительного права, признаваемого в соответствии с международным договором, действие этого права, установленные в его отношении ограничения, а также порядок его осуществления и способы защиты определяются, согласно этой норме, российским правом (причем в ряду источников российского права - исключительно централизованно, на уровне Гражданского кодекса).

Яркий пример установления в международном договоре иного применимого права дает Бернская конвенция 1886 г. Во-первых, в самом тексте Конвенции предусмотрен гарантированный минимум охраны, который и должен применяться в качестве унифицированных на международном уровне материально-правовых положений. Кроме того, коллизионные нормы Конвенции привязывают решение вопроса об объеме предоставляемой охраны к праву страны, где испрашивается охрана (а выбор этой страны зависит от усмотрения правообладателя).

Показательно, что коллизионная норма, сформулированная в п. 2 ст. 1231 ГК РФ, является односторонней. Принимая во внимание редкость и выверенный характер такого рода норм (которые призваны реализовать этноцентристские тенденции в регулировании), можно сделать вывод о придании законодателем особой важности отношениям по монопольному осуществлению имущественных прав на результаты интеллектуальной деятельности. Это означает, что в отсутствие предписывающих иное международно-договорных обязательств законодатель предпочел подчинить регулирование этих отношений отечественному праву. Объективное основание такого решения - строго территориальный принцип действия прав интеллектуальной собственности. В данной норме особо оговорено (и это еще раз подчеркивает следование принципу территориальности), что объем исключительных прав не ставится российским правом в зависимость от положений законодательства страны возникновения исключительного права.

15.1.3. Характеристика основных международных соглашений об охране авторских прав

Как правопреемник СССР, Россия приняла на себя обязательства из **двусторонних договоров** о взаимной охране авторских прав, заключенных СССР с Венгрией, Болгарией, ГДР, Польшей, Чехословакией, Кубой, а также Австрией и Швецией. Некоторые из этих Договоров к настоящему моменту прекратили свое действие (договоры с Болгарией и ГДР). Непосредственно Россией в конце 90-х годов XX в. были заключены двусторонние договоры подобного рода с Китаем и Арменией.

Россия является стороной **региональных многосторонних соглашений в рамках СНГ**. Поскольку международные обязательства, вытекающие для СССР из его участия во (Всемирной) Женевской конвенции ЮНЕСКО об авторском праве 1952 г., не распространяются на государства, входившие в состав СССР, автоматически, в 1993 г. 11 стран СНГ заключили **Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав**. В нем была особо закреплена достигнутая между государствами-участниками договоренность о принятии ими на себя указанных обязательств (причем с обратной силой, с даты вступления Женевской конвенции 1952 г. в силу для СССР, т.е. с 27 мая 1973 г.). Одновременно предусматривалась охрана государствами-участниками и ранее созданных произведений по принципу национального режима. Что важно, участники Соглашения обязались повысить национальный уровень охраны и довести его до стандартов Бернской конвенции 1886 г., которая предоставляет значительно более высокий уровень охраны, чем Женевская конвенция 1952 г.

Специальному вопросу защиты прав интеллектуальной собственности посвящено заключенное между странами СНГ позже, в 1998 г., Соглашение о сотрудничестве по пресечению нарушений в области интеллектуальной собственности. В нем предусмотрена защита прав интеллектуальной собственности на основании принципа национального режима, который может предоставляться при условии взаимности. Безусловно, наиболее эффективной является охрана авторских прав на основе **многосторонних универсальных соглашений**. Россия участвует в Женевской конвенции 1952 г. (которая действует для России в первоначальной редакции с 27 мая 1973 г., а в последней редакции 1971 г. - с 9 мая 1995 г.). Россия также участвует в Бернской конвенции 1886 г. (вступившей для России в силу в редакции 1971 г. 13 марта 1995 г.). Это весьма представительные Конвенции: в первой из них участвует свыше 100, а во второй - свыше 160 государств. Бернская конвенция 1886 г. предусматривает достаточно высокий уровень охраны авторских прав. Все это делает ее действенным инструментом регулирования.

Прежде чем рассмотреть содержание этих соглашений, необходимо подчеркнуть, что особенность российского авторского права состоит в заметном "радиационном", косвенном, эффекте, оказываемом на него некоторыми международно-договорными инструментами. Выходя за пределы формально предъявляемых требований, российское право на протяжении многих лет опережает свое участие в основных соглашениях об авторском праве и заранее во многом учитывает опыт их регулирования. Так произошло с Бернской конвенцией 1886 г., к которой Россия присоединилась в 1993 г. (а вступила она для России в силу, как было сказано, два года спустя), уже имея к тому времени действующий авторско-правовой закон, отвечающий требованиям Конвенции.

В настоящее время имеется несколько международных соглашений (как универсальных, так и региональных), в которых Россия не участвует, но в соответствии с которыми она фактически приводит свое внутреннее законодательство. Правда, сейчас для этого все же имеются международно-договорные основания (хотя и иные, чем участие в самих таких соглашениях).

Так, в силу участия в Соглашении о партнерстве и сотрудничестве 1994 г. Россия обязалась довести национальный уровень охраны прав интеллектуальной собственности до уровня, существующего в ЕС. Поскольку многочисленные директивы Совета ЕС, посвященные различным аспектам авторского права и смежных прав <1>, предполагают свободу выбора национальных правовых средств для достижения поставленных в них целей, российский законодатель не будет вынужден изменять существующую систему охраны интеллектуальных прав.

<1> Директивы о правовой охране компьютерных программ (1991 г.), о праве сдавать в аренду (прокат) и передавать в безвозмездное пользование и о некоторых смежных правах в сфере интеллектуальной собственности (1992 г.), о координации некоторых норм авторского права и смежных прав при применении их к спутниковому вещанию и кабельной ретрансляции (1993 г.), о гармонизации сроков охраны авторского права и некоторых смежных прав (1993 г.), о правовой охране баз данных (1996 г.), о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе (2001 г.).

Такая гибкость средств может привести и к усилению предложенных на европейском уровне схем. В отечественном законодательстве статус публикатора (идея которого была заимствована из одной из

директив) смог получить значительное по сравнению со своим европейским прообразом развитие по той причине, что личным неимущественным правам в части четвертой ГК РФ был придан срочный характер.

Как отмечалось выше, заключенное между странами - участницами СНГ Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав 1993 г. предписывало привести уровень национальной охраны в соответствие с положениями Бернской конвенции 1886 г. (а также Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г.).

Еще один пример косвенного способа принятия на себя фактических обязательств по международным соглашениям, участницей которых Россия не является, связан с обязанностью привести законодательство в соответствие с требованиями конвенции ТРИПС и Договора ВОИС по авторскому праву 1996 г. (интернет-договор). Эту обязанность Россия приняла на себя по двустороннему Соглашению с США от 19 ноября 2006 г.

Не случайным является тот факт, что в п. 15 Постановления Пленума Верховного Суда РФ от 19 июня 2006 г. N 15 "О вопросах, возникших у судов при рассмотрении гражданских дел, связанных с применением законодательства об авторском праве и смежных правах" судам общей юрисдикции прямо предписывается учитывать не только сами унифицированные на международном уровне положения, но также и международные принципы охраны авторских и смежных прав (приведенные в тексте Постановления в неисчерпывающем варианте). Это свидетельство того, что российское авторское право по существу является открытой, восприимчивой системой национального регулирования.

Бернская конвенция ВОИС об охране литературных и художественных произведений от 9 сентября 1886 г. (действующая для России в редакции 1971 г.) стала успешным результатом международно-договорной унификации. Хотя ни одно международное соглашение об охране авторских прав не взяло бы на себя амбициозную задачу создать некое унифицированное, единое авторское право, действующее на территории всех стран-участниц, все же с объективной точки зрения уровень унификации, достигнутый в Бернской конвенции, весьма высок.

Главным образом такой результат связан с созданием обширного и содержательного массива материально-правовых норм, составляющих так называемый особо предоставляемый конвенционный минимум охраны. Эти положения, непосредственно включенные в текст Конвенции, предоставляют охрану **jure conventionis** (т.е. методом прямого регулирования). Страны-участницы не вправе предоставлять охрану авторских прав ниже этого уровня (например, в течение более короткого срока или отказывая в признании за автором каких-либо из прямо предусмотренных в Конвенции субъективных правомочий).

Режим охраны **jure conventionis** занимает в Бернской конвенции основное место. Те отношения, которые не урегулированы в его рамках, подлежат восполнительному регулированию по принципу ассимиляции (национального режима) - формального приравнивания иностранных правообладателей в их правах к гражданам данной страны - участницы Конвенции, а режима иностранного объекта - произведения - к режиму произведений, опубликованных в данной стране. Причем в п. 1 ст. 5 отмечается, что авторы будут пользоваться правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем соответствующими законами своим гражданам. Это второй компонент охраны, предоставляемой в силу Конвенции. Минимально гарантированный Конвенцией уровень охраны может быть лишь превышен (за счет предоставления дополнительной охраны внутригосударственными правовыми средствами).

Ассимиляция достижима коллизионным методом, путем отсылки к компетентному национальному закону.

Следует, однако, уточнить, что отдельные группы унифицированных коллизионных норм закреплены в тексте Конвенции в целях реализации не только принципа ассимиляции, но также и принципа прямого регулирования.

Определенная группа таких коллизионных норм призвана решить вопрос об условиях распространения конвенционной охраны в принципе, т.е. вопрос о том, следует ли предоставлять какому-либо автору охрану в отношении его произведения. И только затем станет возможным применение как конвенционных норм прямого действия, так и - через предусмотренную в Конвенции привязку - норм национального законодательства, предоставляющих национальный режим.

Этот вопрос на практике распадается на два самостоятельных вопроса - о круге субъектов и круге охраняемых объектов. Бернская конвенция пошла по пути расширения круга правообладателей (и тем самым расширения сферы своего действия) за счет самостоятельного (не кумулятивного) применения как личных (гражданство автора, его домицилий), так и территориальных коллизионных привязок (место первой или одновременной публикации произведения) в разнообразных сочетаниях.

Итак, в качестве правообладателей (авторов и их правопреемников) в ст. 3 Бернской конвенции признаются:

- граждане стран-участниц - в отношении произведений как выпущенных в свет (причем не имеет

значения, в какой стране), так и не выпущенных в свет;

- апатриды и граждане государств, не участвующих в Конвенции, при условии, что они имеют обычное местожительство в одной из стран - участниц Конвенции, - также в отношении как выпущенных в свет (на любой территории), так и не выпущенных в свет произведений;

- граждане иных, чем страны - участницы Конвенции, государств - в отношении произведений, впервые выпущенных в свет в одной из стран-участниц, а также выпущенных в свет одновременно (т.е. не позднее 30 дней после первого выпуска) в стране, не входящей в Бернский союз, и в стране-участнице. "Выпуск в свет" в смысле Конвенции не совсем совпадает с привычным для национального авторского права понятием "опубликование" (в российском праве - "обнародование"), будучи более узким по содержанию и не включая, в частности, представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, публичное чтение литературного произведения, передачу в эфир или по кабелю литературных и художественных произведений и т.д.

В отношении кинематографических произведений добавляется еще территориальный критерий нахождения штаб-квартиры, а в отношении архитектурных произведений - критерий места их сооружения.

Таким образом, за пределами сферы конвенционного регулирования однозначно оказываются граждане государств, не участвующих в Конвенции, не имеющие домицилия на территории страны-участницы, - авторы не выпущенных в свет произведений.

Возможна ситуация, при которой охрана на основании Конвенции будет предоставляться и в отношении произведений, не охраняемых в стране происхождения (стране первого или одновременного выпуска в свет или стране, гражданином которой является автор, - п. 4 ст. 5 Конвенции).

Минимально гарантированная Конвенцией охрана авторских прав охватывает положения о круге охраняемых объектов, об условиях предоставления охраны, о перечне признаваемых за автором правомочий и их содержании, а также о сроке действия авторских прав.

В ст. 2 Конвенции приводится подробный и неисчерпывающий перечень охраняемых в силу положений самой Конвенции произведений литературы, науки и искусства, заимствованный в основном из французского законодательства. Это, по сути дела, перечень тех форм, в которых могут быть выражены охраняемые произведения. Он включает в себя, в частности: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобные произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и произведения пантомимы; музыкальные произведения с текстом и без текста; кинематографические произведения и произведения, выраженные способом, аналогичным кинематографии; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики, литографии; фотографические произведения; произведения прикладного искусства; географические карты, планы, эскизы, пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или науке. Охраняются также производные произведения (переводы, адаптации, аранжировки и другие переделки) и сборники литературных и художественных произведений (например, энциклопедии и антологии).

Особо оговариваются те виды произведений, в отношении которых компетентное национальное законодательство может установить изъятия (или которым вообще может отказать в охране): официальные тексты законодательного, административного и судебного характера, их переводы, политические речи и судебные доклады.

Такой важный критерий охраноспособности авторских произведений, как оригинальность (признание в качестве результата личной творческой деятельности), Конвенция прямо не называет. Косвенным образом он все же в ней присутствует. Во-первых, п. 8 ст. 2 исключает из сферы конвенционной охраны сообщения о новостях дня и о различных событиях, имеющих характер простой пресс-информации (т.е. об объективно существующих фактах). Кроме того, исходя из видов произведений, вопрос об охране которых отдан на откуп национальному законодательству (см. в предыдущем абзаце), можно сделать вывод о том, что Конвенцией отторгаются лишь произведения, оригинальность которых проблематична. Наконец, о подобном подходе говорит факт отказа в Конвенции от каких бы то ни было формальных требований к возникновению авторских прав (см. об этом далее). Но все эти примеры - не более чем попытка широкого истолкования конвенционных положений от противного. Выше, применительно к содержанию российской коллизионной нормы об определении автора произведения при предоставлении охраны на основании международных договоров (п. 3 ст. 1256 ГК РФ), отмечалось значение этой нормы в отсутствие четкого упоминания в Конвенции существенного критерия авторско-правовой охраны.

Бернская конвенция 1886 г. придерживается принципа, который называется автоматизмом охраны и заключается в отрицании необходимости соблюсти какие бы то ни было формальности для возникновения авторских прав. Долгое время неформальный характер возникновения авторских прав отпугивал от вступления в Бернский союз страны англосаксонской правовой системы. В частности, в США в качестве условия возникновения авторских прав выдвигалась необходимость регистрации, депонирования экземпляра произведения в библиотеке Конгресса и т.п.

Отсутствие формальных конститутивных условий свидетельствует о понимании разработчиками Конвенции авторско-правовой охраны как основанной на критерии оригинальности: ведь формализация нужна только в тех ситуациях, когда могут одновременно появиться несколько добросовестных первичных правообладателей, независимо друг от друга добившихся результата в виде объекта интеллектуальной собственности. Если же произведение оригинально, то оно фактически неповторимо, и, значит, излишне было бы фиксировать временной приоритет в его создании.

Конвенция закрепляет за автором комплекс следующих субъективных прав. Отличительной особенностью этого международного соглашения является признание неимущественных авторских прав (которые в зарубежном праве носят название "моральные права" автора). Это обстоятельство, так же как и отрицание в Конвенции необходимости формализации охраны, препятствовало присоединению к Конвенции Англии и США, право которых не знало подобных авторских правомочий (хотя в конце концов Англия, а в конце 90-х годов XX в. и США вынуждены были пойти на этот шаг).

Некий компромисс между позициями континентальной и англо-американской систем права по поводу моральных прав выразился в Конвенции в том, что она называет в ст. 6 bis лишь два из такого рода правомочий - право авторства и право на неприкосновенность произведения (причем последнее формулируется как "право противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению... произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести и репутации автора") и не требует, чтобы страны-участницы придавали им бессрочный характер. Срок охраны неимущественных прав должен по крайней мере совпадать со сроком охраны имущественных прав. Однако тем странам, которые не предусматривали охраны моральных прав после смерти автора, предоставлено право сохранить такое положение.

Из имущественных прав автора в Конвенции названы право на перевод, воспроизведение, публичное представление и исполнение драматических, музыкально-драматических и музыкальных произведений, передачу в эфир или публичное сообщение любым другим способом беспроводной передачи литературных и художественных произведений, публичное чтение литературных произведений, переделки и аранжировки, право следования, а также иные права, относящиеся к особым видам произведений.

По общему правилу (исключения из которого установлены в отношении некоторых видов произведений) минимальный срок охраны имущественных прав составляет период жизни автора и 50 лет после его смерти. Реальный срок охраны (который может быть и более продолжительным) определяется законом страны, в которой истребуется охрана.

При этом Конвенция устанавливает правило о сравнении сроков, согласно которому срок охраны не может быть более продолжительным, чем срок, установленный в стране происхождения произведения. Исключение может составлять лишь случай, когда законодательство страны, где истребуется охрана, предусматривает иное. В российском праве правило о сравнении сроков воспроизведено в ст. 1256 ГК РФ, и никаких отступлений от него не предусмотрено.

Охрана по принципу ассимиляции (предоставления национального режима) предоставляется помимо (и сверх) конвенционного минимума. В некоторых случаях это может выглядеть как усиление прямо предусмотренных Конвенцией правомочий или сроков, в других случаях - как прямое восполнение пробелов в ней.

К сфере национального регулирования полностью отнесено решение вопроса о средствах правовой защиты авторских прав, а также фактически почти полностью (за единичными исключениями, прямо предусмотренными Конвенцией) решение вопроса о свободном использовании произведений (установлении в законодательном порядке ограничений авторского права).

Для определения применимого права в Конвенции закреплена коллизионная норма с привязкой к закону страны, где испрашивается охрана. Чаще она толкуется в национальном праве как *lex fori*, однако существуют и иные точки зрения. Некоторые французские юристы (в частности, А. Кереве) считают, что такую привязку следует понимать как отсылку к закону страны, на территории которой имело место нарушение авторских прав (поскольку автор именно там предпочтет предъявить иск об охране нарушенных прав).

В результате конкретный объем охраны, предоставляемый автору (виды, содержание и срок действия признаваемых за ним субъективных авторских правомочий, степень ограничения законом их реализации, доступные автору способы защиты нарушенных прав), будет варьироваться в зависимости от того, в какой из стран - участниц Бернской конвенции автор предъявит требование об охране. Ведь конвенционный минимум - константа, призванная сгладить национальные различия в уровне охраны авторских прав, не исчерпывает уровня охраны. **За ее пределами** в каждой из национальных правовых систем стран - участниц Конвенции автору будет предоставляться свой набор субъективных прав. Они будут ограничиваться национальными вариантами свободного использования без согласия автора, равно как различными в разных странах могут оказаться виды санкций и принцип их применения (например,

виновный или безвиновный характер ответственности, возможность одновременного применения различных санкций, расчет размера убытков).

Действие Конвенции с обратной силой. Одно из обстоятельств, которые значительно расширяют сферу охраны, предоставляемой Конвенцией, - установленное ею правило о том, что она применяется ко всем произведениям, которые к моменту ее вступления в силу не стали еще общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения сроков охраны (п. 1 ст. 18).

В том случае, когда в стране, где истребуется охрана авторских прав, срок охраны истек ранее, чем в стране происхождения, встает вопрос: следует ли охранять положениями Конвенции те произведения, которые охранялись правом страны происхождения в этот временной промежуток? Конвенция дает на этот вопрос отрицательный ответ: нет, охрана в данном случае обратной силы не имеет (для того, очевидно, чтобы не дестабилизировать сложившийся к этому моменту порядок свободного использования произведения в стране, где испрашивается охрана).

Если же речь идет о произведениях, которые вообще в этой стране не охранялись, то никаких специальных оговорок на этот счет Конвенция не содержит, что подчиняет решение вопроса об их охране изложенному выше общему правилу о действии Конвенции с обратной силой. В стране-участнице, где испрашивается охрана, такие произведения должны быть извлечены из сферы общественного достояния и получить охрану. Практически речь в данном случае идет прежде всего о произведениях иностранных авторов.

Присоединяясь к Бернской конвенции 1886 г., Россия сделала, однако, заявление о том, что действие Конвенции не распространяется на произведения, которые на дату вступления Конвенции в силу для РФ (т.е. 13 марта 1995 г.) уже являются на ее территории общественным достоянием, не уточнив, оказались ли они в сфере общественного достояния только в результате истечения срока охраны или также по той причине, что они вообще не охранялись авторским правом (Постановление Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. N 1224). Буквальный смысл такой оговорки в том, что в России не будут охраняться с обратной силой ни те, ни другие.

Вопрос о правомерности такой оговорки стал предметом оживленных дискуссий. Аргументы "за" обосновываются возможностью самостоятельно определять условия применения принципа охраны с обратной силой, предоставленной Конвенцией странам-участницам в п. 3 ст. 18. Аргументы "против" сводятся к тому, что в силу п. 1 ст. 30 Конвенции оговорки к ней допускаются только в строго определенных случаях (под которые данная ситуация не подпадает).

После введения в действие части четвертой ГК РФ ситуация нашла следующее разрешение. В абз. 1 п. 4 ст. 1256 ГК РФ воспроизведена формула охраны с обратной силой, соответствующая использованной в Бернской конвенции. Так как, согласно ст. 4 Федерального закона "О введении в действие части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации", законы и иные правовые акты применяются постольку, поскольку они не противоречат положениям части четвертой ГК РФ, упомянутое положение Постановления Правительства РФ применению не подлежит.

Всемирная (Женевская) конвенция ЮНЕСКО об авторском праве от 6 сентября 1952 г. носит более универсальный, чем Бернская конвенция 1886 г., характер. Она предполагает менее высокий уровень, менее жесткие стандарты охраны авторских прав и потому оказалась более приемлема для участия государств, придерживающихся самых разных подходов к авторско-правовому регулированию. Не случайно она носит неофициальное название "конвенция-мост". Ее задача - без сложных юридико-технических выкладок найти приемлемые правовые решения, не приводящие к ломке национальных законодательств.

Состав участников Бернской и Женевской конвенций во многом совпадает. Для того чтобы предотвратить массовый отток участников из Бернской конвенции в более либеральную Женевскую, в последнюю было включено положение, известное под названием "клаузула о репрессалии" и предусматривающее санкции в отношении стран, вышедших из Бернского союза. Предусмотрен также приоритет в применении положений Бернской конвенции.

Режим охраны по Женевской конвенции так же, как и по Бернской, основывается на двух принципах - материально-правовой унификации норм в самой Конвенции и ассимиляции. Разница заключается в том, что в Женевской конвенции принцип ассимиляции (национального режима) играет гораздо *большую* роль. Число унифицированных в самой Конвенции материально-правовых норм невелико и сформулированы они зачастую декларативно. В основном содержание охраны определяется путем отсылки к внутреннему законодательству стран-участниц.

Выпущенные в свет произведения охраняются Конвенцией в соответствии с критериями гражданства автора (в отношении произведений, созданных авторами - гражданами стран-участниц) и места выпуска в свет (в отношении произведений, созданных авторами - гражданами иных государств). Не выпущенные в свет произведения могут охраняться лишь при условии, что они созданы гражданами стран-участниц.

В отличие от Бернской конвенции Женевская конвенция не содержит ни широкого перечня охраняемых произведений, ни подробных указаний о специфике охраны отдельных их категорий. В ней приводится примерный, чрезвычайно общий перечень: "...литературные, научные и художественные произведения, как то: произведения письменные, музыкальные, драматические и кинематографические, произведения живописи, графики и скульптуры" (ст. I).

Относительно формальностей, сопровождающих возникновение авторских прав, в Конвенции принято компромиссное решение. Предписываемые какой-либо из стран-участниц подобные формальности считаются выполненными, если соблюдены формальности, предусмотренные самой Конвенцией в качестве заменяющих такие национальные требования. Конвенционные формальности заключаются в помещении на произведении знака авторского права, состоящего из специального символа - ©, указании обладателя авторского права и года первого выпуска в свет.

Что касается признаваемых за автором правомочий, то в Конвенции закреплен неисчерпывающий и довольно краткий перечень авторских прав, включающий: право на перевод, право на воспроизведение, право на публичное исполнение, право передачи в эфир. В ст. IV-bis сформулировано также общее положение о правах автора, которые обязаны соблюдать страны-участницы: "Основные права, обеспечивающие охрану имущественных интересов автора". Это указание дает основу для расширительного толкования перечня авторских прав, признаваемых Конвенцией.

Никакого упоминания об охране неимущественных прав автора в Конвенции не содержится.

Минимальный срок охраны авторских прав по Конвенции невелик. Он составляет период жизни автора плюс 25 лет **post mortem**.

Обратной силы Женевская конвенция не имеет.

С развитием науки и техники и **появлением новых коммуникационных и цифровых технологий**, дающих широкий простор для фактически бесконтрольного использования произведений без ведома автора, возникла настоятельная необходимость в совершенствовании авторско-правовой охраны и в корректировке ее применительно к новым обстоятельствам.

Трансграничный характер цифровой передачи данных требовал решения новых правовых проблем (определения места нарушения, наделения автора новыми правомочиями, ужесточения ответственности за нарушения авторских прав) не иначе как на международном уровне. Существующие международные соглашения этих обстоятельств не учитывали, поскольку они были разработаны значительно раньше их появления.

Кроме того, следовало учесть, что вслед за расширением авторско-правовой охраны неминуемо потянутся многочисленные вопросы, связанные с законодательными ограничениями авторских прав. Действительно, авторско-правовая охрана должна быть четко сбалансирована и не приводить к нарушению законных прав общества и отдельных субъектов.

Эти проблемы нашли свое разрешение в некоторых универсальных и региональных международных соглашениях.

Договор ВОИС по авторскому праву от 20 декабря 1996 г. (так называемый интернет-договор) выступает продолжением Бернской конвенции 1886 г., поскольку на ее основе и при сохранении ее положений в качестве исходного уровня регулирования предлагает дополнительные правовые решения обозначенных выше актуальных вопросов. Договор возлагает на стороны обязательство наделить автора исключительным правом на сообщение произведения для всеобщего сведения, охватывающим использование произведений в цифровой среде. Это правомочие может фигурировать во внутреннем праве под иным названием и даже являть собой результат действия различных правомочий.

В этом Соглашении были также сделаны некоторые попытки разрешить проблемы, связанные с ограничением авторских прав в силу свободного использования на основании закона.

За странами-участницами признавалось право распространить на цифровую среду традиционные законодательные ограничения авторских прав. Такие ограничения могут устанавливаться лишь в особо оговоренных случаях; они не должны наносить ущерба нормальному использованию произведения и необоснованным образом ущемлять законные интересы автора. Как оговорено в Согласованных заявлениях по Договору, правило об исчерпании прав распространяться на цифровую среду не должно.

Другим международно-договорным инструментом, на этот раз регионального уровня, стала принятая в 2001 г. **Директива Совета ЕС "О гармонизации некоторых аспектов авторских и смежных прав в информационном обществе"**. В качестве базового авторского правомочия, предназначенного для распространения на новую среду использования произведений, в этом акте избрано широкое по содержанию исключительное право на публичное распространение в любой форме оригиналов или копий произведений путем продажи или другими способами.

Исчерпание прав на цифровую среду не распространяется, поскольку было оговорено, что оно применяется исключительно к случаям передачи права собственности на материальные носители. Затрагивается в Директиве и проблема сбалансированности интересов автора и пользователей.

Директива прямо разрешает создание временных копий, если этот процесс технологически неразрывен с процессом использования произведения в личных целях.

В целях усиления борьбы с массовыми нарушениями имущественных авторских прав и иных прав интеллектуальной собственности (в первую очередь с так называемым пиратством) в рамках Всемирной торговой организации 15 апреля 1994 г. было принято **Соглашение о торговых аспектах права интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС)**. Участие в нем обязательно для членов ВТО.

Это Соглашение, так же как и интернет-договор ВОИС, в части, относящейся к авторскому праву, отталкивается от уровня охраны, предусмотренного Бернской конвенцией 1886 г., и в развитие этой охраны возлагает на участников дополнительные обязательства. Такие обязательства сводятся к введению во внутреннее законодательство положений по усилению эффективности процедур и способов защиты имущественных прав интеллектуальной собственности. Сами основные обязательства подобного рода формулируются скорее как относительные: речь большей частью идет не об имплементации конкретных правил (за исключением отдельных положений, в частности, касающихся коммерческого проката программ для ЭВМ и кинофильмов), а о повышении национальными средствами существующего в странах-участницах уровня защиты авторских прав. Особо оговорено, что для выполнения положений Соглашения государства-участники не обязаны создавать какую бы то ни было специальную систему защиты, отличную от существующей в них.

В Соглашении перечисляются гражданско-правовые меры защиты (судебные запреты, возмещение убытков, изъятие и уничтожение контрафактной продукции и оборудования для ее изготовления, обеспечительные меры), которые должны сочетаться в национальных правовых системах с административными мерами (в частности, арестом контрафактных экземпляров произведений таможенными органами при попытке импорта) и уголовно-правовыми санкциями.

15.2. Патентное право

15.2.1. Общие положения

Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации с точки зрения международного частного права имеют ряд особенностей. Следует подчеркнуть, что современному международному частному праву более известно понятие **"интеллектуальная собственность"**. В международном праве данная терминология впервые была применена в **Стокгольмской конвенции 1967 г.**, учредившей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС).

В соответствии с правилами ст. 2 Конвенции под интеллектуальной собственностью понимают права на литературные, художественные и научные произведения; исполнительскую деятельность артистов, звукозаписи, радио- и телевизионные передачи; изобретения во всех областях человеческой деятельности, научные открытия; промышленные образцы; товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, коммерческие обозначения, а также защиту против недобросовестной конкуренции.

Конвенция не содержит исчерпывающего перечня объектов интеллектуальной собственности, поскольку развитие науки, техники, культуры приводит к появлению новых результатов интеллектуальной деятельности. Российская Федерация является участником Конвенции как правопреемник Советского Союза, присоединившийся к Конвенции в 1968 г.

Термин "интеллектуальная собственность", являясь достаточно условным, собирательным, находит широкое применение как в международных договорах, так и во внутреннем законодательстве. В ст. 44 Конституции РФ указывается, что интеллектуальная собственность охраняется законом. Правовое регулирование интеллектуальной собственности, согласно п. "о" ст. 71 Конституции, относится к исключительной компетенции Российской Федерации. Интеллектуальная собственность охраняется законом (п. 2 ст. 1225 ГК РФ).

Правилами ГК РФ (ст. 128) установлено, что **под интеллектуальной собственностью понимают охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации**. Современное гражданское законодательство России регулирует основания возникновения и порядок осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации, определяя группу таких прав, как **интеллектуальные права** (п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Понятие "интеллектуальные права" является новым для российского гражданского права <1> и объединяет две группы прав: исключительные имущественные права и личные неимущественные права. Традиционно в российской доктрине и практике до вступления в силу части четвертой ГК РФ применялся термин "исключительные права", который, по сути, приравнивался к интеллектуальной собственности. С

введением части четвертой ГК РФ с 1 января 2008 г. подлежат отмене специальные законы, действовавшие в отношении отдельных объектов интеллектуальной собственности с начала 1990-х годов (в частности, Патентный закон РФ от 23 сентября 1992 г. N 3517-1, Закон РФ от 9 июля 1993 г. N 5351-1 "Об авторском праве и смежных правах", Закон РФ от 23 сентября 1992 г. N 3520-1 "О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров" и ряд других законов).

<1> Дозорцев В.А. Интеллектуальные права. Понятие. Система. Задачи кодификации. М., 2003. С. 52 - 70.

Правилами п. 1 ст. 1225 ГК РФ устанавливается, что результатами интеллектуальной деятельности и приравненными к ним средствами индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий, которым предоставляется правовая охрана (интеллектуальной собственностью), являются: **произведения науки, литературы и искусства; программы для ЭВМ; базы данных; исполнения; фонограммы; сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередачи; изобретения; полезные модели; промышленные образцы; селекционные достижения; топологии интегральных микросхем; секреты производства (ноу-хау); фирменные наименования; товарные знаки и знаки обслуживания; наименования мест происхождения товаров; коммерческие обозначения.**

На указанные объекты признаются интеллектуальные права, которые включают, во-первых, **исключительные имущественные права** и, во-вторых, в ряде случаев - **личные неимущественные права**. Например, в отношении авторского произведения, изобретения, селекционного достижения действуют интеллектуальные права, а в отношении товарного знака - только исключительные имущественные права.

Объекты интеллектуальных прав всегда нематериальны. Переход права собственности на вещь, в которой выражен результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации, не влечет за собой перехода или предоставления интеллектуальных прав. Логично сделать вывод о независимости интеллектуальных прав от права собственности на материальный носитель.

Для регулирования международного торгового оборота значительное место отводят первой группе интеллектуальных прав - исключительным имущественным правам. Как следствие, в доктрине и на практике термин "интеллектуальная собственность" нередко продолжает применяться в значении "исключительные права".

Собирательное значение имеет и понятие "промышленная собственность". Эта терминология достаточно широко используется как в международном, так и во внутреннем праве. В соответствии с правилами п. 1 ст. 1 **Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г.** (далее - Парижская конвенция) к объектам промышленной собственности относят 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. Парижская конвенция является основным многосторонним соглашением в области патентного права и права на товарные знаки <1>.

<1> Парижская конвенция 1883 г. неоднократно пересматривалась. В настоящее время действует в Стокгольмской редакции 1967 г.

Итак, в современном праве к объектам промышленной собственности относят изобретения, полезные модели, промышленные образцы, секреты производства, товарные знаки и другие средства индивидуализации, топологии интегральных микросхем и достижения селекции. За исключением секретов производства, признание исключительных прав в отношении приведенных объектов требует акта государственной регистрации.

К наиболее современным международным договорам по интеллектуальной собственности следует отнести **Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности (Соглашение ТРИПС)**, принятое в 1994 г. во время Уругвайского раунда ГАТТ. Соглашение ТРИПС является обязательным для всех членов Всемирной Торговой Организации (ВТО). Правилами Соглашения был расширен перечень охраняемых объектов: авторские и смежные права, товарные знаки, географические указания, промышленные образцы и модели, изобретения, топологии интегральных микросхем и закрытая информация, пресечение антиконкурентной лицензионной практики.

Впервые в международной практике было достигнуто соглашение, которое содержало бы для государств-участников международные стандарты охраны прав интеллектуальной собственности и общие правила о разрешении споров при нарушении прав. Вместе с тем Соглашение ТРИПС является рамочным договором, регулирующим только отдельные аспекты прав интеллектуальной собственности, вследствие чего для материального права значительное место неизменно отводится Парижской конвенции (так

называемый Париж + эффект (ст. 2 Соглашения)).

Из правил Соглашения ТРИПС вытекают обязательства по обеспечению предоставления национального режима в таком виде, как он определен в четырех международных договорах: Парижской конвенции 1883 г., Бернской конвенции 1886 г. <1>, Римской конвенции 1961 г. и Вашингтонском договоре об интеллектуальной собственности в отношении интегральных микросхем 1989 г. Страны - члены Соглашения должны принимать во внимание все правила по ограничению прав, содержащиеся в указанных четырех договорах, и учитывать требования об обоснованных изъятиях в действии исключительных прав (ст. 13 Соглашения).

<1> Подробнее о Бернской конвенции см. п. 15.1.3 настоящей главы.

Российской Федерацией был заключен целый ряд международных договоров в области интеллектуальной собственности, в частности, были приняты **Соглашение о торговых отношениях с США 1990 г.**, **Соглашение о партнерстве и сотрудничестве 1994 г.** между Российской Федерацией и Европейскими сообществами и их государствами-членами. В этих международных договорах преимущественно устанавливаются единые материально-правовые нормы, направленные на унификацию права интеллектуальной собственности.

Помимо названных Конвенций, заключен ряд специальных договоров. К ним относят Договор о патентной кооперации 1970 г. (РСТ), Мадридский договор о международной регистрации товарных знаков 1891 г. и Протокол к нему 1989 г., Международную конвенцию по охране селекционных достижений 1961 г. (**UPOV**). Вступили в силу региональные договоры: Североамериканское соглашение о Свободной торговле 1992 г. (**NAFTA**), Договор о ЕЭС. Убедительным примером соответствия промышленной политики процессам экономической интеграции является подход к реформированию прав промышленной собственности на уровне Европейского союза. Так, в 1988 г. была подписана первая **Директива 89/104/ЕЭС** о гармонизации законодательства по товарным знакам и Регламент Совета ЕС от 1994 г. N 40/94 о товарном знаке Европейского союза. На европейском уровне удалось создать единую систему правовой охраны товарного знака Сообщества (**Trade Mark**). Преимущества товарного знака Евросоюза заключаются в том, что его регистрация предоставляет охрану во всех странах Евросоюза.

В 1998 г. принята **Директива 98/71/ЕС о правовой защите промышленных образцов**. Директива ставила своей целью гармонизацию национальных законодательств о промышленных образцах. В Директиве указаны два критерия патентоспособности - новизна и оригинальность, что открывает дополнительные возможности для регистрации объектов дизайна. Постановлением Совета ЕС от 2001 г. N 6/2002 о промышленных образцах создан единый правовой механизм для промышленного образца Европейского союза <1>.

<1> См.: Европейское право: Учебник / Под ред. Л.М. Энтина. М., 2005.

Правила международных договоров обоснованно относят к основным источникам права, тем самым в условиях территориального характера исключительных прав облегчается международная регистрация объектов и процедуры разрешения споров. Важно подчеркнуть, что нормы международных договоров позволяют обеспечить иностранным правообладателям одинаковый объем прав по сравнению с отечественными правообладателями. Гражданским кодексом РФ установлено правило, согласно которому на территории России действуют исключительные права, установленные международными договорами Российской Федерации (абз. 1 п. 1 ст. 1231). В отношении личных неимущественных прав действует общая норма о том, что "правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц..." (абз. 4 п. 1 ст. 2 ГК РФ).

Как и авторское право, право промышленной собственности отличается территориальным характером, действует на территории конкретного государства и не имеет действия за пределами его юрисдикции <1>. Территориальный характер исключительных прав проявляется в том, что для возникновения права необходимо его признание на территории иностранного государства с учетом законодательства этого государства. Так, например, чтобы получить патент на изобретение в Германии, российский заявитель обязан получить патент в Патентном ведомстве Германии, оформив патентную заявку в соответствии с требованиями германского патентного законодательства.

<1> См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. М., 2003. С. 664.

Необходимо иметь в виду, что международные договоры не содержат коллизионных норм. В разд. VI "Международное частное право" ГК РФ также не содержатся коллизионные нормы касательно

интеллектуальной собственности. В правилах Модельного гражданского кодекса государств - участников СНГ говорится, что к правам на интеллектуальную собственность применяется право того государства, где испрашивается защита этих прав (ст. 1232 Кодекса).

К договорам, предметом которых выступают права интеллектуальной собственности, применяется право, определяемое положениями о применении права к договорным обязательствам. Так, к лицензионным договорам, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, подлежит применению право страны лицензиара (п. 3 ст. 1211 ГК РФ).

Коллизионные вопросы в данной области права не урегулированы законодательством большинства государств. Так, в Германии судебная практика опирается на общий принцип применения права страны, в которой испрашивается охрана (**lex loci protectionis**). Во Франции в отношении установления объема авторских прав применяют право страны происхождения (**lex originis**) в пользу первого правообладателя, а в отношении всех других исключительных и личных неимущественных прав - право страны, где испрашивается охрана. В странах англо-американского права ни патентные законы, ни законы об авторском праве не содержат соответствующих коллизионных норм. Для судебной практики США характерным является руководящий подход, положенный в основу решения по делу Российского агентства новостей ИТАР - ТАСС от 1998 г. <1>.

<1> Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc., 153 F.3d 82 (2nd Cir. 1998); GRUR Int. 1999, 639; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2005. С. 358.

Особенности разрешения споров, связанных с конфликтами в цифровой среде, в частности при нарушении прав на товарные знаки посредством использования в качестве доменного имени обозначения, сходного до степени смешения с товарным знаком, рассматриваются в п. 15.2.4.

15.2.2. Международные договоры по патентному праву

Рассмотрим более подробно международные договоры в области патентного права. Одной из главных целей всех международных договоров в данной области права является унификация материального патентного права, в том числе путем закрепления единообразных критериев патентоспособности, перечня патентуемых объектов, сроков охраны, объема исключительных прав из патента. Правила международных договоров создают достаточно льготные условия для взаимного патентования изобретений.

Одним из многосторонних международных договоров, регулирующих, в частности, изобретения, является **Парижская конвенция по охране промышленной собственности** 1883 г. Основопологающее правило Парижской конвенции заложено в сформулированном в ней принципе национального режима. В соответствии с нормами ст. 2 граждане любой страны - члена Союза должны пользоваться во всех других странах Союза теми преимуществами, которые соответствующие законы предоставляют своим гражданам. Конвенция может применяться как к физическим, так и к юридическим лицам, о чем было принято решение во время Брюссельской конференции 1900 г. <1>.

<1> Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности: Комментарий. М., 1977. С. 39.

Другое важное положение, предоставляющее значительную льготу для заявителей при патентовании изобретения в странах - членах Конвенции, сформулировано как правило о **конвенционном приоритете**. Лицо, подавшее заявку на изобретение в одном из государств-участников, в течение последующих 12 месяцев пользуется льготой по новизне. Следовательно, новизна данного изобретения в течение указанного срока не будет нарушена ни публикацией сведений об этом изобретении, ни открытым его применением, ни подачей тождественной заявки другими лицами. Приоритет устанавливается по дате подачи первой правильно оформленной заявки в одну из стран - участниц Конвенции.

В Парижской конвенции содержится комплекс общих норм, касающихся материального патентного права, в частности упомянутое выше право приоритета (ст. 4), принцип независимости патентов (ст. 4-bis), право изобретателя быть названным в патенте (ст. 4-ter), правило об обязательном использовании изобретения (ст. 5), правило, согласно которому на транспортные средства при определенных условиях не распространяются положения о нарушении прав патентообладателя (ст. 5-ter), норма о правовой охране способов производства (ст. 5-quater).

В условиях активного патентования изобретений, вызванных растущими объемами технологического обмена, во второй половине прошлого века возникла потребность в разработке нового международного договора - Договора о патентной кооперации 1970 г. (**Patent Cooperation Treaty, PCT**).

РСТ вступил в силу в 1973 г. <1>. Основной целью Договора является ускорение процедуры зарубежного патентования и сокращение затрат на получение патента. Преимущества при оформлении патентов достигаются в основном за счет сокращения объемов дублирования в работе патентных ведомств. В частности, проведение экспертизы в национальном патентном ведомстве значительным образом облегчается, поскольку **РСТ** предусмотрен международный документальный поиск по заявке.

<1> СССР ратифицировал Договор Указом Верховного Совета СССР от 23 декабря 1977 г. N 6758-IX. Договор вступил в силу для СССР 29 марта 1978 г.

По Договору Роспатент относится к группе международных поисковых органов. Помимо поиска, в рамках патентования по процедуре **РСТ** возможно и осуществление международной предварительной экспертизы. Предложенные заявителю выводы экспертизы позволяют принять обоснованное решение о целесообразности проведения дальнейшей основной экспертизы. Следует особо отметить, что **РСТ** не предусмотрена выдача какого-либо единого международного патента.

Подписанный в рамках ВОИС в 2000 г. Договор о патентных законах (**Patent law Treaty, PLT**) послужил дальнейшей гармонизации отдельных положений законодательства об охране изобретений <1>. Договором не затрагиваются материально-правовые нормы. Цель Договора - упростить и повысить эффективность и экономичность применения ранее установленных средств получения патентной охраны в различных странах мира.

<1> Договор вступил в силу для России 12 августа 2009 г.

Единый патент был предусмотрен такими региональными соглашениями, как Конвенция о выдаче европейского патента (**Европейская патентная конвенция**), подписанная в 1973 г. в Мюнхене, и Конвенция о европейском патенте для Общего рынка 1975 г. (Люксембургская конвенция о патенте ЕЭС). Создание единой европейской системы должно было происходить одновременно с унификацией норм патентного законодательства европейских государств. Европейская патентная конвенция 1973 г. регулирует только процедуру выдачи европейского патента, который имеет силу национального патента в государствах, на территории которых испрашивается охрана. Конвенция о патенте ЕЭС 1975 г. предусматривает, что европейский патент, испрашиваемый хотя бы для одной из стран ЕЭС, будет действителен на территории всего Сообщества. В настоящее время в странах Евросоюза завершаются подготовительные работы, направленные на введение в действие единого европейского патента.

Для экономической интеграции стран СНГ первостепенное значение имеют заключенное в 1993 г. **Соглашение о мерах по охране промышленной собственности и созданию Межгосударственного совета по вопросам охраны промышленной собственности**. В целях облегчения взаимного патентования в странах СНГ была разработана **Евразийская патентная конвенция** 1994 г. В Евразийской конвенции принимают участие Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Таджикистан и Украина. Конвенцией учреждена межправительственная организация под названием "Евразийская патентная организация" (**ЕАРО**).

Евразийская патентная система предоставляет преимущества как отечественным, так и иностранным заявителям. Так, для иностранных заявителей отпадает необходимость подачи заявки на изобретение отдельно в каждое государство за счет возможности подачи одной заявки, уплаты единой пошлины и получения патентной охраны во всех странах-участницах. Помимо прочего, иностранные заявители обладают возможностью подачи заявки на евразийские патенты посредством процедуры **РСТ**, что позволяет получить отсрочку в переводе на русский язык. Любое государство может присоединиться к Евразийской патентной конвенции при условии участия в Парижской конвенции 1883 г. и Договоре о патентной кооперации (**РСТ**) 1970 г. Заявители из государств-участников подают евразийские заявки либо через национальное ведомство, если это предусмотрено национальным законодательством, либо непосредственно в Евразийское патентное ведомство в Москве. Евразийский патент действует в течение 20 лет, начиная с даты подачи заявки. Заявленное новшество должно отвечать требованиям новизны, изобретательской деятельности и промышленной применимости.

Наиболее современным международным договором, регулирующим, в частности, и изобретения, как отмечалось выше, является Соглашение ТРИПС. Часть II Соглашения предусматривает минимальные стандарты, касающиеся наличия, объема и использования прав интеллектуальной собственности. Эта часть Соглашения состоит из восьми разделов, охватывающих объекты как авторского, так и патентного права, средства индивидуализации, закрытую информацию и лицензионную практику. Соглашением устанавливается, что патенты могут выдаваться на продукты (устройства) и способы во всех областях техники при условии, что новшество обладает новизной, изобретательским уровнем и является промышленно применимым.

В заключенном Соглашении устанавливается содержание исключительных прав как в отношении изделия (продукта), так и в отношении способа его изготовления. Бремя доказательств того, изготовлена ли продукция запатентованным способом, возлагается судом на предполагаемого нарушителя. Действие патента на способ распространяется и на изделие, получаемое посредством применения запатентованного способа. Соглашением особое внимание было уделено биотехнологическим изобретениям, поскольку уже в конце прошлого века наблюдались тенденции по активному созданию и попыткам патентования со стороны США, Японии и стран Евросоюза генетически модифицированных продуктов питания, лекарств и различных медицинских препаратов.

15.2.3. Международные договоры по товарным знакам

При международной регистрации товарных знаков возможно применение правил о конвенционном и выставочном приоритете, установленных нормами ст. 4 С Парижской конвенции 1883 г. Согласно п. 1 ст. 4 С Конвенции, в отношении товарного знака действует льготный шестимесячный срок, отсчитываемый со дня подачи первой правильно оформленной заявки в одной из стран-участниц (конвенционный приоритет). При размещении маркированного товарным знаком товара на официально признанных международных выставках, организованных в странах - членах Конвенции, может быть установлен выставочный приоритет по дате начала открытого показа экспоната. Чтобы воспользоваться выставочным приоритетом, необходимо подать заявку на товарный знак в Роспатент в течение шести месяцев. Срок исчисляется с даты начала экспонирования товара.

Кроме того, в Парижской конвенции содержатся положения об обязательном использовании товарного знака (ст. 5 С), общеизвестных товарных знаках (ст. 6-bis), охране знаков, зарегистрированных в других странах (ст. 6-quinquies), регламентации порядка регистрации знаков агентами (ст. 6-septies). В Конвенцию также включено правило о том, что характер продукта, для которого предназначен знак, не может служить препятствием для регистрации знака, (ст. 7) и об охране знаков обслуживания (ст. 6-sexies)

Большое значение для правовой охраны товарного знака имеют положения ст. 10-bis, направленные на защиту от недобросовестной конкуренции. Совокупность приведенных норм Парижской конвенции тем самым устанавливает для стран-участниц минимальный стандарт правовой охраны. Вместе с тем Конвенция не устанавливает, приобретает ли право на товарный знак в силу факта регистрации или в силу использования знака, предоставляя решение этого вопроса странам - членам Парижского союза (ст. 6).

Мадридское соглашение о международной регистрации товарных знаков 1891 г. было направлено на упрощение процедуры международной регистрации знака в странах - членах Парижского союза <1>. В соответствии с данным Соглашением знак, зарегистрированный в одной из стран-участниц (стране происхождения), может получить охрану в других странах-участницах в упрощенном порядке на основании международной регистрации, распространяющей свое действие на территорию всех государств - участников Соглашения.

<1> Соглашение действует в СССР с 1 июля 1976 г.

Заявка на международную регистрацию товарного знака подается в Международное бюро ВОИС (МБ ВОИС) в Женеве. Право на подачу заявки предоставляется гражданам договаривающихся государств, а также гражданам стран, не являющихся участниками Соглашения, но являющихся участниками Парижской конвенции и имеющих в этой стране действительное предприятие или местожительство. Обязательными условиями подачи заявки в Международное бюро ВОИС являются наличие регистрации знака в стране происхождения (так называемая базовая регистрация) и подача заявки через национальное ведомство страны происхождения.

Ведомство страны происхождения удостоверяет правильность всех сведений, содержащихся в заявке, проставляет дату поступления и направляет заявку в МБ ВОИС, где осуществляется проверка соответствия материалов заявки положениям Соглашения и Инструкции к нему. В случае полного соответствия данным требованиям МБ ВОИС производит регистрацию знака в Международном реестре, направляет свидетельство о регистрации заявителю, информирует ведомство стран, где испрашивается охрана знака, и помещает публикацию в бюллетене ВОИС. При этом знак пользуется правом конвенционного приоритета. Охрана знака на территории страны, где предполагается охрана, регулируется нормами национального законодательства. Соглашением предусматривается возможность для каждой указанной страны заявить о невозможности предоставления правовой охраны знаку по причине несоответствия нормам национального законодательства о товарных знаках.

Действие регистрации длится в течение 20 лет. Пошлины уплачиваются в два приема, за каждый

10-летний период. Таким образом, регистрация практически продлевается каждые 10 лет и количество продлений не ограничено.

Преимуществом Мадридского соглашения 1891 г. является возможность подачи одной заявки на одном языке с уплатой единой пошлины, а также достаточно короткий срок рассмотрения заявки. Вместе с тем необходимость регистрации знака в стране происхождения не привлекала заявителей из стран, в которых процесс базовой регистрации является достаточно длительным. Следствием рассмотрения заявки, которое длится более 12 месяцев, является утрата возможности истребования конвенционного приоритета для международной регистрации. Дополнительные сложности вызывало требование оформления заявки только на французском языке (США, Япония, Великобритания не являются членами Соглашения).

С целью преодоления указанных противоречий, а также вовлечения в Мадридскую систему новых участников в 1989 г. был подписан **Протокол к Мадридскому соглашению** <1>.

<1> Протокол действует в России с 1997 г.

Протокол представляет собой самостоятельное соглашение и открыт для всех стран - участниц Парижской конвенции 1883 г. В соответствии с правилами Протокола заявка на международную регистрацию подается как на основании регистрации знака в стране происхождения, так и на основании факта подачи заявки в патентное ведомство страны происхождения.

Каждая договаривающаяся сторона, где испрашивается охрана, может в течение 18 месяцев в случае оспаривания регистрации заявить о том, что охрана знака на ее территории не может быть предоставлена. Если национальная регистрация не закончилась регистрацией знака или базовая регистрация в стране происхождения была аннулирована, международная регистрация не прекращается полностью, а может быть преобразована в национальные (или региональные заявки).

Еще одной целью подписания Протокола является установление связи между Мадридской системой и региональной системой товарных знаков Европейского союза. Заявка в соответствии с Протоколом подается на английском, французском или испанском языках. Мадридское соглашение и Протокол являются взаимосвязанными соглашениями.

В 1980-е годы параллельно с подготовкой Соглашения ТРИПС под эгидой ВОИС осуществлялись работы, направленные на разработку нового международного соглашения по товарным знакам - Договора о законах по товарным знакам (**Trademark Law Treaty, TLT**). В первоначальном варианте проект был направлен на унификацию видов регистрируемых знаков, приведение к единообразию абсолютных и относительных оснований для отказа в регистрации знака и разрешение противоречий между регистрируемыми и нерегистрируемыми знаками. В итоге было решено ограничиться вопросами унификации отдельных административных процедур при оформлении прав на товарный знак. Вводимые правила касаются прежде всего возможности разделения заявки и соответствующих требований, предъявляемых к заявителю при внесении им изменений в заявку. Договор **TLT** был подписан в 1994 г. в рамках Женевской дипломатической конференции <1>.

<1> Россия приняла Договор Постановлением Правительства РФ от 1 декабря 1997 г. N 1503. Договор вступил в силу для России 11 мая 1998 г.

Остановившись на **Соглашении ТРИПС**, необходимо отметить, что охраноспособным знакам и содержанию исключительных прав посвящены ст. ст. 15 - 21 Соглашения. Бесспорно, что различные подходы к правовой охране и процедуры их регистрации в разных странах осложняли задачи по гармонизации международного права в области товарных знаков. Несмотря на сложности по разработке единой формулировки понятия "товарный знак" и единообразных условий для его регистрации, в Соглашении ТРИПС сделаны определенные положительные сдвиги в указанном направлении. Так, правилами п. 1 ст. 15 Соглашения предусматривается, что все знаки и их комбинации, с помощью которых можно различать товары или услуги одного предприятия от товаров и услуг другого предприятия, могут быть признаны товарными знаками и подлежат правовой охране.

В Соглашении приводятся виды знаков, которые могут быть по общему правилу зарегистрированы: слова, включая имена собственные; буквы; цифры; изобразительные элементы и сочетания цветов, а также комбинации приведенных элементов. В отношении знаков, не обладающих различительной силой, национальному законодателю разрешается предоставлять правовую охрану при условии, что знак в процессе использования приобрел различительную способность. Кроме того, Соглашением предусматривается охрана знаков, которые могут не восприниматься визуально (например, звуковые и обонятельные товарные знаки).

Правила п. 1 ст. 16 Соглашения указывают на основополагающий принцип в отношении содержания

и сферы действия права на товарный знак, а именно: правообладатель знака наделен исключительными правами. Суть данных правомочий состоит в запрете третьим лицам использовать товарный знак. Такой запрет распространяется на использование в обороте обозначений, тождественных или сходных с зарегистрированным знаком в отношении однородных товаров или услуг, если указанное использование ведет к смешению знаков. Соглашение содержит правила (п. 1 ст. 16) об охране знаков, возникающей не в силу регистрации, а в силу использования знака. Очевидно, что указанная норма имеет существенное значение и для общеизвестных товарных знаков, поскольку на такие знаки охрана может возникать именно вследствие их интенсивного использования в обороте. Для предоставления расширенной охраны общеизвестным товарным знакам, распространяющейся на неоднородные товары, Соглашением устанавливается необходимость учитывать известность знака в обществе, в том числе в результате проведения рекламных кампаний.

Содержащиеся в ст. 18 Соглашения правила относятся к срокам охраны товарного знака. В отличие от авторско-правовой формы охраны произведения и патентной формы охраны изобретения, имеющих определенные сроки, по истечении которых объекты становятся достоянием общественности, с товарными знаками складывается иная ситуация. Знак рассматривается как указание на коммерческое предложение товара. Данная функция действует в отношении знака до тех пор, пока обозначение пребывает в обороте и используется в установленном порядке. Правовая охрана товарного знака фактически не ограничена временными рамками, Соглашение ТРИПС предусматривает минимальный стандарт - первоначальный срок правовой охраны, равный семи годам. Следует отметить, что в России, США, Японии, Швейцарии, странах Европейского союза первоначальный срок охраны знака составляет 10 лет.

15.2.4. Право промышленной собственности

1. Изобретение.

Признание технического решения изобретением во всем мире осуществляется нормами патентного права и подтверждается выдачей охранного документа - патента. Для получения патента на изобретение необходимо оформление и подача составленной по определенным правилам заявки в патентное ведомство. Поскольку, как отмечалось выше, исключительные права из патента обладают территориальным действием, патент действует только в пределах государства, в котором был выдан. Патентование изобретения в иностранном государстве осуществляется в соответствии с внутренними нормами патентного права каждого государства. Для большинства стран основным источником патентного права является внутренний патентный закон.

Нематериальный характер изобретения и возможность создания одного и того же новшества параллельно независимыми авторами требуют особой формализованной процедуры - патентной экспертизы. Для установления **приоритета** (первенства) изобретения экспертизой осуществляется проверка на соответствие материалов патентной заявки определенным требованиям. При наличии двух одинаковых заявок приоритет может быть установлен только для ранее поданной в патентное ведомство заявки и по общему правилу совпадает с датой ее подачи в патентное ведомство. Экспертиза руководствуется специальными критериями патентоспособности изобретения. К ним относят критерий новизны, означающий, что предложенное техническое решение не должно быть известно в мире (**критерий мировой новизны**). Новизна устанавливается посредством проведения специального информационного поиска, прежде всего по патентным источникам и научно-технической литературе. Заявленное техническое новшество должно обладать практической полезностью и возможностью его воспроизведения (**критерием промышленной применимости**). Наконец, предложенное новшество не должно относиться к объектам обычного технического конструирования, а обладать оригинальностью, неочевидностью (**критерий изобретательского уровня**).

По общему правилу, если экспертизой устанавливается соответствие заявленного решения всем критериям патентоспособности, принимается решение о признании новшества изобретением. После уплаты соответствующей патентной пошлины выдается охранный документ - патент. В большинстве стран установлен 20-летний срок действия патента при условии его поддержания посредством патентных пошлин. По истечении указанного срока изобретение переходит в общественное достояние. Современным патентным правом предусмотрена возможность патентования изобретений во всех областях науки и техники.

К непатентоспособным решениям закон относит предложения, противоречащие общественному порядку, идеи, выраженные обычным представлением информации, математические теории, методы и некоторые другие решения.

Патентом удостоверяется исключительное право, означающее, что патентообладатель может использовать изобретение самолично и запретить использование иным лицам. Лицо, нарушившее патент,

обязано прекратить нарушение и возместить причиненный ущерб в порядке, предусмотренном гражданским законодательством.

Патентообладателем может выступать либо автор изобретения, либо преимущественным образом хозяйствующие субъекты, осуществляющие инвестирование в научно-технические исследования и одновременно выступающие работодателями автора (правовой режим служебных изобретений).

Иностранные физические и юридические лица пользуются признанием исключительных прав в соответствии с международными договорами Российской Федерации (п. 1 ст. 2 Парижской конвенции 1883 г., ст. 3 Соглашения ТРИПС). Содержание прав, порядок осуществления и ограничения и их защита определяются, если только международным договором не предусмотрено иное, правилами ГК РФ независимо от законодательства страны возникновения исключительного права на изобретение.

Иностранные юридические лица либо их патентные поверенные, а также физические лица, постоянно проживающие за пределами России, осуществляют ведение дел по получению патентов через патентных поверенных, зарегистрированных в Российском патентном ведомстве (далее - Роспатент). Требования к патентному поверенному, объем его полномочий, порядок аттестации определяются Правительством РФ. Аналогичные правила, за исключением процедуры оформления охранных документов, установлены в отношении полезной модели и промышленного образца.

Как известно, патентная политика государства как участника торгового оборота и других субъектов частного права формируется посредством создания "портфеля" технических новшеств, их патентования и в результате получения конкурентных преимуществ на внутреннем рынке и в международной торговле. При патентовании отечественных разработок за границей обеспечиваются, во-первых, экономические интересы российских экспортеров в процессе международного технологического обмена, во-вторых, охрана совместных разработок при научно-техническом сотрудничестве, в-третьих, патентование может проводиться в целях изучения зарубежных рынков и активности фирм-конкурентов, а также обеспечения оптимальных условий при заключении лицензионных договоров.

Патентование отечественных изобретений в зарубежных странах осуществляется преимущественным образом спустя шесть месяцев после подачи заявки в Роспатент. Патентование, проводимое в соответствии с правилами Договора о патентной кооперации 1970 г. и Евразийской патентной конвенцией 1994 г., допускается без подачи заявки в Роспатент. Международная заявка при этом подается в федеральный орган исполнительной власти по интеллектуальной собственности как в получающее ведомство с указанием Российской Федерации как государства, где будет истребован патент. Согласно правилам Евразийской патентной конвенции евразийская заявка также подается в указанный выше федеральный орган. Законодательством большинства зарубежных стран предусмотрено ведение дел по иностранным изобретениям через патентных поверенных.

2. Товарный знак и наименование места происхождения товаров.

Товарные знаки и знаки обслуживания (далее - товарный знак) представляют собой обозначения, служащие для индивидуализации товаров, оказываемых услуг и выполняемых работ юридических и физических лиц (индивидуальных предпринимателей). Товарные знаки в имущественном обороте нередко обладают значительной коммерческой ценностью, являясь ценными нематериальными активами предприятий.

В России в отношении товарного знака действует регистрационная система. Поэтому для возникновения исключительных прав на товарный знак необходимо надлежащим образом оформить и подать заявку в Роспатент. Следует подчеркнуть, что наряду с регистрационной системой признается, согласно ст. 6 Парижской конвенции и ст. 16 Соглашения ТРИПС, возникновение прав на товарный знак в силу его использования. К обозначению, заявленному на регистрацию, предъявляется требование **различительной способности**. В качестве товарного знака могут быть зарегистрированы словесные, изобразительные, объемные и иные обозначения.

Из массива охраноспособных обозначений изымаются те из них, которые не могут быть использованы:

- в силу требования общественного порядка;
- которые используются как государственная символика и символика межправительственных организаций;
- содержащие изображения объектов культурного или природного наследия, а также объектов авторского права. Однако заявителю в последнем случае предоставляется возможность получения разрешения на использование обозначения от соответствующих компетентных органов или лиц, уполномоченных собственниками;
- при получении правовой охраны должен соблюдаться основной принцип права на товарный знак - недопустимость введения в заблуждение потребителей относительно товара или его изготовителя. Для соблюдения данного принципа законом запрещается регистрация обозначений, тождественных и в некоторых случаях сходных с уже зарегистрированными или поданными на регистрацию товарными

знаками, а также другими объектами промышленной собственности (в частности, промышленными образцами, наименованиями места происхождения товара, селекционными достижениями);

- правовая охрана не может быть предоставлена обозначениям, признаваемым товарными знаками согласно правилам международных договоров.

В отношении зарегистрированного товарного знака признается исключительное право, удостоверяемое выдачей свидетельства, которое действует в течение 10 лет. Правообладателю предоставлена возможность неоднократного продления свидетельства каждый раз сроком на последующие 10 лет.

Для отдельных товарных знаков, которые получили название, **общеизвестных**, предусмотрен специальный правовой режим, согласованный с правилами ст. 6 bis Парижской конвенции. Если Палатой по патентным спорам Роспатента принимается решение о признании товарного знака общеизвестным, правовая охрана такого знака действует бессрочно.

Для правообладателя законом установлена обязанность использования зарегистрированного товарного знака. В силу неиспользования знака непрерывно в течение любых трех лет со дня регистрации правовая охрана может быть прекращена Роспатентом досрочно по заявлению заинтересованного лица. Бремя доказывания использования товарного знака лежит на правообладателе. Необходимо подчеркнуть, что использованием товарного знака, в частности, признается и его использование другим лицом по лицензионному договору, а также все действия, направленные на введение маркированных знаком товаров в оборот.

Итак, осуществление исключительных прав на товарный знак может быть реализовано правообладателем посредством действий, связанных, во-первых, с размещением знака на товаре, его упаковке, различного рода документации, в рекламе, в сети Интернет, при выполнении работ и оказании услуг; во-вторых, в действиях, связанных с предложением к продаже, продажей, хранением с целью введения в оборот маркированных знаком товаров, их ввозом на территорию России.

Иностранцы юридические и физические лица пользуются исключительными правами на товарный знак, предусмотренными международными договорами Российской Федерации (п. 1 ст. 2 Парижской конвенции, ст. 3 Соглашения ТРИПС).

Нарушитель исключительных прав на знак обязан прекратить нарушение, выплатить либо причиненные убытки, либо денежную компенсацию. Правообладатель может требовать за счет нарушителя изъятия из оборота и уничтожения контрафактных товаров, этикеток, упаковок товаров.

Интенсивное использование сети Интернет и, в частности, доменных имен для продвижения товаров на рынках привело к значительному росту судебных споров между правообладателями товарных знаков и сходных до степени смешения с ними доменных имен. При участии ВОИС была разработана Единая политика разрешения споров о доменных именах (**Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy, UDRP**) и Правила (**Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy**). ВОИС была применена юридическая конструкция "недобросовестная регистрация". При выявлении признаков недобросовестной регистрации правообладатель товарного знака может с помощью процедуры **UDRP** "отобрать" домен, обратившись в специализированную организацию. К началу 2006 г. Арбитражным центром ВОИС было рассмотрено 8300 споров по более чем 16 тыс. доменов <1>.

<1> См.: Серго А. Доменные имена. М., 2006. С. 114.

Для обеспечения продвижения отечественных товаров на международных рынках правообладатели товарных знаков осуществляют международную регистрацию знаков в странах, куда экспортируется продукция. Регистрация проводится как на основе правил национального законодательства, так и в соответствии с международными договорами.

Растущие объемы международного товарообмена нередко сопровождаются случаями незаконного использования товарных знаков в виде производства контрафактной продукции и продукции так называемого параллельного ("серого") импорта. Вопросы регулирования параллельного импорта связаны с исчерпанием исключительных прав на товарный знак. В зависимости от модели исчерпания признаются национальное или международное исчерпание прав. В России в отношении товарного знака признается национальное исчерпание прав (ст. 1487 ГК РФ). Следует обратить внимание, что Соглашением ТРИПС (ст. 6) допускается выбор правила об исчерпании прав в рамках национального законодательства. Вместе с тем различные модели исчерпания, которые применяются разными государствами, нередко являются причиной многочисленных судебных дел по параллельному импорту <1>.

<1> См.: Пирогова В.В. Исчерпание исключительных прав и параллельный импорт. М., 2008.

3. Наименованием места происхождения товара.

Наименованием места происхождения товара (далее - наименование) признается обозначение, указывающее на взаимосвязь товара с географическим объектом, а также природными и (или) людскими факторами (например, Гжель, Нарзан, Палех).

Понятие "географический объект" для целей охраны наименования применяется в широком толковании: название страны, местности, района, причем как официальное, так и историческое, как полное, так и сокращенное.

На территории России признаются исключительные права на наименование, зарегистрированное Роспатентом в установленном порядке. Лицам, зарегистрировавшим наименование, выдается свидетельство сроком на 10 лет с возможностью неоднократного продления при соблюдении соответствующих требований каждый раз на 10-летний срок.

Законом допускается регистрация в качестве наименования обозначения географического объекта, который находится в иностранном государстве, если на данный объект распространяется охрана в стране происхождения товара. Например, наименование "венецианское стекло" может быть зарегистрировано в России только при условии охраны в Италии. Следует подчеркнуть, что правообладателем может быть только лицо, права которого на наименование охраняются в стране происхождения товара. Исключительные права на одно наименование могут быть предоставлены любым юридическим и физическим лицам, если они производят товар в границах одного и того же географического объекта и товар обладает одними и теми же особыми свойствами. Заключение лицензионных договоров и отчуждение наименования не допускается. Нарушение прав на наименование ведет к последствиям, аналогичным при незаконном использовании товарных знаков.

Российские юридические лица и граждане могут осуществлять международную регистрацию наименования после его регистрации на территории Российской Федерации.

В п. 2 ст. 2 Парижской конвенции отмечается, что "объектами охраны промышленной собственности являются, среди прочих, указания происхождения или наименования места происхождения товаров. Под указаниями происхождения обычно понимаются все выражения или все знаки, используемые для того, чтобы показать, что данный продукт (или услуга) произведен определенной страной или группой стран, в конкретном районе или ином определенном месте" <1>. Таким образом, в современном праве наименование места происхождения рассматривается как частное понятие более общего - "указание происхождения".

<1> См.: Боденхаузен Г. Парижская конвенция по охране промышленной собственности: Комментарий. М., 1977. С. 33.

В случае ложного указания происхождения товара применяются правила ст. 10 bis Конвенции, относящиеся к актам недобросовестной конкуренции, в частности, следующие действия: указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

В 1891 г. в рамках Парижского союза был подписан Мадридский договор о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения товаров. В ст. 1 Мадридского договора указывается, что правовой охране подлежат все указания происхождения, как прямые, так и косвенные, как от ложного использования, так и от использования, вводящего в заблуждение. Отдельные слабые стороны Мадридского договора, касающиеся мер по защите прав, были устранены правилами Лиссабонского соглашения об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации 1958 г. Российская Федерация не принимает участия ни в Мадридском, ни в Лиссабонском соглашениях.

Важный шаг для создания единых стандартов в правовой охране указаний происхождения был сделан Соглашением ТРИПС, правила которого содержат единую терминологию - "географические указания". В п. 1 ст. 22 Соглашения говорится, что географические указания - это обозначения, с помощью которых идентифицируются товары из определенных географических районов, местностей или областей, при этом существенные качества товара, его репутация и другие особые свойства товара преимущественным образом определяются его географическим происхождением. В п. п. 1 - 3 ст. 24 Соглашения содержатся особые правила, обязывающие страны-участницы принимать соответствующие меры к улучшению правовой охраны вин и спиртных напитков, что представляет особое значение для таких стран, как Франция, Италия, Испания и Португалия.

Положения ст. 22 Соглашения распространяют свое действие на все товары, включая аграрную и промышленную продукцию. Обратим внимание, что известный Регламент Совета 2081/92 по защите географических наименований и обозначений происхождения действует ограниченно, лишь в отношении продуктов питания и сельхозпродукции. Таким образом, впервые в международном договоре было сформулировано наиболее широкое понятие географического указания и обозначена взаимосвязь между

товаром и географическим происхождением.

Государства СНГ в 1999 г. заключили Соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний. По состоянию на февраль 2013 г. в Соглашении участвуют Азербайджан, Армения, Белоруссия, Грузия, Казахстан, Киргизия, Молдавия, Россия, Узбекистан, Украина, Таджикистан.

15.2.5. Лицензионный договор

Лицензионный договор относят к основному виду гражданско-правовых договоров о передаче технологий. За счет лицензионной торговли без дополнительных инвестиций в производство и оборудование возможно расширение рынков сбыта продукции. Нередко заключение лицензионного договора является продуманной технической политикой ряда фирм, инвестирующих капиталы в научные исследования. Концентрация таких научных исследований позволяет опережать конкурентов и извлекать значительные прибыли от лицензионной торговли. Так, фирма "Моторола" в течение последних 15 лет инвестировала в научные исследования 150 млн. долл. и оформила около 10000 различных прав промышленной собственности на новые технологии, фирма "Дженерал Электрик" в течение 8 лет вложила в исследования 30 млн. долл. и стала правообладателем около 1000 патентов.

Лицензионный договор следует отнести к основной форме распоряжения исключительными правами на изобретение, товарный знак, авторское произведение, включая программы для ЭВМ и другие объекты интеллектуальных прав.

В отечественном законодательстве 1990-х годов лицензионному договору были посвящены отдельные положения специальных законов по интеллектуальной собственности (в частности, Патентного закона, Закона о товарных знаках).

В большинстве иностранных государств правила о лицензионном договоре содержатся в аналогичных законах. Вместе с тем во многих странах в целях регулирования международного технологического обмена принимается ряд дополнительных нормативных актов. Так, в США действует Антимонопольное положение о лицензиях в сфере интеллектуальной собственности 1995 г., в Японии - Постановление Антимонопольной комиссии о патентных лицензионных договорах и договорах о передаче ноу-хау, в Европейском союзе, помимо правил Римского договора (ст. ст. 81, 82), в 2004 г. вступило в силу Постановление Еврокомиссии N 772 о передаче технологий.

Правилами ст. 1235 ГК РФ устанавливается, что по лицензионному договору одна сторона - обладатель исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования такого средства в предусмотренных договором пределах. Лицензионный договор заключается в письменной форме и в отношении регистрируемых прав (включая права на изобретение и товарный знак) подлежит государственной регистрации в Роспатенте.

Одной из особенностей лицензионного договора является предмет договора. В качестве предмета договора выступают нематериальные объекты (изобретения, ноу-хау, товарные знаки, программы для ЭВМ), исключительные права на них, удостоверяемые охранными документами (патентами, свидетельствами), и способы использования соответствующего объекта. Важно отметить сложную правовую природу данного вида договора и сопровождающие его исполнение риски. Так, на этапе разработки договора лицензиару необходимо решить вопрос о выдаче исключительной или простой (неисключительной) лицензии. В случае простой лицензии, когда исключительные права предоставляются нескольким лицам, у лицензиата при развитии производства могут возникнуть конкуренты. В современной лицензионной практике наблюдается общая тенденция к сокращению числа лицензиатов и выдаче исключительных лицензий.

Лицензиату при заключении лицензионного договора с иностранным контрагентом необходимо учитывать вопросы применимого права (согласно правилам п. 3 ст. 1211 ГК РФ к лицензионным договорам, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо обстоятельств дела, подлежит применению право страны лицензиара), оценивать коммерческую активность лицензиара в стране лицензиата (в частности, учреждение дочерних и совместных предприятий).

Поскольку закупки лицензий требуют, как правило, значительных инвестиций в производство, целесообразно по результатам собственных научных исследований сделать выбор либо в пользу приобретения лицензии, либо в пользу продолжения собственных исследований. Помимо прочего, следует провести техническую экспертизу предложений лицензиара, осуществить проверку расчета лицензионных платежей с тем, чтобы их размеры были средними по соответствующей отрасли производства.

При отсутствии в возмездном лицензионном договоре условия о размере вознаграждения или порядке его определения договор считают незаключенным. В случае нарушения обязанности лицензиата

по уплате вознаграждения лицензиар может в одностороннем порядке отказаться от договора и требовать возмещения причиненных убытков.

Срок действия лицензионного договора не должен превышать срока действия исключительных прав. Так, прекращение действия патента ведет к прекращению уплаты лицензионных платежей. Неуказание срока означает, что договор действует в течение пяти лет. Если в течение срока действия договора исключительные права переходят от лицензиара к новому правообладателю, данные обстоятельства не являются основанием для изменения или расторжения лицензионного договора.

По требованию лицензиара лицензиат обязан представлять отчеты о своей производственной деятельности. Поскольку лицензионный договор может выступать правовым инструментом конкурентной политики, лицензиар должен воздерживаться от любых действий, способных привести к затруднению производственной или иной коммерческой деятельности лицензиата, связанной с исполнением договора. В связи с этим требованием целесообразно указывать в договоре территорию, на которой допускается осуществление лицензиатом предоставленных ему исключительных прав.

Помимо исключительной и простой (неисключительной) лицензии, различают сублицензию, открытую и принудительную лицензию. Лицензиаром может быть выдано разрешение лицензиату на заключение им сублицензионного договора с другими лицами. Если изобретение не используется в течение четырех лет со дня выдачи патента, что ведет к нехватке соответствующих товаров или услуг на рынке, и при отказе в предоставлении лицензии любое лицо может в судебном порядке потребовать выдачи принудительной (неисключительной) лицензии. Данное правило содержится в п. 4 ст. 5 А Парижской конвенции 1883 г. и п. (g) ст. 31 Соглашения ТРИПС. Российской судебной практике неизвестны подобные споры. При выдаче принудительных лицензий иностранными судами применяется понятие "общественные интересы", находящее широкое толкование (в частности, в данное понятие включаются интересы национальной и экологической безопасности, здоровья нации) <1>.

<1> Например, решение Верховного суда Германии о выдаче принудительной лицензии на производство лекарственного препарата интерферона (BGH, 5.12.1995 "Polyferon").

Открытая лицензия в соответствии с правилами ст. 1368 ГК РФ может быть предоставлена любому лицу, если патентообладателем представлено в Роспатент соответствующее заявление. Сведения о предлагаемом изобретении публикуются в официальном бюллетене Роспатента.

Особое значение имеет лицензионный договор при использовании служебных изобретений. Работодатель может использовать изобретение на правах простой (неисключительной) лицензии в течение всего срока действия патента в случае оформления исключительных прав работником - автором изобретения.

В международной практике значительное место отводится беспатентным лицензиям (**договорам о передаче ноу-хау**). Быстрые темпы обновления знаний, развитие информационных технологий нередко являются причинами отказа от патентования и заключения договоров о передаче ноу-хау. Согласно правилам ст. 1469 ГК РФ по лицензионному договору о предоставлении права использования секрета производства (ноу-хау) одна сторона - обладатель исключительного права (лицензиар) предоставляет или обязуется предоставить другой стороне (лицензиату) право использования соответствующего секрета производства в установленных договором пределах.

В отличие от патентной лицензии в договоре о передаче ноу-хау исключительные права действуют до тех пор, пока сохраняется конфиденциальность сведений, составляющих содержание секрета производства. Нарушитель исключительного права на секрет производства обязан возместить причиненные убытки в соответствии с действующим законодательством. Помимо правил гл. 75 ГК РФ, секреты производства регулируются Федеральным законом от 29 июля 2004 г. "О коммерческой тайне" и правилами Федерального закона от 26 июля 2006 г. "О защите конкуренции". Правила ст. ст. 10 - 14 Закона "О защите конкуренции" направлены в том числе и на пресечение недобросовестной лицензионной торговли, что согласуется с требованиями ст. 40 Соглашения ТРИПС о запрете антиконкурентной лицензионной практики.

В иностранных государствах передача ноу-хау регулируется общими нормами договорного права и антимонопольного законодательства. В США в 1985 г. был принят Единообразный закон о торговых секретах (**Uniform Trade Secrets Act**). При незаконном использовании ноу-хау могут применяться правила Федерального закона против экономического шпионажа 1996 г. (**Federal Economic Espionage Act**), которыми в отдельных случаях предусматривается уголовная ответственность.

В странах Европейского союза, помимо Постановления Еврокомиссии N 772 о передаче технологий и соответствующих правил Договора о ЕЭС с 2006 г., действует Директива 2004/48/ЕС о реализации прав интеллектуальной собственности.

АЛФАВИТНО-ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ <1>

<1> Ссылка в указателе включает в себя термин, обозначающий то или иное понятие, и цифровой указатель, состоящий из номера главы учебника и номера абзаца этой главы (в круглых скобках). Например: "Правосубъектность индивидуального предпринимателя" 1 (71), где 1 - номер главы, а (71) - номер абзаца в этой главе.

А

- Абсолютно недоступные права
понятие 1 (107)
- Автономия воли (**lex voluntatis**), см. также **Выбор права сторонами договора**
при рассмотрении споров в МКА 5 (3)
при выборе применимого права 5 (6)
понятие 5 (1)
способы выражения 5 (2)
- Авторское право
в МЧП 15 (1)
- Всемирная (Женевская) конвенция ЮНЕСКО об А.п. от 6 сентября 1952 г. 15 (70)
- Бернская конвенция ВОИС об охране литературных и художественных произведений (1886 г.) 15 (38)
- коллизийные нормы в части четвертой ГК РФ 15 (20)
- признание в национальном законе 15 (6)
- признание в международных соглашениях 15 (14)
- "расщепление" норм о признании А.п. в российском законодательстве 15 (7)
- основные международные соглашения об охране А.п. 15 (28)
- Соглашение о торговых аспектах права интеллектуальной собственности 1994 г. (Соглашение ТРИПС) 15 (88)
- сочетание территориального и личного критерия регулирования А.п. с иностранным элементом в российском законодательстве 15 (12)
- экстерриториальность личных неимущественных прав в российском законодательстве 15 (9)
- Апатриды, см. также **Лица без гражданства**
Конвенция о статусе А. 1954 г. 1 (12)
понятие 1 (11)

Б

- Беженец
Конвенция о статусе Б. 1951 г. 1 (129)
- лица, признаваемые Б. 1 (116)
- лица, не могущие быть признанными Б. 1 (136)
- личный статус 1 (126)
- обязательства Б. перед страной, в которой он находится 1 (125)
- особенности правового положения 1 (138)
- понятие в международном праве 1 (115), 1 (123)
- Брак в международном частном праве
гражданский 14 (19)
- институт брачного договора (контракта) 14 (56)
- коллизийно-правовое регулирование имущественных отношений в правовых системах РФ и зарубежных стран 14 (52)
- коллизийно-правовое регулирование расторжения Б. в России 14 (127)
- коллизийно-правовое регулирование расторжения Б. за рубежом 14 (146)
- международно-правовое регулирование развода 14 (159)
- обстоятельства, при которых Б. может быть заключен 14 (20)
- особенности заключения Б. в разных странах 14 (21 - 27)
- основные принципы заключения Б. 14 (22)
- оформление родительских прав 14 (74)
- понятие "расторжение Б." 14 (113)

- понятие Б. 14 (17), (18)
- правовое регулирование отношений между супругами 14 (39)
- правовое регулирование отношений между родителями и детьми, иными родственниками 14 (72),
- (84) право, применимое к расторжению Б. 14 (182)
- признание Б. 14 (31)
- признание судебных решений о расторжении Б. 14 (220)
- причины развода в МЧП 14 (114)
- различия в законодательстве государств при определении оформления родительских прав (множество коллизионных норм) 14 (75)
- расторжение Б. в МЧП 14 (105)
- расторжение Б. в России 14 (123)
- тенденции реформы концепции развода 14 (111)
- конфессиональный Б. 14 (19)
- формы внебрачного сожительства 14 (21)

В

- Венская конвенция о международных договорах купли-продажи товаров 1980 г.
- акцепт 6 (99)
- заключение договора 6 (89)
- оферта 6 (91)
- права и обязанности сторон 6 (107)
- применимое право 6 (71)
- средства правовой защиты 6 (124)
- условия применения 6 (65)
- Внедоговорные обязательства
- коллизионное регулирование ответственности изготовителя 11 (53)
- коллизионное регулирование обязательств, возникающих в результате дорожно-транспортных происшествий 11 (70)
- коллизионное регулирование обязательств, возникающих в результате деликтов на море 11 (82)
- коллизионное регулирование деликтов, возникающих в сфере использования атомной энергии 11
- (93) коллизионное регулирование недобросовестной конкуренции 11 (99)
- коллизионное регулирование деликтов, совершенных при эксплуатации воздушного транспорта 11
- (133) место совершения деликта (**locus delicti**) 11 (42)
- общие положения 11 (1)
- основная коллизионная привязка в сфере деликтных обязательств 11 (12)
- Внешнеэкономическая сделка, см. также **Договор купли-продажи**
- в российском законодательстве 6 (6)
- двусторонние 6 (5)
- источники правового регулирования 6 (16)
- критерии 6 (13)
- коллизионная привязка формы (**lex loci actus** и **lex causae**) 6 (30)
- коммерческое предприятие стороны во В.с. 6 (9)
- односторонние 6 (5)
- письменная форма 6 (27)
- понятие 6 (14)
- предпринимательский характер 6 (12)
- форма 6 (25)
- электронная форма 6 (43)
- Выбор права
- применимого к части договора 5 (20)
- сторонами договора 5 (16)
- сторонами договора, сделанный после его заключения 5 (16)
- сторонами договора, связанного с одной страной 5 (25)

Г

Государство

- как субъект права 3 (1)
 - иммунитет 3 (14), (35)
 - иммунитет собственности 3 (46)
 - концепции иммунитета 3 (51)
 - международно-правовое регулирование иммунитета 3 (65)
 - юрисдикционный иммунитет 3 (40)
- ## Гражданство
- как устойчивая правовая связь лица и государства 1 (19)
 - как коллизионная привязка 1 (21)
 - двойное 1 (44)
 - приобретение с согласия государства 1 (20)
 - утрата с согласия государства 1 (20)

Д

Дееспособность

- Д. физического лица определяется личным законом 1 (73)
- общие правила лишения Д. 1 (86)
- Договор купли-продажи, см. также **Внешнеэкономическая сделка**
- Конвенция ЮНСИТРАЛ о международной купле-продаже товаров 1980 г. 6 (2)
- понятие 6 (2)

понятие Д. международной к.-п. (ДМКП) 6 (2)

соотношение ДМКП и потребительского Д.к.-п. 6 (3)

Договор международного финансового лизинга, см. также **Оттавская конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г., Конвенция СНГ о межгосударственном лизинге**

- возвратный лизинг 7 (11)
- лизинговые компании 7 (6)
- оперативный лизинг 7 (14)
- полный лизинг (**wet leasing**) 7 (9)
- понятие финансового лизинга 7 (1)
- раздельный лизинг (**leveraged leasing**) 7 (12)
- револьверный (возобновляемый) лизинг 7 (13)
- содержание договора лизинга 7 (2)
- частичный лизинг 7 (10)
- чистый лизинг (**net leasing**) 7 (8)

Домицилий

- по происхождению 1 (23)
- по выбору 1 (23), (26)
- отца 1 (24)
- матери 1 (24)
- концепция 1 (23)
- приобретение 1 (26)
- утрата 1 (25)

З

- Защита прав и интересов граждан консулом 1 (187)
- основные консульские функции 1 (215)
- становление и развитие консульских функций 1 (197)

И

Иностранец

- понятие 1 (5)
- гражданин иностранного государства как И. 1 (5)
- лицо, не являющееся гражданином ни одного из государств, как И. 1 (5)
- Иностраный гражданин

в законодательстве РФ 1 (8)
правовое положение в российском законодательстве 1 (9)
своеобразие правового положения 1 (16)

Иностранные инвестиции, см. также **Национализация иностранной собственности, Соглашение**

о разделе продукции

гарантии прав иностранных инвесторов 4 (147)
законодательство РФ об И.и. 4 (96)
коммерческие предприятия с И.и. 4 (105)
международно-правовое регулирование 4 (161)
понятие 4 (96)
прямые 4 (102), (103)
портфельные 4 (102), (104)
Исковая давность
в РФ как институт материального права 5 (194)
в странах общего права как институт процессуального права 5 (194)
общие положения 5 (194)

К

Конвенция СНГ о межгосударственном лизинге 1998 г. 7 (85)
Коллизионное регулирование вещных прав
понятие 4 (28)

Л

Лица без гражданства, см. также **Апатриды**
понятие 1 (11)
Личный закон
закон гражданства как разновидность Л.з. 1 (17)
закон местожительства как разновидность Л.з. 1 (17)
в вопросах правосубъектности физических лиц 1 (17)
в модели Гражданского кодекса стран СНГ 1 (35)
правила определения Л.з. физического лица 1 (40)
Личный закон (личный статут - **lex societatis**) юридического лица
директивы, унифицирующие Л.з. 2 (53)
компромисс применения нескольких критериев 2 (23)
критерии определения 2 (6)
критерий места учреждения (инкорпорации) 2 (6)
критерий реальной оседлости 2 (10)
критерий центра эксплуатации 2 (20)
критерий контроля 2 (21)
новые организационно-правовые формы юридических лиц как направление унификации положений
о Л.з. 2 (62)
понятие 2 (1)
проекты международных договоров, направленных на унификацию регулирования правового
статуса (Л.з.) 2 (27)
унификация 2 (51)

М

Межгосударственные (межправительственные) международные организации (ММО) 2 (88)
Международные неправительственные организации (МНО) 2 (88)
Международная перевозка, см. также **Международные автомобильные перевозки, Международные воздушные перевозки, Международные железнодорожные перевозки, Международные морские перевозки**
виды 8 (3)
коллизионные вопросы 8 (20)
общие коллизионные нормы 8 (28)
особенность правоотношений, возникающих при М.п. 8 (2)

отношения между государствами по поводу М.п. как сфера публичного права 8 (5)
отношения между международными транспортными организациями по поводу М.п. как сфера публичного права 8 (5)
отношения между транспортными организациями и их клиентурой по поводу М.п. как сфера частного права 8 (6)
специальные коллизионные привязки 8 (30)
унификация материально-правовых норм, регулирующих отношения перевозки грузов 8 (7)
Международные автомобильные перевозки, см. также **Международная перевозка**
заключение договора 8 (123)
международные соглашения о договоре международной дорожной перевозки 8 (119)
международные соглашения об автомобильных перевозках пассажиров 8 (152)
ответственность перевозчика 8 (130)
предъявление требований к перевозчику 8 (138)
Международные банковские сделки
виды 9 (17)
международный банковский сектор 9 (1)
международные банковские сделки (общая характеристика) 9 (7)
международные банковские гарантии и резервные аккредитивы 9 (56)
основы международного вексельного права 9 (66)
правовое регулирование международного кредитного перевода 9 (18)
электронный перевод денежных средств 9 (28)
SWIFT 9 (32)
правовое регулирование документарных аккредитивов 9 (35)
правовое регулирование документарного инкассо 9 (48)
Международное вексельное право
векселедержатель 9 (69)
векселедатель 9 (70)
гарант 9 (71)
коллизионное регулирование векселя 9 (77)
понятие международного векселя 9 (68)
регулирование обращения международного векселя 9 (73)
Международные воздушные перевозки, см. также **Международная перевозка**
коллизионные вопросы 8 (245)
международные договоры 8 (181)
правовой режим по Варшавской конвенции 1929 г. 8 (200)
правовой режим по Монреальской конвенции 1999 г. 8 (221)
Международные железнодорожные перевозки, см. также **Международная перевозка**
КОТИФ (Конвенция о международных железнодорожных перевозках 1980 г.) 8 (73)
порядок организации между странами - участницами СМГС и КОТИФ 8 (109)
правовой режим 8 (33)
Соглашение о международном железнодорожном пассажирском сообщении (СМПС) 8 (34)
Соглашение о международном железнодорожном грузовом сообщении (СМГС) 8 (34)
унификация коллизионных ном 8 (104)
условия 8 (39)
условия перевозки пассажиров и багажа 8 (57)
Международные кредитные сделки
виды 9 (80)
Международные морские перевозки грузов, см. также **Международная перевозка**
Гааго-Висбийские правила 8 (263)
Гамбургские правила 8 (299)
регулирование в российском законодательстве 8 (359)
Роттердамские правила 8 (318)
Международные перевозки грузов с участием нескольких перевозчиков и видов транспорта 8 (247)
Международные сделки на международных финансовых рынках АДР (американская депозитарная расписка) 10 (38), (39)
еврооблигации (**eurobonds**) 10 (34)
источники правового регулирования 10 (5)
международные сделки обратной покупки ценных бумаг (сделки РЕПО) 10 (41)
международные сделки кредитования ценными бумагами 10 (41), (44)

международные сделки с производными финансовыми инструментами (деривативами) 10 (53)
опционный контракт 10 (55)
особенности 10 (4)
своп 10 (56)
сделки с международными ценными бумагами 10 (34)
трансграничное владение ценными бумагами 10 (9), (12)
трансграничные переводы ценных бумаг 10 (10), (13)
Место жительства
в соответствии с российским законодательством 1 (30)
критерий М.ж. для установления личного закона физического лица 1 (22)

Н

Наследственное право
договорный режим применимого права 12 (29)
иностраный элемент в наследственном правоотношении 12 (2)
компетенция по делам международного наследования 12 (10)
компетенция оформления наследства по российскому праву 12 (15)
международное наследование 12 (1), (2)
наследование **ab intestate** 12 (46)
наследование по завещанию 12 (64)
общий режим применимого права 12 (18)
определение применимого права 12 (17)
открытие завещания 12 (81)
передача актива наследства имущества 12 (92)
приобретение наследства 12 (83)
принятие наследства 12 (83)
отказ от принятия наследства 12 (83)
проблемы использования российской коллизионной нормы в области наследования 12 (34)
подготовка будущего наследования 12 (4)
разнообразии наследственных систем 12 (5)
раздел наследства 12 (128)
раздельная система определения применимого права 12 (8)
сведения о завещаниях 12 (75)
сфера действия применимого к наследованию права 12 (44)
системы определения применимого права в сфере наследственного права 12 (6)
универсальная система применимого права 12 (8)
форма завещания 12 (66)
функции консула в наследственных делах 12 (104)
Национализация иностранной собственности, см. также **Иностранные инвестиции** 4 (213)
конфискация 4 (216)
реквизиция 4 (215)
Недееспособность
признание гражданина недееспособным на основании права суда (**lex fori**) 1 (84)
порядок признания гражданина недееспособным 1 (91)

О

Общепризнанные принципы и нормы международного права 1 (7)
Общие права
понятие 1 (109)
Объявление физического лица умершим понятие 1 (163)
применимое право 1 (163)
Опека
коллизионная норма, устанавливающая привязку к праву страны 1 (153)
конвенции, регулирующие отношения О. 1 (158)
личный закон как основная коллизионная привязка 1 (149)
право, применяемое к О. 1 (149)
установление 1 (148)

Определение права
применимого к договору на основании коллизионных норм 5 (31)
по российскому законодательству 5 (48)
применимого к недействительности договора 5 (158)
Оттавская конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г., см. также **Договор
международного финансового лизинга** 7 (22)
Относительно доступные права
понятие 1 (108)

П

Патентное право
изобретение 15 (144)
лицензионный договор 15 (177)
международные договоры по П.п. 15 (115)
международные договоры по товарным знакам 15 (127)
место происхождения товара (наименование места происхождения товара) 15 (166)
право промышленной собственности 15 (144)
понятие "интеллектуальные права" в законодательстве РФ 15 (96)
товарный знак 15 (154)
Попечительство
конвенции, регулирующие отношения П. 1 (158)
коллизионная норма, устанавливающая привязку к праву страны 1 (153)
личный закон как основная коллизионная привязка 1 (149)
право, применяемое к П. 1 (149)
установление 1 (148)
Право на имя
коллизионная норма, касающаяся П.н.и. 1 (181)
национальные нормы о праве, применимом к П.н.и. 1 (183)
объем коллизионной нормы, касающейся П.н.и. 1 (182)
понятие 1 (178)
состав имени 1 (179)
юридическое значение имени гражданина 1 (180)
Право собственности, см. также **Собственник имущества**
доктрина предоставления иностранцам и лицам без гражданства национального режима в
отношении П.с. 4 (18)
защита 4 (80)
понятие 4 (1)
в современном континентальном праве (**full ownership**) 4 (3)
полное (**full ownership**) в системе общего права 4 (3)
на недвижимость (**titles, estates**) в системе общего права 4 (3)
в российском праве 4 (4)
государства за рубежом 4 (70)
состав (правомочия) в системе общего права 4 (11)
унификация норм МЧП по вопросам П.с. 4 (54)
Правовое положение
иностранцев 1 (4), (9)
лиц без гражданства 1 (4)
беженцев 1 (4)
Правоспособность
иностранцев 1 (56), (57)
ограничение П. иностранцев 1 (59)
Правосубъектность индивидуального предпринимателя 1 (71)
Право на выезд
закрепление в Конституции РФ 1 (92)
Правовое положение российских граждан, проживающих за рубежом 1 (98)
Принципы МЧП
принцип национального режима 1 (10)
принцип, согласно которому все люди должны пользоваться основными правами и свободами без

всякой дискриминации 1 (12)
принцип приравнивания лиц без гражданства в правах и обязанностях к российским гражданам 1 (14)
принцип гражданства 1 (34)
принцип места жительства 1 (34)
Признание физического лица безвестно отсутствующим понятие 1 (163)
право, применимое в делах о П.ф.л.б.о. 1 (164)

Р

Режим наибольшего благоприятствования 1 (99)
Режим национальный (национальный режим) 1 (100)

С

Семейное право
семейные отношения 14 (3)
интерлокальные коллизии в регулировании 14 (7)
интерперсональные коллизии в регулировании 14 (7)
иностраннный элемент в с.о. 14 (6)
коллизийные проблемы регулирования 14 (5)
межгосударственные коллизии в регулировании 14 (7)
особенности правовой базы регулирования С.о. с иностранным элементом 14 (8)
Собственник имущества, см. также **Право собственности**
в системе континентального права 4 (9)
в системе общего права 4 (10)
Соглашение о разделе продукции
понятие 4 (113)
Соотечественники
понятие 1 (111)
понятие "С. за рубежом" 1 (113)
программа мер по поддержке С. за рубежом 1 (112)

Т

Транснациональная корпорация (ТНК)
понятие 2 (75)
регулирование нормами МЧП 2 (80)
структура 2 (77)
Трудовое право
автономия воли при регулировании трудовых отношений международного характера 13 (9)
аутсорсинг 13 (180)
аутстаффинг как форма заемного труда 13 (182)
зарубежное законодательство о Т.п. 13 (1)
закон места работы при регулировании трудовых отношений международного характера 13 (18)
закон работодателя при регулировании трудовых отношений международного характера 13 (22)
закон гражданства работодателя или закон работодателя, направившего работника в командировку при регулировании трудовых отношений международного характера 13 (25)
закон страны заключения контракта о найме при регулировании трудовых отношений международного характера 13 (26)
закон наиболее тесной связи при регулировании трудовых отношений международного характера 13 (27)
закон места регистрации судна при регулировании трудовых отношений международного характера 13 (30)
закон флага судна при регулировании трудовых отношений международного характера 13 (30)
коллизийное регулирование трудовых отношений 13 (1)
коллизийное регулирование трудовых отношений в российском законодательстве 13 (33)
международно-правовое регулирование трудовых отношений 13 (55)
ограничение статуса иностранного гражданина в РФ 13 (119)

порядок трудоустройства иностранных граждан на территории РФ 13 (133), (134)
российские граждане в рамках эмиграционных потоков 13 (148)
статус труда иностранного гражданина в РФ 13 (105), (107), (125)
статус работодателя 13 (130)
статус труда лица без гражданства 13 (109)
труд иностранных граждан в РФ 13 (104)
трудоустройство российских граждан за рубежом 13 (146)

Ф

Физическое лицо
дифференциация 1 (3)
как субъект права 1 (2)
с позиции МЧП 1 (2)
