



ВЫСШАЯ ШКОЛА ЭКОНОМИКИ
НАЦИОНАЛЬНЫЙ ИССЛЕДОВАТЕЛЬСКИЙ УНИВЕРСИТЕТ

Международное частное право

И. В. Гетьман-Павлова

Учебно-
методическое
объединение
рекомендует

Учебник
4-е издание



Магистр

 **Юрайт**
ИЗДАТЕЛЬСТВО

И. В. Гетьман-Павлова

Международное частное право

учебник

4-е издание, переработанное и дополненное

Москва
 **юрайт**
издательство
2013

УДК 34
ББК 67.412.2я73
Г44

Автор:

Гетьман-Павлова И. В. — кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Национального исследовательского университета — Высшая школа экономики.

Г44 **Гетьман-Павлова, И. В.**
Международное частное право : учебник / И. В. Гетьман-Павлова. — 4-е изд., перераб. и доп. — М. : Издательство Юрайт, 2013. — 959 с. — Серия : Магистр. Углубленный курс.

ISBN 978-5-9916-2263-9

В учебнике в соответствии с Государственным образовательным стандартом излагаются основные положения углубленного курса по международному частному праву. В общей части рассматриваются вопросы теории международного частного права — понятие, предмет, система, метод, источники. Основное внимание уделено вопросам коллизионного права и специфике правоприменения в международном частном праве.

В особенной части анализируются специальные институты и подотрасли международного частного права — право лиц, международное вещное право, международное договорное право, международное частное транспортное право, международное частное валютное право, международное право интеллектуальной собственности, международное деликтное право, международное наследственное право, международное семейное право.

В отдельную часть выделены процессуальные и материально-процессуальные отрасли в системе международного частного права: вопросы международного гражданского процесса и международного коммерческого арбитража, проблемы транснационального банкротства (международное конкурсное право) и международного нотариального права.

Для магистрантов, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов университетов, иных учебных заведений, специализирующихся в области международной коммерческой деятельности; для экономистов и юристов-практиков

УДК 34
ББК 67.412.2я73

Оглавление

<i>Принятые сокращения</i>	11
<i>Предисловие</i>	15

Раздел I. Общая часть

Глава 1. Понятие и система международного частного права	19
1.1. Понятие и предмет международного частного права.....	19
1.2. Соотношение международного частного права с международным и национальным правом	29
1.3. Место международного частного права в правовой системе	33
1.4. Общие принципы международного частного права	42
1.5. Специальные принципы международного частного права	45
1.6. Нормативная структура международного частного права	51
1.7. Методы регулирования в международном частном праве	59
<i>Контрольные вопросы</i>	63
Глава 2. Источники международного частного права	64
2.1. Понятие и специфика источников международного частного права.....	64
2.2. Национальное законодательство Российской Федерации	68
2.3. Национальное законодательство иностранных государств.....	75
2.4. Международный договор.....	79
2.5. Обычай в системе источников международного частного права.....	84
2.6. Международное коммерческое право (lex mercatoria)	89

2.7.	Судебная и арбитражная практика. Судебный прецедент	95
2.8.	Доктрина права. Аналогия права и закона. Общие принципы права цивилизованных народов.....	101
2.9.	Автономия воли субъектов частноправового отношения.....	108
2.10.	Унификация и гармонизация норм международного частного права.....	110
	<i>Контрольные вопросы</i>	116
Глава 3.	Коллизионное право	117
3.1.	Основные начала коллизионного права	117
3.2.	Коллизионная норма, ее строение и особенности	123
3.3.	Виды коллизионных норм	128
3.4.	Интерлокальное право.....	135
3.5.	Интерперсональное и интертемпоральное право.....	141
3.6.	Основные типы коллизионных привязок.....	147
3.7.	Закон автономии воли сторон (закон, избранный сторонами правоотношения, оговорка о применимом праве — lex voluntatis)	172
3.8.	Закон наиболее тесной связи (lex connectionis fermitatis, the law of the real connection)	179
3.9.	Основные проблемы современного коллизионного права.....	186
3.10.	Коллизионное регулирование Интернет-отношений.....	197
	<i>Контрольные вопросы</i>	209
Глава 4.	Основы применения иностранного права	210
4.1.	Установление содержания иностранного права.....	210
4.2.	Применение и толкование норм иностранного права.....	219
4.3.	Квалификация коллизионной нормы	227
4.4.	Теория отсылок в международном частном праве.....	243
4.5.	Коллизионная взаимность.....	250
4.6.	Оговорка о публичном порядке.....	252
4.7.	Институт императивных норм как разновидность защитной оговорки.....	264
4.8.	Обход закона в международном частном праве.....	269
	<i>Контрольные вопросы</i>	277

Раздел II. Особенная часть

Глава 5. Право лиц (субъекты международного частного права).....	281
5.1. Физические лица в международном частном праве.....	281
5.2. Юридические лица в международном частном праве	305
5.3. Правовой статус офшорных зон и компаний.....	331
5.4. Государство в международном частном праве ...	345
5.5. Международные организации в международном частном праве	364
<i>Контрольные вопросы</i>	380
Глава 6. Международное вещное право	382
6.1. Вещные права в национальном и международном праве	382
6.2. Коллизионные вопросы права собственности ...	386
6.3. Правовое регулирование иностранных инвестиций	394
6.4. Национализация в международном частном праве.....	399
6.5. Правовое положение иностранных инвестиций в свободных экономических зонах.....	402
<i>Контрольные вопросы</i>	409
Глава 7. Международное договорное право.....	410
7.1. Сделки международного характера. Международные коммерческие контракты	410
7.2. Коллизионные вопросы международного договорного права	414
7.3. Коллизионные вопросы формального статуса международных контрактов.....	424
7.4. Унификация правового регулирования международных коммерческих контрактов	428
7.5. Международный торговый обычай.....	432
7.6. Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (Инкотермс)	435
7.7. Lex mercatoria в правовом регулировании международных коммерческих контрактов. Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА	442

7.8.	Договор международной купли-продажи товаров	449
7.9.	Обязанности сторон по договору международной купли-продажи товаров	454
7.10.	Правовое регулирование Интернет-коммерции	456
7.11.	Система международных стандартных сообщений в Интернет-коммерции	468
<i>Контрольные вопросы</i>		471
Глава 8.	Международное частное транспортное право	472
8.1.	Общие положения международного частного транспортного права	472
8.2.	Транспортная логистика	478
8.3.	Международные железнодорожные перевозки	481
8.4.	Международные автомобильные перевозки	484
8.5.	Международные воздушные перевозки	487
8.6.	Воздушные перевозки на привлеченных судах	494
8.7.	Международные морские перевозки (международное частное морское право)	498
8.8.	Морские перевозки в линейном сообщении	505
8.9.	Договор фрахтования судов	507
8.10.	Отношения, связанные с риском мореплавания	509
8.11.	Законодательство Российской Федерации в области торгового судоходства и мореплавания	513
8.12.	Международные смешанные перевозки	516
<i>Контрольные вопросы</i>		527
Глава 9.	Международное частное валютное право	528
9.1.	Общие начала международного частного валютного права	528
9.2.	Мировая валютная система	531
9.3.	Риски в международных валютных отношениях	533
9.4.	Международные расчетные отношения	537
9.5.	Право международного оборота ценных бумаг. Рынок ценных бумаг	540
9.6.	Классификация и виды ценных бумаг	542
9.7.	Правовое регулирование рынка ценных бумаг	545
9.8.	Международные финансовые рынки и международные ценные бумаги	548

9.9. Информационные технологии в международных валютно-кредитных операциях.....	551
9.10. Международное вексельное право	553
9.11. Международное чековое право	556
9.12. Коллизионное регулирование в международном частном валютном праве.....	558
<i>Контрольные вопросы</i>	568
Глава 10. Международное право интеллектуальной.....	569
10.1. Понятие и особенности интеллектуальной собственности	569
10.2. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации.....	573
10.3. Авторские и смежные права в международном частном праве	577
10.4. Международная охрана авторских и смежных прав.....	580
10.5. Защита авторских и смежных прав в сети Интернет	585
10.6. Специфика права промышленной собственности в международном частном праве.....	589
10.7. Международное регулирование права промышленной собственности	591
10.8. Защита объектов права промышленной собственности в сети Интернет.....	593
10.9. Коллизионное регулирование прав интеллектуальной собственности	598
<i>Контрольные вопросы</i>	604
Глава 11. Международное частное трудовое право.....	605
11.1. Основные начала международного частного трудового права	605
11.2. Коллизионное регулирование в международном частном трудовом праве.....	608
11.3. Трудовые отношения, связанные с иностранным правом порядком, по законодательству Российской Федерации	613
11.4. Несчастные случаи на производстве и «увечные дела»	615
11.5. Юридическая конструкция и основные формы заемного труда.....	617
<i>Контрольные вопросы</i>	624

Глава 12. Международное деликтное право	626
12.1. Основные проблемы обязательств внедоговорного характера в международном частном праве	626
12.2. Общие принципы коллизионного регулирования внедоговорных обязательств	632
12.3. Коллизионное регулирование отдельных обязательств внедоговорного характера	638
12.4. Коллизионное регулирование внедоговорных обязательств в Российской Федерации	643
12.5. Интернет-деликты и борьба с ними	648
<i>Контрольные вопросы</i>	<i>650</i>
Глава 13. Международное наследственное право	651
13.1. Основные проблемы международного наследственного права	651
13.2. Коллизионное регулирование в международном наследственном праве	657
13.3. Коллизионное регулирование наследования движимого и недвижимого имущества.....	665
13.4. Международно-правовое регулирование наследственных отношений	668
13.5. Коллизионное регулирование наследственных правоотношений в российском законодательстве	674
13.6. Режим «выморочного» имущества в международном частном праве	677
<i>Контрольные вопросы</i>	<i>681</i>
Глава 14. Международное семейное право	682
14.1. Основные проблемы международного семейного права.....	682
14.2. Заключение браков.....	688
14.3. Расторжение брака. Общие последствия брака.....	695
14.4. Правоотношения между супругами	703
14.5. Правоотношения между родителями и детьми.....	712
14.6. Усыновление (удочерение), опека и попечительство над детьми.....	718
<i>Контрольные вопросы</i>	<i>724</i>

Раздел III. Процессуальные и материально-процессуальные отрасли в системе международного частного права

Глава 15. Международный гражданский процесс	727
15.1. Понятие международного гражданского процесса	727
15.2. Принцип «закон суда» в МГП.....	732
15.3. Источники международного гражданского процесса	738
15.4. Международная подсудность.....	750
15.5. Международная подсудность в международных соглашениях	759
15.6. Международная подсудность в Интернет-спорах	767
15.7. Общие начала процессуального положения иностранных лиц в гражданском судопроизводстве	770
15.8. Гражданская процессуальная право-и дееспособность иностранных лиц	774
15.9. Правовое положение иностранного государства в международном гражданском процессе.....	779
15.10. Принцип контролируемой множественности процессов.....	786
15.11. Доказательства в международном гражданском процессе	790
15.12. Исполнение иностранных судебных поручений. Правовая помощь	795
15.13. Исполнение иностранных судебных поручений в международных договорах.....	799
15.14. Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений	805
15.15. Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений в международных соглашениях	814
<i>Контрольные вопросы</i>	<i>821</i>
Глава 16. Международное нотариальное право	822
16.1. Нотариальные действия в международном частном праве	822
16.2. Латинский нотариат	835

16.3. Процедуры подтверждения юридической силы иностранных документов	842
16.4. Электронный нотариат	847
<i>Контрольные вопросы</i>	850
Глава 17. Транснациональное банкротство (Международное конкурсное право)	851
17.1. Понятие и специфика транснационального банкротства (трансграничной несостоятельности)	851
17.2. Особенности производства по делам о трансграничной несостоятельности	855
17.3. Коллизионные проблемы трансграничной несостоятельности	858
17.4. Национально-правовое регулирование отношений трансграничного банкротства	863
17.5. Международно-правовое регулирование трансграничной несостоятельности	874
17.6. Институт трансграничной несостоятельности в праве Европейского Союза	877
<i>Контрольные вопросы</i>	882
Глава 18. Международный коммерческий арбитраж	883
18.1. Правовая природа международного коммерческого арбитража, его понятие и виды	883
18.2. Арбитражное соглашение	888
18.3. Взаимоотношения международного коммерческого арбитража и государственных судов. Обеспечительные меры	899
18.4. Право, применимое арбитражем	906
18.5. Признание и принудительное исполнение иностраных арбитражных решений	911
18.6. Международный коммерческий арбитраж за рубежом	920
18.7. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации	925
18.8. Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража	932
18.9. Международный коммерческий арбитраж в сети Интернет	940
<i>Контрольные вопросы</i>	945
Нормативные правовые акты Российской Федерации	946
Рекомендуемая литература	949

Принятые сокращения

Международные документы

Брюссель I — Регламент (ЕС) № 44/2001 Европейского парламента и совета от 22 декабря 2000 г. о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам

Брюссель II bis — Регламент Совета ЕС № 2201/2003 от 27 ноября 2003 г. относящийся к юрисдикционной компетенции, признанию и исполнению решений по семейным делам и делам об ответственности родителей в отношении общих детей супругов (введен в действие с 1 марта 2005 г.)

Вашингтонская конвенция 1965 г. — Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (ИКСИД/ICSID) (г. Вашингтон, 18 марта 1965 г.)

Венская конвенция 1980 г. — Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров (г. Вена, 11 апреля 1980 г.)

Гагская конвенция 1986 г. — Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (г. Гаага, 22 декабря 1986 г.)

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

Рим I — Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам

Рим II — Регламент (ЕС) № 864/2007 Европейского парламента и совета от 11 июля 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам

Рим III — Регламент (ЕС) № 1259/2010 Европейского парламента и совета от 20 декабря 2010 г. о праве, применимом к вопросам о разводе и раздельному проживанию супругов по решению суда

Римская конвенция 1980 г. — Конвенция ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам (г. Рим, 19 июня 1980 г.)

Нормативные правовые акты Российской Федерации

Конституция РФ — Конституция Российской Федерации: принята всенародным голосованием 12 декабря 1993 г.

АПК РФ — Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ

Воздушный кодекс РФ — Воздушный кодекс Российской Федерации от 19 марта 1997 г. № 60-ФЗ

ГК РФ — Гражданский кодекс Российской Федерации: часть первая от 30 ноября 1994 г. № 51-ФЗ; часть вторая от 26 января 1996 г. № 14-ФЗ; часть третья от 26 ноября 2001 г. № 146-ФЗ; часть четвертая от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ

ГПК РФ — Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации от 14 ноября 2002 г. № 138-ФЗ

КТМ РФ — Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации от 30 апреля 1999 г. № 81-ФЗ

СК РФ — Семейный кодекс Российской Федерации от 29 января 1995 г. № 223-ФЗ

ТК РФ — Трудовой кодекс Российской Федерации от 30 декабря 2001 г. № 197-ФЗ

Закон о МКА — Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»

Основы законодательства РФ о нотариате — Основы законодательства Российской Федерации о нотариате, утв. Верховным Советом РФ 11.02.1993 № 4462-1

Концепция развития гражданского законодательства РФ — Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации, подготовленная на основании Указа Президента РФ от 18 июля 2008 г. № 1108 и одобренная решением Совета при Президенте РФ по кодификации совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.

Нормативные документы зарубежных стран

ЕТК США — Единообразный торговый кодекс США (1962)

ФГК — Французский гражданский кодекс (Кодекс Наполеона) (1804).

ГГУ — Германское гражданское уложение (1896)

ВЗ ГГУ — Вводный закон к Германскому гражданскому уложению 1896 г. (в ред. 2009 г.). Вступил в силу в 1990 г.

ВЗ ГК Бразилии — Вводный закон к Гражданскому кодексу Бразилии, принят 4 сентября 1942 г.

Закон ОАЭ — Закон Объединенных Арабских Эмиратов № 5 о гражданских сделках (1985)

Кодекс Буркина-Фасо — Кодекс Буркина-Фасо о лицах и семье (1989)

Кодекс МЧП Турции — Кодекс Турции по международному частному праву и международному гражданско-процессуальному праву (2007)

Ордонанс Мадагаскара — Ордонанс Мадагаскара относительно общих положений внутреннего права и международного частного права (1962)

Закон о МЧП Италии — Закон о реформе итальянской системы международного частного права (1995)

Закон о МЧП Румынии — Закон Румынии применительно к регулированию отношений международного частного права (1992)

Закон о МЧП Китая — Закон Китайской Народной Республики о применении права к транснациональным гражданско-правовым отношениям (2011)

Закон о МЧП Таиланда — Закон Таиланда о конфликте законов (1938)

Закон о МЧП Тайваня — Закон Республики Китай на Тайване о применении права к транснациональным гражданским делам (2011)

Закон о МЧП Ю.Кореи — Закон Южной Кореи № 966 о коллизиях законов (1962 в ред. 2001)

Закон о МЧП Японии — Закон Японии № 10 об общих правилах применения законов (1898 в ред. 2006)

Международные организации

ВОЗ — Всемирная организация здравоохранения

МБРР — Международный банк реконструкции и развития

МВФ — Международный валютный фонд

МОТ — Международная организация труда

МТП — Международная торговая палата

ООН — Организация Объединенных Наций

ОЭСР — Организация экономического сотрудничества и развития

УНИДРУА — Международный институт по унификации частного права

ФАТФ — Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег

ЮНКТАД — Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию

ЮНСИТРАЛ — Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Органы государственной власти Российской Федерации

ВАС РФ — Высший Арбитражный Суд Российской Федерации

ВС РФ — Верховный Суд Российской Федерации

КС РФ — Конституционный Суд Российской Федерации

МИД России — Министерство иностранных дел Российской Федерации

Минюст России — Министерство юстиции Российской Федерации

Прочие сокращения

абз. — абзац

г. — год (город)

гл. — глава

ГК — гражданский кодекс (в тексте таким образом обозначена ссылка на кодексы зарубежных стран)

ГПК — гражданский процессуальный кодекс (в тексте таким образом обозначена ссылка на кодексы зарубежных стран)

ЕС — Европейский Союз

Закон о МЧП — Закон о международном частном праве

Кодекс МЧП — Кодекс международного частного права

МГП — международный гражданский процесс

МКА — международный коммерческий арбитраж

МЧП — международное частное право

п. — пункт

подраз. — подраздел

разд. — раздел

ст. — статья

ТНК — транснациональные корпорации

утв. — утвержденный

Предисловие

Предлагаемый учебник представляет собой изложение углубленного курса международного частного права. Углубленное изучение данного предмета предусмотрено в магистратуре юридических и экономических вузов, факультетов университетов. Учебник предназначен, прежде всего, для магистрантов, аспирантов и преподавателей. Он будет также полезен и студентам-бакалаврам, и юристам-практикам, занимающимся вопросами международных частных отношений.

Цель освоения курса «Международное частное право» — это подготовка специалиста к решению целого ряда профессиональных задач:

- правотворческая деятельность: разработка нормативных правовых актов;
- правоприменительная деятельность: обоснование и принятие решений, совершение действий, связанных с реализацией правовых норм; составление юридических документов;
- правоохранительная деятельность: защита прав и законных интересов граждан и юридических лиц;
- экспертно-консультационная деятельность: осуществление правовой экспертизы нормативных правовых актов;
- научно-исследовательская деятельность: участие в проведении научных исследований в соответствии с профилем своей профессиональной деятельности;
- педагогическая деятельность: преподавание юридических дисциплин.

В результате освоения курса «Международное частное право» студент должен:

- **знать** российское и иностранное национальное законодательство, регулирующие имущественные и личные неимущественные отношения между частными лицами, связанные с иностранным правом порядком, а также международно-правовые документы по частному праву;
- **уметь** использовать полученные знания на практике и на государственном экзамене по дисциплинам специализации «Международное частное право»;
- **обладать навыками** работы с нормативными правовыми актами национального и международного характера, судебно-арби-

тражной практикой, научной литературой и аналитическими материалами;

- осознавать социальную значимость своей будущей профессии; обладать высоким уровнем профессионального правосознания.

Учебник включает три раздела, объединяющих 18 тем.

В разд. I «Общая часть» рассматриваются вопросы теории МЧП — понятие, предмет, система, метод, источники. Основное внимание уделено вопросам коллизионного права и специфике правоприменения в МЧП.

В разд. II «Особенная часть» анализируются специальные институты и подотрасли МЧП — право лиц, международное вещное право, международное договорное право, международное транспортное право, международное частное валютное право, международное право интеллектуальной собственности, международное деликтное право, международное наследственное право, международное семейное право.

В разд. III «Процессуальные и материально-процессуальные отрасли в системе международного частного права» исследуются вопросы МГП и МКА, проблемы транснационального банкротства (международное конкурсное право) и международного нотариального права.

РАЗДЕЛ

I

Общая часть

Понятие и система международного частного права

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- понятие и предмет МЧП;
- соотношение МЧП с международным и национальным правом;
- место МЧП в правовой системе;
- общие и специальные принципы МЧП;
- нормативную структуру МЧП;
- методы регулирования в МЧП;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

1.1. Понятие и предмет международного частного права

Международные отношения в широком смысле слова — это совокупность межгосударственных, государственно-негосударственных (смешанных) и негосударственных отношений между лицами различных государств. Правовые вопросы межгосударственного (и частично государственно-негосударственного) общения входят

в сферу действия международного публичного права. Правовые вопросы негосударственных (и частично государственно-негосударственных) отношений — это сфера действия международного частного права. Международное частное право направлено на упорядочение частноправовых (невластных) отношений.

Термин *международное частное право* (private international law) принадлежит судье Верховного суда США, профессору Гарвардской школы права Джозефу Стори. В 1834 г. была издана его книга «Комментарий к коллизии законов», где термин «международное частное право» употреблялся впервые наряду с уже существовавшим и широко признанным термином «коллизционное право» (conflict of law). С середины XIX в. понятие «международное частное право» стало применяться в европейской правовой доктрине (droit international prive, internationales Privatrecht). В российскую юридическую литературу данный термин в 1865 г. ввел русский ученый Н. П. Иванов.

Корректность применения термина «международное частное право» до сих пор вызывает споры. Неточность этой терминологии подчеркивал Г. Кегель: «Речь идет не о международном, а о национальном праве, и не о материальном частном праве, а о праве коллизии. Однако сущность это название выражает достаточным образом»¹. В доктрине предлагается более 20 других терминов («межгосударственное частное право», «международное гражданское право»), но они не восприняты ни законодательством, ни судебной практикой. Термин «международное частное право» является общепризнанным. В англо-американской доктрине МЧП называют «конфликтным или коллизционным правом».

В законодательстве многих государств понятия «международное частное право» и «коллизционное право» употребляются как тождественные. В ст. 2048 ГК Перу (1984) установлено: «Судьи обязаны применять внутреннее право государства, объявленное компетентным перуанской нормой международного частного права» (т.е. коллизционной нормой)².

Деление международного права на международное публичное и международное частное утвердилось во второй половине XIX в. Термин «международное» применительно к международному публичному и к международному частному праву имеет разный смысл. «Международное публичное право является международным в том смысле, что оно устанавливает правоотношения между государ-

¹ Kegel G. Vaterhaus und Traumhaus // Festschrift für G. Beitzke. B.; N.-Y., 1979.

² Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001. Все ссылки на иностранное законодательство по МЧП до 1998 г. включительно даны по этому изданию.

ствами, а международное частное право — в том смысле, что оно устанавливает правоотношения между лицами, принадлежащими к различным государствам, правоотношения, выходящие за рамки отдельной правовой системы и требующее выяснения, какой закон к ним применяется»¹.

Отношения, входящие в сферу действия МЧП, являются международными, но это отношения между несuverенными равноправными субъектами. Международными их можно считать лишь постольку, поскольку они имеют транснациональную природу (выходят за рамки правовой системы одного государства).

Международное частное право — это совокупность норм, предназначенных для регламентации частноправовых отношений, возникающих в сфере международного общения. Сущность МЧП чрезвычайно рельефно выражена в Законе о МЧП Китая (§ 1 «Цель принятия закона»): «Настоящий закон принимается, чтобы определить право, применимое к гражданско-правовым отношениям, выходящим за пределы одного государства, разрешать трансграничные гражданско-правовые споры и *защитать законные права и интересы частных лиц*».

Традиционно предметом регулирования МЧП считаются частноправовые отношения, отягощенные иностранным элементом, который может проявляться в трех вариантах:

- 1) субъект правоотношения — иностранное лицо (иностранное физическое лицо; иностранное или международное юридическое лицо, транснациональная корпорация, офшорная компания; международная организация; иностранное государство);
- 2) объект правоотношения находится за границей;
- 3) юридический факт, с которым связано правоотношение, имеет место за границей.

Приведенное определение не является общепризнанным. Ни в науке, ни в национальном законодательстве, ни в международно-правовых актах не существует единой точки зрения относительно предмета МЧП, понятия иностранного элемента, места МЧП в глобальной правовой системе. Для определения основных характеристик МЧП необходимо взять на вооружение остроумное и точное высказывание русского ученого М. И. Бруна, что по своей юридической природе «*международное частное право на самом деле не является ни международным, ни частным*»².

В доктрине права относительно *предмета МЧП* существуют следующие основные воззрения.

¹ Перетерский И. С., Крылов С. Б. Международное частное право. М., 1940.

² Брун М. И. Введение в международное частное право. Пг., 1915.

1. МЧП как отрасль права и отрасль правоведения есть область отношений гражданско-правового характера в широком смысле слова¹.

2. Задача МЧП заключается в том, чтобы определить территорию, на которую простирается действие правовой нормы, и таким образом МЧП имеет дело прежде всего с применением закона в пространстве².

3. Самой отчетливой чертой, которая позволяет обособить общественные отношения в рамках МЧП, выступает их связь с правопорядком двух или более государств, а также с системой международного права³.

МЧП в узком смысле — это совокупность норм, регулирующих собственно гражданско-правовые отношения с иностранным элементом. «Следуя терминологии профессора Ф. Ф. Мартенса, МЧП в узком смысле можно было бы назвать международным гражданским правом, наряду с которым существовали бы международное семейное право, международное трудовое право, международное арбитражно-процессуальное право и др.»⁴.

МЧП в широком смысле — это совокупность норм, регулирующих любые международные отношения частноправового характера (гражданские, торговые, семейные, трудовые, валютные, земельные, процессуальные). Основное место занимают гражданско-правовые и торговые отношения. Отношениями частноправового характера в определенной мере являются семейно-брачные, трудовые, земельные, валютные, таможенные, т.е. любые имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения между частными субъектами права⁵. Предметом правового регулирования МЧП выступают не только гражданско-правовые отношения, но и отношения в валютной, финансовой, налоговой и таможенной сферах, причем на данном этапе развития государства эти вопросы наиболее значимы⁶.

Национальные кодификации МЧП, как правило, содержат законодательное определение его предмета: «Настоящий Закон регулирует отношения с международным элементом, которые связаны с: а) правопорядком иного государства, б) правовым статусом иностранцев

¹ Луц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. (по изданию 1973—1976 гг.). М., 2002.

² Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982.

³ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

⁴ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

⁵ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

⁶ Бекяшев К. А., Ходаков А. Г. Международное частное право : сб. документов. М., 1997.

и иностранных юридических лиц, с) определением юрисдикции и судебной процедуры, d) признанием и исполнением иностранных судебных решений, e) правовой помощью в отношениях с зарубежными странами, f) некоторыми вопросами банкротства, g) некоторыми вопросами арбитражного разбирательства, в том числе, с признанием и приведением в исполнение иностранных арбитражных решений» (§ 1 проекта Закона о МЧП Чехии (2012)).

В соответствии с Законом о МЧП Румынии отношения МЧП являются гражданские, торговые, трудовые, гражданско-процессуальные и другие частноправовые отношения с иностранным элементом. Закон о МЧП Украины (2005) применяется к частноправовым отношениям, которые хотя бы посредством одного из своих элементов связаны с одним или несколькими правовыми порядками, иными, чем украинский правовой порядок. Частноправовые отношения — это отношения, которые базируются на принципах юридического равенства, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности, субъектами которых являются физические и юридические лица.

Наиболее «современные» национальные кодификации МЧП определяют сферу его действия самым общим образом: компетенция местных судов в международной сфере, определение применимого права, условия действия на территории государства иностранных судебных решений и других официальных документов (кодексы МЧП Бельгии (2004), Болгарии (2005), Турции (2007)).

По вопросу *определения предмета МЧП* можно сделать следующие выводы:

1) законодательство большинства государств закрепляет концепцию широкого понимания МЧП;

2) основной критерий частноправовых отношений — их субъектный состав (они возникают между частными лицами и базируются на принципах юридического равенства, свободы воли, имущественной самостоятельности);

3) отношения между частными лицами входят в предмет МЧП независимо от их предметной сферы действия;

4) в предмет МЧП прежде всего входят вопросы применимого права и вопросы процессуального характера (сфера национальной юрисдикции, действие иностранных судебных решений и правовых актов, условия признания и приведения в исполнение иностранных решений).

Понятие «иностранный элемент» ввел в юридический оборот М. И. Брун¹. Это понятие не имеет единого доктринального опреде-

¹ Брун М. И. Международное частное право: Курс, читанный в Московском коммерческом институте, 1910/11. М., 1911.

ления; данный вопрос вызывает не меньшее количество споров, чем проблема предмета МЧП.

1. Иностранный элемент не является элементом правоотношения, правильнее говорить об иностранных характеристиках, которые объединяются в две группы применительно к двум структурным элементам отношения — участникам и деятельности. Элемент правоотношения — сам участник (субъект), а не его гражданство; объект правоотношения — не место нахождения вещи, а сама вещь; для юридического факта, произошедшего на территории определенного государства, в структуре правоотношения вообще нет места¹.

2. Понятие иностранного элемента используется в МЧП для квалификации в законе той категории правоотношений, к которым можно применять не только отечественное, но и иностранное право. Иностранный элемент, выражая в самом абстрактном виде своеобразие транснациональных частноправовых отношений, создает связь между отношением и иностранным правом².

В национальном законодательстве понятие «иностранный элемент» закрепляется в различных вариантах. Согласно Закону о МЧП Австрии (1978) «обстоятельства дела, соприкасающиеся с границей, рассматриваются в частноправовом отношении согласно тому правопорядку, с которым у них присутствует наиболее прочная связь».

Закон о МЧП Украины гласит: «Иностранный элемент — признак, характеризующий частноправовые отношения, которые регулируются настоящим Законом и проявляются в одной или нескольких из следующих форм: хотя бы один участник правоотношений является иностранцем, лицом без гражданства или иностранным юридическим лицом; объект правоотношений находится на территории иностранного государства; юридический факт, который влияет на возникновение, изменение или прекращение правоотношений, имел либо имеет место на территории иностранного государства».

В российском законодательстве иностранный элемент в гражданском правоотношении определяет п. 1 ст. 1186 ГК РФ («право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей...»). В качестве иностранных субъектов не названы иностранное государство и международная организация; юридиче-

¹ Рубанов А. А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.

² Маковский А. Л. Проблема природы международного частного права в советском праве / Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды ВНИИСЗ. М., 1984. Вып. 29.

ский факт, имевший место за границей, не выделен в качестве одного из вариантов иностранного элемента. Возможно, законодатель намеренно отказался от замкнутого, исчерпывающего перечня вариантов иностранного элемента и предпочел несколько «размытую» формулировку — «осложненным иным иностранным элементом».

Статья 414 КТМ РФ устанавливает перечень оснований для отыскания «права, применимого к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом». Положения КТМ РФ выводят за рамки «иностранного элемента» иностранных граждан и юридических лиц. Получается, что отношения с их участием и «отношения, осложненные иностранным элементом», — это разные понятийные категории¹.

Существование иностранного элемента в правоотношении может принимать различные формы, классифицировать которые затруднительно ввиду их многообразия. Иностранные законы о МЧП, принятые в конце XX — начале XXI в., в большинстве своем закрепляют общее, абстрактное понимание иностранного элемента: это связь частноправовых отношений с правовыми системами двух и более государств.

Кодекс МЧП Туниса (1998) гласит: «Является международным правоотношение, связанное по крайней мере посредством одного из его определяющих элементов с одним или несколькими правопорядками, иными, чем тунисский правопорядок». В соответствии с Законом о МЧП Лихтенштейна (1996) принципом МЧП является применение правопорядка, с которым обстоятельство дела имеет наиболее прочную связь. Кодекс МЧП Болгарии прямо устанавливает: отношение частного права с международным элементом — это отношение, связанное с двумя или несколькими государствами.

Основное предназначение МЧП — регулирование отношений между частными лицами, подчиненными законам различных государств, устранение коллизий между разнонациональными законами, создание единообразных подходов для регламентации частноправовых отношений. Такая цель порождает главную специфику МЧП — узаконить и упорядочить применение в пределах национальной правовой системы норм права других государств. Возможность подчинения правоотношения праву двух и более государств является основанием для признания международного характера такого правоотношения².

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

Традиционно принято деление национальной правовой системы на публичное и частное право. Критерии этого деления условны. В публичном праве присутствуют элементы частного («публичные нормы с частноправовым эффектом»). Например, нормы таможенного права, регулирующие деятельность таможенного брокера или таможенного перевозчика; нормы земельного права, регулирующие права частных лиц на приобретение земельных участков. Публичные нормы с частноправовым эффектом можно обнаружить в большинстве отраслей национального «публичного права» (за исключением конституционного, уголовного, пенитенциарного, уголовно-процессуального). Большинство публичных норм с частноправовым эффектом — это нормы административного права¹.

«Традиционные» отрасли частного права (семейное и трудовое) представляют собой конгломерат публично-правовых и частноправовых предписаний. Нормы трудового права о расторжении трудового договора по инициативе администрации или наложении дисциплинарных взысканий имеют публично-правовой характер. Нормы, регулирующие определенные семейные отношения (заключение брака с иностранцем, правила определения места проживания супругов), также являются публично-правовыми. То же самое можно сказать о нормативной структуре предпринимательского, банковского, корпоративного или акционерного права.

Все такие нормы имеют общую черту — они регулируют невластные отношения, отношения между частными субъектами права, возникающие в процессе реализации их имущественных и личных неимущественных прав и интересов.

Современное национальное законодательство придерживается **концепции МЧП в широком смысле** — во многих законах не употребляется термин «частноправовые отношения»: «Обстоятельства дела, связанные с иностранными правовыми системами, регулируются нормами... венесуэльского международного частного права» (Закон о МЧП Венесуэлы (1998)). Такой подход позволяет более полно регулировать любые отношения, возникающие между частными субъектами права в процессе транснационального общения. Не столь важно, в какой именно сфере возникают какие-либо правоотношения; важно, что это отношения между частными лицами по поводу реализации их имущественных и личных неимущественных интересов.

Следует признать правоту тех ученых, которые полагают, что «основное требование для существования иностранного элемента —

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

к спорному правоотношению может быть применено право сразу нескольких суверенных государств»¹.

Далеко не всегда присутствие «иностранного элемента» (в традиционном его понимании — субъект, объект, факт) предопределяет сферу действия МЧП. Например, трудовой мигрант (гражданин Таджикистана) приобретает в Москве консервы российского производства, изготовленные из аргентинского мяса. «Иностранный элемент» налицо, но нормы МЧП не применяются. Противоположная ситуация: женатый египтянин берет вторую жену — египтянку (заключает полигамный брак) в консульском учреждении Египта на территории ФРГ. Формально юридически «иностраннный элемент» отсутствует (субъекты — граждане одного государства, юридический факт имеет место на его территории — обычно-правовая норма допускает юридическую фикцию: территория консульства является условной территорией государства аккредитования). Однако возникает вопрос о признании такого брака как в пределах юрисдикции обоих государств, так и в других странах, т.е. о применении норм МЧП. Кстати, немецкая доктрина права выступает против признания подобного брака действительным².

Законодательство многих государств довольно давно отказалось от употребления конструкции «иностраннный элемент». В ст. 1-105 ЕТК США говорится: «Когда сделка имеет разумную связь с настоящим штатом, а также другим штатом или государством, стороны могут согласиться о применении к их правам и обязанностям права либо данного, либо другого штата или государства». Закон о международном частном праве Польши (2011) определяет право, применимое к частноправовым отношениям, связанным с более чем одной страной. Закон о МЧП Грузии (1998) определяет, какой правовой порядок применяется при наличии фактических обстоятельств дела, связанного с правом иностранного государства.

Иностранный элемент связывает частноправовые отношения с разными правовыми системами. Юридическая связь отношения с правопорядками двух или более государств представляет собой следствие наличия иностранного элемента в частноправовых отношениях³. Однако только присутствие в правоотношении иностранного элемента еще не создает связи с иностранным правом, а лишь опосредует ее. Необходимо наличие какого-то конкретного обстоятельства, с которым норма права нескольких государств связывает возникновение, изменение или прекращение правоотноше-

¹ Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

² Шах Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001.

³ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

ния¹. Таким обстоятельством является юридический факт, лежащий в основе данного правоотношения. С точки зрения МЧП, юридический факт имеет значение постольку, поскольку он возникает в рамках правопорядка иностранного государства².

Связь между иностранным элементом и деятельностью субъекта особенно ярко проявляется в тех случаях, когда иностранный элемент не вытекает из личного статуса субъекта, а представляет собой последствие наличия за границей какого-либо субъективного права. Юридическая связь с правопорядками двух или более государств проявляется в анализе юридического факта, который производится судом в целях определения применимого права.

Одна из самых серьезных проблем современной правовой реальности — проблема частноправовых отношений в сети Интернет, при использовании которой возникает «информационное общественное отношение», как правило, имеющее частноправовой характер. В этом отношении выделяются: пользователь (потребитель) — первый провайдер — информационный ресурс — второй провайдер — собственник (создатель информационного ресурса). Каждый элемент может принадлежать иностранному государству. Использование Интернета априорно порождает отношение с иностранным элементом, поскольку Сеть имеет международный, глобальный характер. В подобной ситуации практически невозможно определить, какой из структурных элементов правоотношения связан с иностранным правопорядком. Эту связь можно установить посредством анализа фактических обстоятельств дела, т.е. путем исследования юридических фактов.

Подводя итог, можно сказать:

1) концепция широкого понимания МЧП представляется наиболее эффективной и адекватной современной действительности;

2) частноправовые отношения в МЧП — это отношения между частными, несuverенными субъектами права, возникающие в международном пространстве;

3) предмет МЧП — любые отношения между частными лицами независимо от их предметной сферы действия (гражданско-правовые, семейные, трудовые, процессуальные, валютные, таможенные);

4) такие отношения возникают по поводу реализации имущественных и связанных с ними неимущественных прав и интересов частных лиц;

¹ Маковский А. Л. Проблема природы международного частного права в советском праве / Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды ВНИИСЗ. М., 1984. Вып. 29.

² Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

5) понятие «иностранный элемент» следует понимать не с точки зрения структурных элементов правоотношения, а как наличие его юридической связи с двумя и более правовыми системами;

6) основное значение в МЧП имеют вопросы применимого права и вопросы международного гражданского процесса.

Кроме того, следует в полной мере признать правоту Л. П. Ануфриевой: трудно найти другую такую же область права и правоведения, в которой при внешней устойчивости наименования и привычности его использования имелись бы столь разноречивые представления и где отсутствовало бы единодушие практически по всем вопросам¹.

Нет необходимости отказываться от разработанной и привычной юридической терминологии для определения предмета МЧП, но следует учитывать и современные правовые новеллы. Можно предложить следующую формулировку: предмет МЧП — это отношения, связанные с правопорядком двух и более государств и возникающие между частными лицами по поводу реализации их имущественных и личных неимущественных прав.

1.2. Соотношение международного частного права с международным и национальным правом

МЧП «колеблется между территориальной сущностью внутригосударственного права и универсальностью международного публичного права... Это придает международному частному праву гибридный характер и представляет его как чрезвычайно усложненную область права»². МЧП затрагивает правовое регулирование отношений, которые имеют международный характер, но при этом подчиняются национальным законам отдельных государств.

Проблема соотношения международного публичного, национального и международного частного права — одна из самых сложных. Основные концепции по вопросу соотношения международного публичного, национального и международного частного права:

1) МЧП входит в структуру международного права. Вопросы международного частного и международного публичного права относятся к одной отрасли права — международному праву в широком смысле слова. Международное публичное и международное частное право являются подотраслями одной отрасли права³;

¹ Там же.

² Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

³ Крылов С. Б. Международное частное право. Л., 1930.

2) МЧП — часть внутригосударственного, национального права. В «национальной концепции МЧП» можно выделить точки зрения:

а) МЧП — самостоятельная отрасль в системе национального частного права. Оно входит в систему внутреннего (национального) права государства и в этой системе выступает как самостоятельная отрасль со своим специфическим предметом и методом регулирования¹;

б) МЧП — подсистема, особое правовое образование в системе национального права. МЧП — это явление юридически более сложное, чем обособившаяся в отрасль внутригосударственного права совокупность норм. Оно имеет статус особой подсистемы внутригосударственного права²;

3) МЧП — независимая правовая система, самостоятельное правовое образование, полисистемный комплекс. «Абсолютно очевиден комплексный характер природы МЧП, невозможность втиснуть МЧП ни в рамки национального, ни в рамки международного публичного права. МЧП — совершенно самостоятельная правовая система»³;

4) МЧП — это «искусственное образование». МЧП «является искусственным образованием, которое нельзя рассматривать ни как часть международного, ни как часть внутригосударственного права. Не образует оно и собственной системы права, так как само состоит из норм этих правовых систем»⁴.

Приведенные высказывания лишний раз подчеркивают «гибридную природу МЧП» и факт, что МЧП представляет собой «клубок противоречий и проблем». Может быть, следует согласиться с тем, что проблема генезиса МЧП относится к категории вечных и «вопрос о МЧП не будет однозначно решен до тех пор, пока существует юридическая наука»⁵.

Современная глобальная правовая система состоит из двух самостоятельных, автономных нормативных систем — системы международного права и национально-правовой системы. Международное и национальное (внутригосударственное) право не изолированы друг от друга, а тесно связаны, взаимозависимы и взаимодействуют. Международное право налагает обязательства на государство; национальное право регулирует, каким образом эти обязательства будут выполнены.

¹ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

² Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. д-ра юрид. наук. М., 2004.

³ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

⁴ Гаврилов В. В. Международное частное право: Учебное пособие. Владивосток, 1997.

⁵ Бирюков П. Н. Международное право: Учебное пособие. М., 2005.

Несмотря на элементы «наднациональности и универсальности» отношения сферы МЧП регулируются прежде всего в рамках национального правопорядка. Ни в одном государстве не существует специального закона «о международном гуманитарном праве» или «о международном космическом праве», но во многих государствах действуют законы «о международном частном праве». Трудно привести пример национального уголовного кодекса, содержащего раздел «Международное уголовное право», но не составляет труда привести примеры национальных кодификаций гражданского права, содержащих раздел «Международное частное право».

МЧП является частью национально-правовой системы (российское МЧП, французское МЧП). Термин «международное» применительно к международному публичному и международному частному праву употребляется в различном смысле: «В первом случае термин “международное” понимается как “межгосударственное”, а во втором — “международное” в смысле регулирования отношений с иностранным элементом»¹.

В решениях международных правоприменительных органов МЧП квалифицируется как часть национального права. Это прямо закреплено в решениях Постоянной палаты международного правосудия по делам о сербских и бразильских займах 1929 г.; в решениях Международного суда ООН по делам «Ноттебома» («Лихтенштейн против Гватемалы»), о норвежских займах («Франция против Норвегии»).

МЧП входит в национальную правовую систему, но занимает в ней специфическое место. Особый характер и парадоксальность МЧП выражены в самом термине — «национальное международное частное право». С первого взгляда эта терминология производит абсурдное впечатление — не может быть отрасли права, одновременно являющейся и национальной, и международной. Однако здесь нет ничего абсурдного — речь идет о правовой системе, предназначенной регулировать международные отношения, возникающие в частной жизни.

Парадоксальность МЧП выражается и в том, что одним из его основных источников выступает международное публичное право, играющее особую роль в формировании МЧП. Принято говорить о двойственном характере норм и источников МЧП. Это, пожалуй, единственная отрасль национального права, в которой международное публичное право выступает как непосредственный источник и имеет прямое действие.

Соотношение международного публичного и международного частного права. Субъекты международного публичного права — это

¹ Перетерский И. С., Крылов С. Б. Международное частное право. М., 1940.

прежде всего государства. Международная правосубъектность всех остальных образований имеет вторичный характер и производна от правосубъектности государства. Перечень субъектов МЧП такой же, но основные его субъекты — физические и юридические лица; государства выступают как лица частного права.

1. Объект регулирования международного публичного права — межгосударственные (властные) отношения. Объект регулирования МЧП — частноправовые (невластные) отношения, связанные с правом порядком двух и более государств.

2. Метод регулирования в международном публичном праве имеет координационный, согласительный характер. Это метод согласования воли государств. Основные методы регулирования в МЧП — автономия воли частных лиц и применение коллизионных норм, направленных на определение компетентного национального права.

3. Источники международного публичного права — международные договоры и обычаи, общие принципы права цивилизованных народов, резолюции и рекомендации международных организаций, акты международных конференций. Основным источником МЧП — национальное законодательство; международно-правовые акты регулируют отношения сферы МЧП после их имплементации в национальное право.

4. Сфера действия международного публичного права имеет глобальный характер. Существует универсальное (общее) и локальное международное право. МЧП имеет прежде всего национальную сферу действия — в каждом государстве действует собственное МЧП. Одновременно существует региональное МЧП (Кодекс Бустаманте, МЧП Европейского Союза), нормы которого имеют международно-правовую природу.

5. Ответственность в международном публичном праве имеет международно-правовой характер. Ответственность в МЧП наступает по нормам национального права, имеет деликтный или контрактный характер.

МЧП — специфическая часть национального права. С другими нормативными комплексами национального права, регулирующими сходные отношения (имущественные и связанные с ними неимущественные отношения между частными лицами), МЧП соотносится следующим образом.

1. Субъекты национального права — физические и юридические лица, образования без статуса юридического лица, государство, его органы. Субъекты МЧП — национальные и иностранные частные лица (в том числе иностранное государство и его органы). Все частные правоотношения с участием иностранных лиц, транснациональных корпораций, международных юридических лиц — сфера действия МЧП.

2. Объект регулирования национального права — отношения «внутреннего» характера (властные, диагональные, невластные). Объект регулирования в МЧП — невластные (частично диагональные) отношения, юридически связанные с правом двух и более государств.

3. Метод регулирования в национальном праве — материально-правовые (прямые) предписания. Основной метод МЧП — применение коллизионных норм.

4. Источники национального права — национальное законодательство, международное право, судебная практика и доктрина, аналогия права и закона, общие принципы права. Перечень источников МЧП следует дополнить автономией воли сторон.

5. Сфера действия национального права — национальная (территория данного государства). Это относится и к МЧП, но необходимо подчеркнуть существование регионального МЧП и процесс формирования универсального МЧП.

6. Ответственность в национальном праве, регулирующем частноправовые отношения (в том числе в МЧП), имеет контрактный и деликтный характер.

На сегодняшний день МЧП целесообразно квалифицировать как *самостоятельную подсистему национального права*¹. Одновременно можно предположить, что в перспективе основным инструментом развития МЧП будут выступать международные договоры и наднациональные нормативные правовые акты². Потенциально можно прогнозировать обособление МЧП в самостоятельную систему, занимающую в глобальной правовой системе промежуточное положение между международно-правовой и национально-правовой системами. «Система МЧП формируется по мере «расширения» предмета МЧП и повышения роли этой отрасли науки и права в условиях глобальных интеграционных процессов, что приводит к возникновению новых институтов (подотраслей) МЧП, формирующихся в условиях разнообразных частноправовых коллизий национальных норм и юрисдикций различных государств»³.

1.3. Место международного частного права в правовой системе

В отечественной доктрине принято говорить о делении системы национального права на две подсистемы (две суперотрасли) —

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

³ Международное частное право : учебник / под общ. ред. Г. В. Петровой. М., 2011.

публичное и частное право. В настоящее время к этому делению следует подходить более осторожно. Современная национальная правовая система неизмеримо сложнее и демонстрирует следующие тенденции:

- формирование «комплексных», «смешанных» (предпринимательское, акционерное, банковское) отраслей национального права;
- формирование в составе публично-правовых отраслей целостной совокупности норм, регулирующих частноправовые отношения (таможенное право — институт «таможенных договоров»);
- «публицизацию» частноправовых отношений: рост публично-правовой составляющей в регулировании отношений между частными лицами (семейное, трудовое право).

Любая отрасль публичного права имеет в своем составе частноправовые категории, а любая отрасль частного права обладает элементами «публичности». В конечном счете все отрасли права представляют собой разумный баланс между «публичным» и «частным». Любая целостная совокупность норм (в том числе МЧП) «отличается смешанным характером — отчасти публичным, отчасти частным»¹.

Зарубежные юристы не акцентируют различия между публичным и частным правом. Наиболее ярко это проявляется в американской теории «правительственного интереса»: государство заинтересовано в применении не только своего публичного, но и своего частного права.

Не отказываясь от традиционного деления права на частное и публичное, в современных условиях представляется более продуктивным выделять не частноправовые или публично-правовые отрасли, а отраслевые системы национального права. Можно говорить о существовании в системе национального права самостоятельных подсистем: система государственного права (конституционное, избирательное, муниципальное), система финансового права (валютное, бюджетное, налоговое), система гражданского права (гражданское, торговое, предпринимательское, корпоративное).

В системе национального права в качестве самостоятельной подсистемы целесообразно выделить **систему МЧП**: *МЧП в узком смысле, коллизионное право, транснациональное банкротство (международное конкурсное право), международное нотариальное право, международный гражданский процесс, международный коммерческий арбитраж*. Такое деление соответствует законодательным подходам, закрепляющим «широкую концепцию МЧП», упрощает решение вопросов о природе МЧП и его нормативной структуре.

В отечественной литературе попытки разделить нормативный массив МЧП на отрасли и подотрасли появились в 1970—80-х гг.

¹ Шершеневич Г. Ф. Учебник торгового права / По изданию 1914 г. М., 1994.

(например, А. Л. Маковский предложил обособить международное частное морское право как самостоятельную отрасль МЧП). Многие представители современной российской науки поддерживают подобное деление: М. М. Богуславский считает, что совокупность норм, регулирующих имущественные отношения в области торгового мореплавания, представляет собой подотрасль МЧП. В качестве самостоятельной подотрасли МЧП выступает международное частное трудовое право: «Высокая степень обособления характеризует комплексы норм международного частного права, действующих в области торгового мореплавания, трудовых отношений (системы этих норм нередко обозначаются как “международное частное морское право”, “международное частное трудовое право”»¹.

МЧП представляет собой «клубок противоречий и проблем», «гибрид в юриспруденции», поэтому при характеристике системы МЧП понятия «отрасль — подотрасль — институт» целесообразно употреблять условно, без применения формальных критериев. Данный подход не соответствует принятым в отечественной доктрине определениям, является спорным и неоднозначным. Однако любые теоретические построения в области МЧП априорно спорны и неоднозначны. В доктрине нет единодушия по фундаментальным, основополагающим вопросам МЧП, тем более нет единообразного понимания категорий «отрасль» или «институт» МЧП. Возможно, на сегодняшний день не существует объективных оснований для обособления в МЧП самостоятельных образований (отраслей и подотраслей), но *de lege ferenda* подобное деление окажется востребованным.

Первый элемент в системе МЧП — **международное частное право в узком смысле (собственно МЧП)**, которое представляет собой отрасль МЧП как системы права. МЧП в узком смысле состоит из общей и особенной частей, в каждой из которых можно выделить подотрасли и институты. Структура МЧП в узком смысле построена по пандектной системе, характерной для российского частного права. *Общая часть* включает основные теоретические категории (понятие, предмет, метод, источники). *Особенная часть* объединяет специальные (с точки зрения объекта регулирования) подотрасли МЧП в узком смысле.

Совокупность *общих теоретических категорий МЧП* можно обозначить как подотрасль МЧП в узком смысле. Эта подотрасль делится на самостоятельные институты. В отечественном законодательстве общие категории МЧП закреплены главным образом в гл. 66 ГК РФ:

- предмет МЧП (ст. 1186);
- методы МЧП (ст. 1186);

¹ Звеков В. П. Международное частное право : учебник. М., 2004.

- принципы МЧП (ст. 1188, 1189, 1194, 1196, 1210);
- источники МЧП (ст. 1186).

Особенная часть МЧП в узком смысле состоит из *специальных подотраслей*:

- право лиц (субъекты МЧП);
- международное вещное право;
- международное договорное право;
- международное частное транспортное право;
- международное частное валютное право;
- международное право интеллектуальной собственности;
- международное частное трудовое право;
- международное деликтное право;
- международное наследственное право;
- международное семейное право.

В отечественной доктрине высказываются аналогичные предложения: «Система МЧП состоит из общей и особенной частей. Общая часть включает: основные понятия МЧП; виды источников МЧП; учение о коллизионных нормах, коллизионные нормы и их виды, типы коллизионных привязок, условия применения коллизионных норм...; правовое положение субъектов ... Особенная часть охватывает отдельные виды правоотношений с иностранным элементом... Нормы особенной части складываются в институты (подотрасли) МЧП, ориентированные на регулирование родственных правоотношений. К таким подотраслям МЧП относится международное коллизионное право, международное договорное право, международное коммерческое (торговое) право, международное банковское право, международное валютное право, международное право интеллектуальной собственности, международное страховое право, международное транспортное право, международное инвестиционное право, международно-правовое регулирование рынка ценных бумаг, международное семейное право, международное наследственное право, международное корпоративное право, международно-правовое регулирование процедур несостоятельности, международное вещное право, международное деликтное право (международно-правовое регулирование обязательств из причинения вреда), международное трудовое право, международно-правовое регулирование гражданских и арбитражных процессуальных отношений и др.»¹.

Однако в основном в российской доктрине права принято говорить не о «международном договорном праве», а о «праве внешне-торговых сделок», не о «международном частном трудовом праве», а о «трудовых отношениях в МЧП». Тем не менее часто употребляется

¹ Международное частное право : учебник / под общ. ред. Г. В. Петровой. М., 2011.

и иная терминология: международное коммерческое право, международное вексельное право, международное банковское право¹, международное частное транспортное право², международное частное трудовое право³, международное семейное право⁴.

В зарубежной доктрине права⁵ также употребляется подобная терминология (международное вещное право, международное договорное право, международное наследственное право, международное семейное право). Подобные обозначения отличаются лаконичностью и удобством с точки зрения юридической лексики. Разумеется, можно привести серьезные аргументы против термина «международное деликтное право» в пользу термина «внедоговорные обязательства в МЧП», против термина «международное частное транспортное право» в пользу термина «право международных перевозок». Однако необходимо иметь в виду, что и сам термин «международное частное право» является общепринятым, но отнюдь не бесспорным.

Кроме того, применение терминологических конструкций «международное частное трудовое право», «международное частное транспортное право» «международное частное валютное право» к подотраслям МЧП позволяет отграничить их от практически одноименных институтов международного публичного права (международное трудовое право, международное транспортное право, международное валютное право). Предлагаемая терминология далеко не бесспорна, но наука базируется именно на спорах, сомнениях и размышлениях. Наука априорно не может развиваться на основе «единственно верной теории».

Специальные подотрасли делятся на институты: например, международное частное транспортное право подразделяется на международное частное морское право, право автомобильных перевозок, право железнодорожных перевозок, право воздушных перевозок, право смешанных перевозок.

Коллизионное право — центральная, основополагающая отрасль всей системы МЧП. Цель МЧП — облегчить сосуществование права отдельных государств в части регулирования отношений между несuverенными субъектами с иностранным элементом, и сделать возможным их координацию. Односторонне определенная юрис-

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

² Холопов К. В. Международное частное транспортное право: анализ норм международного и российского транспортного права. М., 2010.

³ Звеков В. П. Международное частное право : учеб. пособие. М., 1999.

⁴ Канашевский В. А. Международное частное право. М., 2006; Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Международное частное морское право. Л., 1984; Федосеева Г. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2008.

⁵ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.

дикция, произвольное заявление независимого закона, отказ уважать существование других правовых систем приводят за границей к отказу исполнять решения судов такого государства и к отказу в применении его права¹. Применение норм иностранного права — центральная проблема МЧП, которая решается с помощью особого, неизвестного иным правовым системам юридического инструментария — коллизионных норм. Наличие в нормативной структуре коллизионных норм представляет собой «монополию» МЧП.

Коллизионное право — самая объемная, сложная и важная часть МЧП. В доктрине главным достижением МЧП называется то, что с помощью коллизионных норм государствам удалось преодолеть «юридический национализм», замкнутость национальных правовых систем и подчинение всех правоотношений с иностранным элементом праву страны суда².

В решениях Постоянной палаты международного правосудия по делам о сербских и бразильских займах 1929 г. подчеркивается, что МЧП — это прежде всего коллизионное право, направленное на разрешение коллизий разнонациональных законов. Коллизионные нормы обеспечивают взаимодействие правовых порядков различных государств, международного правового порядка и системы международного права. Этот «классический инструментарий» может рассматриваться в рамках МЧП как его самостоятельная подсистема — коллизионное право³.

В Конституции РФ (п. «п» ст. 71) употребляется термин *федеральное коллизионное право*. Это позволяет предположить, что отечественный законодатель не включает коллизионное право в МЧП и закрепляет самостоятельный характер коллизионного права в российской нормативной системе. Однако, по мнению большинства отечественных исследователей, данная норма Конституции имеет в виду разрешение конфликтов между различными российскими законами; к отношениям, связанным с иностранным правовым порядком, эта норма не относится. Одновременно норма п. «п» ст. 71 может быть истолкована так, будто в российском праве существует отдельная отрасль «федеральное коллизионное право». Но в разд. VI «Международное частное право» ГК РФ такая позиция не отражена. Этот законодательный акт сводит нормы МЧП именно к коллизионным нормам. Гражданское законодательство не позиционирует коллизионное право в качестве самостоятельной отрасли российского права.

¹ Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

² Мережко А. А. Международное частное право на пороге XXI века: проблемы и перспективы // Юридическая практика. 2000. № 22 (128).

³ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

С точки зрения российского гражданского законодательства МЧП отождествляется с коллизионным правом.

Коллизионное право представляет собой фундамент МЧП, его первоисточник и основу. Коллизионные нормы предопределяют применение материально-правовых норм, а коллизионный метод регулирования сохраняет доминирующее положение. В силу своей значимости коллизионное право в системе МЧП занимает особое место, — совокупность коллизионных норм может считаться не только самостоятельной отраслью, но и самостоятельной подсистемой МЧП. Обозначение коллизионного права как отрасли МЧП нацелено на достижение терминологического единообразия при характеристике структурных элементов МЧП.

Основной массив коллизионных норм — это МЧП в узком смысле. Коллизионное право как отрасль системы МЧП состоит из *теории коллизионного права* («учение о коллизионных нормах») и *основ применения иностранного права*.

Отдельный конгломерат коллизионных норм присутствует в каждой отрасли МЧП — в трансграничном банкротстве, международном нотариальном праве, международном гражданском процессе, международном коммерческом арбитраже. Однако число таких норм незначительно, их применение не отработано, законодательно данный вопрос урегулирован в немногих странах. Представляется нецелесообразным выделять, например, процессуальные коллизионные нормы и включать их в коллизионное право как отдельную отрасль МЧП. Нельзя говорить и об их обособлении в пределах соответствующих отраслей МЧП.

С точки зрения правоприменения МЧП нельзя сравнить с какой-либо другой правовой системой, — только в МЧП возникает проблема применения иностранного права. Применение права другого государства, основанное на изначальном применении национального права (коллизионная норма) представляет собой сложнейшее, во многом парадоксальное явление, свойственное только МЧП. Совокупность норм, регулирующих этот процесс, следует выделить в отдельную подотрасль коллизионного права — *основы применения иностранного права*. Эта подотрасль включает в себя институты:

- квалификация правовых понятий (ст. 1187 ГК РФ);
- коллизионная взаимность (ст. 1189 ГК РФ);
- институт обратной отсылки (ст. 1190 ГК РФ);
- установление содержания иностранного права (ст. 1191 ГК РФ);
- оговорка о публичном порядке в позитивном и негативном смысле (ст. 1192, 1193 ГК РФ).

Международное конкурсное право (транснациональное банкротство, трансграничная несостоятельность) — это самосто-

тельная отрасль в системе МЧП. В нормативной структуре МЧП нормы, регулирующие международное конкурсное право, занимают особое место вследствие их материально-процессуальной природы. Некоторые национальные кодификационные акты специально подчеркивают включение отношений сферы транснационального банкротства в предмет регулирования законодательства о МЧП (Бельгия, Швейцария, Румыния, Чехия). Современные тенденции регулирования трансграничной несостоятельности позволяют говорить о нем как о самостоятельной отрасли МЧП.

Международное нотариальное право (нотариальные действия в МЧП) — это совокупность норм, регулирующих функционирование национальных нотариальных органов в сфере частноправовых отношений, связанных с правопорядком двух и более государств. Нормы, регламентирующие нотариальную деятельность, имеют процессуальный характер. Пока рано говорить о международном нотариальном праве как о целостной совокупности норм. Потенциально, учитывая современные тенденции развития МЧП, можно предположить, что международное нотариальное право оформится в самостоятельную отрасль МЧП.

Международный гражданский процесс (международное гражданское процессуальное право) — самостоятельная отрасль в системе МЧП.

Ранее в отечественной доктрине доминировала позиция, что МГП входит в состав МЧП как отрасли правоведения. С точки зрения отраслевой принадлежности МГП определялся как совокупность специальных норм национального гражданского процесса¹. В современной российской литературе превалирует точка зрения, что МЧП регулирует не только гражданские, семейные, трудовые, но и процессуальные права иностранных физических и юридических лиц, т.е. МГП включается в структуру МЧП². В немецкой доктрине МГП считается самостоятельной отраслью национального права: «Международный гражданский процесс... не является придатком международного частного права. Скорее наоборот, первый чаще обладает преимуществом»³.

Современное национальное законодательство о МЧП одновременно регулирует и вопросы МГП — в Указе о МЧП Венгрии (1979, в ред. 2010) подчеркивается: «Настоящий Указ принимается... в целях определения:

¹ Луц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

² Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Том 1. Общая часть : учебник. М., 2000; Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011; Ярков В., Медведев И., Трушников С. Некоторые проблемы интернационализации гражданского процесса и гражданских юрисдикций в России // СПС КонсультантПлюс.

³ Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001.

— право какого государства следует применять, если в... правоотношениях участвует... иностранный элемент;

— на основании каких норм о компетенции и процессуальных норм следует рассматривать правовые споры, содержащие иностранный элемент».

Кодекс МЧП Туниса устанавливает: «Положения настоящего Кодекса имеют целью определение для международных частноправовых отношений:

1) судебной компетенции тунисских юрисдикционных органов;
2) действия на территории Туниса иностранных постановлений и решений;

3) иммунитетов от юрисдикции и принудительного исполнения судебных актов;

4) применимого права».

Выбор национальной юрисдикции предопределяет не только процессуальный порядок рассмотрения спора, но и коллизионное регулирование соответствующих отношений. Материально-правовое регулирование, в свою очередь, невозможно без предварительного решения процессуальной и коллизионной проблем. МЧП реализуется именно в правоприменительной практике. Это свидетельствует в пользу объединения МЧП и МГП и позволяет выделить МГП в качестве самостоятельной отрасли в системе МЧП.

Международный коммерческий арбитраж — это отрасль МЧП как системы права. Нормы, регулирующие деятельность МКА, занимают в системе МЧП обособленное положение.

МКА — это особое, специфическое явление правовой реальности, общественная, негосударственная организация, третейский суд. Арбитражное соглашение (основа компетенции МКА) представляет собой гражданско-правовой контракт, порождающий процессуальные последствия. МКА имеет смешанную (материально-процессуальную) природу, так же как международное конкурсное право.

Во многих национальных кодификациях МЧП отсутствуют нормы, регулирующие коммерческий арбитраж. В некоторых государствах (в Китае, России, Швеции) деятельность МКА регламентируется на основе специальных законов. В то же время не меньшее число национальных законодателей включает вопросы МКА в единый закон о МЧП (Швейцария, Турция, Румыния, Чехия). Такой путь представляется более эффективным, поскольку кодификация основных правил регулирования отношений, связанных с иностранным правопорядком, в одном акте облегчает и ускоряет процесс правоприменения.

В отечественной доктрине высказана точка зрения, что МКА и МГП потенциально могут претендовать на статус подотраслей

в отдельной отрасли МЧП «защита гражданских прав в международном обороте»¹. В эту отрасль включаются нормы, регламентирующие государственные судебные и альтернативные средства защиты. Однако и МГП, и МКА уже представляют собой целостные, обособленные совокупности норм, имеющих свой предмет и метод регулирования, устойчивую структуру и даже систему специальных коллизионных привязок. Более справедливо позиционировать МГП и МКА как отдельные отрасли в системе МЧП. Кроме того, МГП и МКА — это принципиально различные институты, поэтому объединение их в одну отрасль МЧП вряд ли является корректным.

1.4. Общие принципы международного частного права

В МЧП, как и в любой иной отрасли или системе права, существуют общие и специальные принципы. Эти принципы не имеют формы «общепринятого международного права как в случае основных принципов международного публичного права», речь идет об общих или схожих принципах (правилах) МЧП конкретных государств². Принципы МЧП — это обобщенные, в большой степени абстрактные юридические предписания, имеющие «сквозной» характер (регулирующие все отношения сферы МЧП).

Содержание и перечень принципов МЧП в доктрине определяются по-разному. По мнению П. Каленского, принципами МЧП являются «определенные постоянные правила, вытекающие из требования рационального урегулирования наиболее типичных случаев (особенно в сфере коллизионного права)» и установленные принципами международного публичного права. Особая важность этих принципов заключается в том, что они представляют собой «попытку обобщить урегулирование прецедентов коллизионного права, усилить тенденцию к формулировке определенных фундаментальных правил»³.

В качестве основных принципов МЧП П. Каленский выделяет такие «принципы коллизионного права, как принцип свободного выбора сторонами прав, подлежащего применению; принцип *locus regit formam actus*, применяемый к формальным требованиям правовых актов; принцип *legis rei sitae*, применяемый в коллизионном праве относительно прав *in rem* к недвижимым и движимым вещам».

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

³ Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

Общие или фундаментальные принципы МЧП «уподоблены важности общих и фундаментальных принципов в международном публичном праве».

Из международного права можно вывести фундаментальные постулаты относительно деятельности государств в сфере МЧП. Например, принцип «принудительного» сотрудничества государств в экономических, социальных и культурных сферах, отраженный в Уставе ООН, имеет такое же важное значение для МЧП, как и для международного публичного права. Однако нельзя утверждать, что нормы, предопределяющие деятельность государств в области МЧП (*locus regit actum*, *lex rei sitae*, *lex voluntatis*), напрямую закреплены в международном публичном праве. Такие нормы скорее представляют собой не часть общепринятого международного права, а являются «общими принципами права, признанного цивилизованными нациями» в смысле ст. 38 (с) Статута Международного Суда ООН. Эти нормы по-разному сформулированы «в отдельных правовых системах, так что невозможно говорить о них, опираясь на общепринятые нормы международного публичного права». При этом «коллизийные нормы, связывающие государства в области МЧП, только “де юре” отвечают общим принципам права, признанного цивилизованными нациями»¹. В итоге П. Каленский приходит к выводу, что основным принципом МЧП можно считать ***обязанность государств в определенных случаях применять иностранное право***.

В 1990-х гг. в отечественной литературе нередко высказывалось мнение, что принципами МЧП являются общепризнанные принципы международного права (принципы *ius cogens*).

Безусловно, общепризнанные принципы и нормы международного права предопределяют действие МЧП (и любой национально-правовой системы в целом). Однако вряд ли возможно расценивать принципы международного публичного права в качестве общих принципов МЧП как отрасли или подсистемы внутригосударственного права. В соответствии со ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права являются частью правовой системы России. Исходя из этого правового положения, можно утверждать, что основные (общепризнанные) принципы международного права — это один из источников российского МЧП.

Общепринятые принципы международного права могут непосредственно действовать в национальной правовой системе (обязанность государств учитывать в законодательном процессе международно-правовые стандарты, необходимость корректировать национально-правовые установления в связи с выполнением международных обязательств). Речь прежде всего идет об императивах,

¹ Там же.

вытекающих из общепризнанных принципов и норм международного права (принцип *pacta sunt servanda*), которые «обеспечивают юридическую связь между национальной правовой системой конкретного государства и международным правом»¹. Например, международно-правовой принцип суверенного равноправия государств непосредственно действует и в национальном праве, т.е. может быть обозначен как принцип МЧП. Уважение права на суверенитет означает запрет вмешательства в дела, входящие во внутреннюю компетенцию любого государства, и обязанность государств в равной степени соблюдать собственное право и право других «свободно выбирать и развивать свои политические, социальные, экономические и культурные системы, равно как и право устанавливать свои законы и административные правила». Ни одно государство не может в рамках своей внутренней компетенции создавать юридические предписания, затрагивающие суверенные права других государств. Точно так же можно говорить о непосредственном действии в МЧП принципа уважения прав человека и основных свобод.

Однако общепризнанные международно-правовые принципы в подавляющем большинстве случаев действуют в МЧП косвенным, а не непосредственным образом. Кроме того, взаимодействие международного права с национальными правовыми системами (особенно, если речь идет о косвенном взаимодействии) обеспечивают не только принципы *jus cogens*, но и любые международно-правовые нормы.

Основными (общими) принципами МЧП можно считать определенные в п. «с» ст. 38 Статута Международного суда ООН (1945) **«общие принципы права, свойственные цивилизованным нациям»**. Господствующая концепция относительно природы основных принципов права — это общие юридические правила, которые используются при применении конкретных правовых норм, при определении прав и обязанностей субъектов права. Общие принципы права представляют собой традиционные правовые постулаты, приемы юридической техники, юридические максимы, выработанные в преторском праве и юриспруденции Древнего Рима (закон не имеет обратной силы, закон последующий отменяет закон предыдущий). Это основа глобальной правовой системы, основа международного и национального права, часть юридической культуры общества, ориентир для всеобщих представлений о праве. Точное количество общих принципов права назвать невозможно, так же как невозможно дать их исчерпывающий перечень. Понятие «цивилизованные нации» имеет в виду те государства, чьи правовые системы основаны на рецепированном римском праве.

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

Главные общие принципы МЧП — принцип *pacta sunt servanda* (договоры должны соблюдаться), принципы справедливости и доброй совести. Статья 38 Статута Международного Суда устанавливает его обязанность принимать решение на основе международного права, но при этом не ограничивается право Суда разрешать дело по справедливости и доброй совести (*ex aequo et bono*), если стороны с этим согласны. Обязанность Международного Суда разрешать споры на основе *aequo et bono* презюмирует применение именно общих принципов права. Точно так же деятельность третейских судов в качестве дружеских посредников, обязанных при рассмотрении споров из международных коммерческих контрактов руководствоваться правилами *aequo et bono*, презюмирует применение общих принципов права.

Основными принципами МЧП выступают не все общие принципы права (например, принцип *nullum crimen nulla poena sine lege* вряд ли может быть отнесен к МЧП). Общие принципы права, непосредственно применяемые в МЧП: нельзя передать другому больше прав, чем сам имеешь; принципы справедливости и доброй совести; принципы незлоупотребления правом и охраны приобретенных прав; бремя доказывания лежит на истце; специальный закон имеет преимущество перед общим.

Общие принципы права следует отличать от основных (общепризнанных) принципов современного международного публичного права. Общие принципы права в международном публичном праве являются одним из его основных источников, формой существования правовых норм. Система основных принципов современного международного права представляет собой одну из его отраслей. Источниками отдельных основных принципов международного права (например, принципа добросовестного выполнения международных обязательств) выступают общие принципы права цивилизованных народов (принцип добросовестного выполнения договоров). Основные принципы международного права — его когентные, сверхимперативные нормы (запрет применения силы и угрозы силой, нерушимость границ, невмешательство во внутренние дела), а не общеправовые постулаты (никто не может быть судьей в собственном деле, никто не обязан свидетельствовать против себя).

1.5. Специальные принципы международного частного права

Специальные принципы МЧП — это «безусловные формально-определенные правила поведения, представляющие собой наиболее общие нормы МЧП, это основополагающие нормы прямого дей-

ствия национального права»¹. Принципы МЧП по сравнению с принципами других подсистем национального права обладают серьезной спецификой. С одной стороны, они связывают национальные правовые системы между собой, а с другой — юридически связывают международное и национальное право. О принципах МЧП упоминают многие национальные кодификации: «В случае отсутствия в предыдущих статьях соответствующего положения, регулирующего коллизию законов, применяются принципы международного частного права» (ст. 23 Закона ОАЭ).

Автономия воли участников правоотношения — главный специальный принцип МЧП. Автономия воли лежит в основе всех имущественных и связанных с ними неимущественных правоотношений между частными лицами (принцип свободы договоров; свобода иметь субъективные права или отказаться от них; свобода обращаться в государственные органы за их защитой или терпеть нарушения своих прав). Современная тенденция МЧП — максимально широкое применение автономии воли сторон (трудовые договоры, потребительские сделки).

В законодательстве многих стран автономия воли прямо позиционируется как принцип МЧП: «В случаях, прямо указанных в настоящем законе, стороны могут свободно выбрать право, применимое к гражданским отношениям с иностранным элементом» (§ 3 «Выбор права» Закона о МЧП Китая). «В случаях, предусмотренных настоящим законом, возможен выбор применимого права» (ст. 4.1 Закона о МЧП Польши).

Принцип наиболее тесной связи — специальный принцип МЧП, определяющий основополагающие начала правового регулирования частных отношений, связанных с иностранным правопорядком. Законом, объективно свойственным такому отношению, является право, имеющее с ним наиболее тесную связь. Принцип тесной связи имеет фундаментальное значение для регулирования международных частных отношений в целом, определяет соотношение коллизионного и материального регулирования.

Все коллизионные привязки отражают принцип наиболее тесной связи правоотношения, отягощенного иностранным элементом, с конкретной правовой системой. Например, отношения, связанные с оборотом вещей, наиболее объективным образом связаны с правом места нахождения вещи. Эта объективная связь отражена в коллизионном принципе *lex rei sitae*².

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971.

Принцип наиболее тесной связи как основной принцип МЧП прямо закреплен в Кодексе МЧП Болгарии (ст. 2): «Частноправовые отношения с международным элементом регламентируются правом государства, с которым они имеют наиболее тесную связь. Содержащиеся в Кодексе положения относительно определения применимого права выражают этот принцип. Если применимое право не может быть определено на основании положений Кодекса, применяется право государства, с которым это отношение в силу других критериев имеет наиболее тесную связь».

В законодательстве о МЧП Польши принцип наиболее тесной связи позиционируется как общее начало для восполнения пробелов: «В случае отсутствия указания на применимое право в настоящем законе, специальных нормах, действующих в Республике Польша международных договорах и праве Европейского Союза, к отношению, входящему в сферу действия настоящего закона, следует применять право страны, с которой отношение наиболее тесно связано» (ст. 67 Закона о МЧП).

Принцип предоставления определенных режимов — национального, специального (преференциального или негативного), режима наибольшего благоприятствования. Национальный и специальный режимы в основном предоставляются иностранным физическим лицам; режим наибольшего благоприятствования — иностранным юридическим лицам.

Преференциальный (особо льготный режим) предоставляется юридическим (наиболее крупные иностранные инвесторы) и физическим (жители приграничных областей; граждане государств, наиболее тесно связанных с данным государством) лицам.

В конституциях многих государств закреплена формулировка, что при определении общего правового статуса иностранных граждан им предоставляется *национальный режим*, — иностранные лица пользуются теми же правами и несут такие же обязанности, что собственные лица государства пребывания (ст. 62 Конституции РФ). Однако общие конституционные нормы о предоставлении иностранцам национального режима на практике сопровождаются многочисленными изъятиями, закрепленными в законах и подзаконных актах. Фактически правовой статус иностранцев основан на принципе режима наибольшего благоприятствования.

Основной режим в МЧП — *режим наибольшего благоприятствования*. Юридическое содержание принципа наибольшего благоприятствования — предоставление на территории данного государства равных прав всем иностранным лицам в определенной сфере деятельности на основе международного договора.

Принцип взаимности. Сущность взаимности — предоставление лицам иностранного государства определенных прав или определенного правового режима при условии, что лица страны, их предоставляющей, будут пользоваться аналогичными правами или правовым режимом в данном иностранном государстве. Основным источником взаимности — национальное законодательство.

Наличие взаимности в деятельности правоприменительных органов двух государств устанавливается следующими способами:

- правоприменительные органы одного государства констатируют, что в дружественной стране не производилось действий, свидетельствующих об отказе от взаимности;

- в постановлении национального правоприменительного органа перечисляются действия иностранного государства, подтверждающие взаимность в отношении сотрудничающих сторон.

В 1998 г. высшая инстанция уругвайского суда общей юрисдикции вынесла судебный акт о признании и принудительном исполнении решения суда России. В постановлении суда подчеркивалось, что хотя между Россией и Уругваем отсутствует договор о правовой помощи, уругвайским официальным органам неизвестны случаи отказа со стороны России в оказании помощи уругвайским лицам. Суд Уругвая считает себя обязанным на основе взаимности рассмотреть вопрос о признании и принудительном исполнении решения российского суда.

Для МЧП наибольшее значение имеет деление взаимности на материальную и коллизионную. Проблемы коллизионной взаимности относятся к коллизионному праву. Материальная взаимность делится на собственно материальную (материальную в узком смысле) и формальную взаимность. Материальная взаимность выражается в предоставлении иностранным лицам той же суммы конкретных прав и правомочий, которыми национальные лица пользуются в соответствующем иностранном государстве.

Формальная взаимность заключается в предоставлении иностранным лицам всех прав и правомочий, вытекающих из местного законодательства. Особенность формальной взаимности — иностранным лицам в другом государстве предоставляются и такие права, которыми они не пользуются в своей стране. В то же время иностранные лица не могут требовать предоставления прав, которыми они обладают в своей стране, если предоставление таких прав не предусмотрено законодательством соответствующего иностранного государства.

Материальная взаимность предоставляется в отдельных сферах — наследственное и авторское право, право промышленной собственности, двойное налогообложение (например, право инвестора

на получение компенсации в случае принудительного изъятия его капиталовложений): «В отсутствие международной взаимности являются неправопособными наследовать по завещанию или без завещания после жителей [Мексики] иностранцы, которые согласно законам своей страны не могут завещать или оставить без завещания свои имущества в пользу мексиканцев» (ст. 1328 ГК Мексики (1928, в ред. 1987)).

По общему правилу предоставляется формальная взаимность, например, иностранные физические лица пользуются национальным режимом в сфере гражданской и гражданско-процессуальной правоспособности (ст. 1196 ГК РФ, ст. 398 ГПК РФ).

Принцип международной вежливости — один из старейших институтов МЧП; в XVII в. международная вежливость (*comitas gentium*) являлась предпосылкой применения иностранного права. Международная вежливость представляет собой международное обыкновение, т.е. правило поведения, которому государства следуют, не признавая его юридически обязательным¹. В наибольшей степени применение международной вежливости свойственно судам стран общего права.

Проявление международной вежливости не презюмирует аналогичных ответных действий и не сопровождается требованием взаимности. Отказ от соблюдения международной вежливости не должен расцениваться как недружественный акт и служить основанием для реторсий.

Понятие международной вежливости не используется в национальном законодательстве и международных договорах, но широко применяется в правоприменительной практике. В хрестоматийном решении английского суда по делу Лютера-Сегора (1921) отмечено: «Заявить, что законодательство государства, признанного суверенным со стороны нашего государства, противоречит основным принципам справедливости и морали, — значит серьезно нарушить международную вежливость». В постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» предусматривается, что «направление судебного поручения в порядке правовой помощи возможно и на условиях международной вежливости в отсутствие международного договора об оказании правовой помощи».

Наиболее распространенное применение принципа международной вежливости — это «внедоговорная правовая помощь». При

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

отсутствии специального международного соглашения о предоставлении правовой помощи государство вправе рассчитывать на оказание помощи на основе взаимности в порядке международной вежливости. Если государство без достаточных оснований отказывает другому государству в правовой помощи, такой отказ представляет собой нарушение принципа международной вежливости.

Понятие международной вежливости связано с понятием взаимности, но это не тождественные категории. Взаимность представляет собой норму международно-правового обычая и одновременно — норму национального закона. Принцип международной вежливости — это международно-правовое обыкновение, не являющееся правовой нормой. Международную вежливость можно определить как взаимность, не закрепленную в договоре или законе.

Принцип недискриминации. Дискриминация — это нарушение или ограничение законных прав и интересов иностранных лиц на территории какого-либо государства. Принцип недискриминации означает, что лица какого-либо государства не могут быть поставлены в худшие условия, чем лица других государств. Каждое государство имеет право требовать от другого государства создания для его национальных лиц таких же условий, которыми пользуются лица других государств, т.е. общих и одинаковых для всех.

Принцип недискриминации не нуждается в договорном закреплении, он непосредственно вытекает из суверенного равенства государств. Принцип недискриминации — это «обратная сторона» принципа предоставления определенных режимов. Если в национальном законодательстве содержится общая норма о предоставлении иностранцам национального режима в области гражданской правоспособности, то необоснованное исключение из сферы действия данной нормы граждан какого-либо конкретного государства расценивается как дискриминация.

Право на реторсии. Реторсии представляют собой правомерные ответные ограничительные действия одного государства против другого, если на его территории нарушаются законные права и интересы физических и юридических лиц первого государства. Это принудительные меры, совершаемые в ответ на недружественный акт, и направленные не против государства в целом, а против его частных лиц в конкретной сфере международного общения. Цель реторсий — добиться отмены дискриминационной политики, восстановить применение принципа взаимности в отношениях между соответствующими государствами. Меры, вводимые в качестве реторсий, должны быть пропорциональны (не обязательно тождественны) спровоцировавшему их деянию и прекращаться с момента восстановления первоначального состояния. Обоснованное применение реторсий

не может рассматриваться как нарушение принципа недискриминации.

Реторсии иногда именуют «обратной взаимностью»¹.

В российском законодательстве нормы о реторсиях закреплены в ст. 1194 ГК РФ, п. 4 ст. 398 ГПК РФ, п. 4 ст. 254 АПК РФ. Полномочиями по установлению реторсий наделено Правительство РФ.

Возможность применения реторсий закреплена в законодательстве многих государств: «Республика Армения может установить ответные ограничения (реторсии) в отношении имущественных и личных неимущественных прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения имущественных и личных неимущественных прав граждан и юридических лиц Республики Армения» (ст. 1261 ГК Армении (1998)). В Китае правомочием на установление реторсий наделены не высшие органы исполнительной власти, а непосредственно правоприменительные органы: «Если суды иностранного государства налагают ограничения на процессуальные права граждан, предприятий и юридических лиц Китайской Народной Республики, народные суды будут соблюдать принцип взаимности в отношении ограничения прав граждан, предприятий и организаций такой страны» (ст. 187 Закона о гражданской процедуре КНР (1991)).

1.6. Нормативная структура международного частного права

Нормативная структура МЧП отличается повышенной сложностью. Эту отрасль права составляют различные по своему характеру, происхождению, природе и структуре нормы. Их можно классифицировать следующим образом: коллизионные (от лат. *collisio* — столкновение, конфликт), материально-правовые, материально-процессуальные и процессуальные нормы.

Основные теоретические концепции относительно нормативной структуры МЧП:

1. МЧП — совокупность только коллизионных норм. МЧП — это совокупность коллизионных (отсылочных) норм, регулирующих приращение к определенной правовой системе гражданских (семейных, трудовых и прочих цивилистических) правоотношений, осложненных иностранным элементом².

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Международное частное право / под ред. Г. К. Матвеева. Киев. 1985.

2. МЧП включает в себя и коллизионные, и материально-правовые нормы. Эта позиция разделяется подавляющим большинством представителей современной доктрины. «Не существует никаких убедительных оснований, ни практических, ни теоретических, ограничивать предмет международного частного права только коллизиями законов»¹.

В данной концепции можно выделить несколько направлений:

а) нормативная структура МЧП состоит из двух видов норм — коллизионных и унифицированных (международных) материально-правовых². Только такие нормы отвечают предмету и методу МЧП, что предопределяет их объединение в самостоятельную отрасль права;

б) МЧП состоит из коллизионных, унифицированных материально-правовых и внутренних материально-правовых норм, предназначенных для регулирования отношений, образующих объект МЧП. В настоящее время большинство ученых придерживается «широкой конструкции МЧП», т.е. отнесения к нему, помимо коллизионных, и унифицированных материальных, и национально-правовых норм «прямого действия»³;

в) в нормативный состав МЧП включаются: 1) коллизионно-правовые нормы (унифицированные и национальные); 2) материально-правовые нормы (унифицированные и внутригосударственные), т.е. нормы «прямого действия», предназначенные для регулирования международных частноправовых отношений); 3) процессуально-правовые нормы (унифицированные и внутригосударственные), предназначенные для регулирования международных процессуальных отношений и международного коммерческого арбитража⁴.

Центральная часть нормативной структуры МЧП — **коллизионные нормы**, уникальные по своей природе и встречающиеся только в МЧП. Ни в одной другой отрасли права нет даже аналога подобных норм. Их источники — национальное законодательство (внутренние коллизионные нормы) и международные договоры (унифицированные или договорные коллизионные нормы). Систему международных договоров, содержащих унифицированные коллизионные нормы, можно условно обозначить как комплекс конвенций о «применимом праве». Унифицированные коллизионные нормы имеют

¹ *Lalive P. Le droit applicable au fond par arbitre international // Droit international et droit communautaire. Actes du Colloque. 5-6 avril 1990.*

² *Луниц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002; Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.*

³ *Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011; Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3 т. Т. 1. Общая часть : учебник. М., 2000; Международное частное право : учебник / под ред. Н. И. Марышевой. М., 2011.*

⁴ *Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.*

договорное происхождение (обычные международные коллизионные нормы встречаются чрезвычайно редко).

Позиция доктрины в данном случае едина — все ученые включают коллизионные нормы в состав МЧП. «Коллизионная норма... отыскивает право, которое наиболее приемлемо для регулирования данных отношений... Коллизионные нормы не просто отсылают к определенной правовой системе, а участвуют в механизме правового регулирования, отражаящем особенности общественных отношений с иностранным элементом»¹. В нормативной структуре МЧП коллизионные нормы играют основополагающую роль. Эта отрасль права возникла и развивалась как коллизионное право и до середины XX в. определялась как совокупность коллизионных норм. Понимание МЧП как коллизионного права сохранилось и в современном мире — в американской доктрине «конфликтного» права, законодательстве большинства государств, резолюциях Института международного права.

Нормативная структура МЧП не исчерпывается коллизионными нормами. В состав МЧП входят **материально-правовые нормы** — международные (унифицированные) и национальные. *Унифицированные материально-правовые нормы* имеют публично-правовой характер и представляют собой конечный результат процесса согласования воли двух и более государств. Унифицированные материально-правовые нормы могут непосредственно применяться для регулирования частноправовых отношений, связанных с иностранным правовым порядком. Для этого они должны быть имплементированы во внутреннее законодательство.

Имплементация норм большинства международных договоров, регулирующих частноправовые отношения, в национальное право производится посредством ратификации соответствующего международного соглашения (если оно нуждается в ратификации) или посредством его подписания (и последующего издания внутренних актов, вводящих нормы договора в национальную правовую систему). «Непосредственно» для регулирования внутрисоциальных общественных отношений могут применяться не все нормы международного права, речь идет только о самоисполнимых нормах.

Самоисполнимые нормы международного права создаются государствами, но адресованы национальным субъектам права, а не государству в целом. Такие нормы устанавливают конкретные права и обязанности непосредственных участников правоотношения —

¹ Садиков О. Н. Регулирующие функции коллизионных норм и их структура / Международное частное право: современные проблемы / под ред. М. М. Богуславского. М., 1994.

физических и юридических лиц, правоприменительных органов; конкретные правила поведения. Для имплементации самоисполнимых норм в национальное право не требуется вносить в него изменения, принимать специальные законодательные акты (кроме акта о вступлении в силу соответствующего международного договора на территории данного государства). Предписания международных договоров, содержащих самоисполнимые нормы, детальны и конкретны; для их имплементации, как правило, требуется только отсылка.

Механизм реализации самоисполнимых норм закрепляется в международном договоре или национальном праве. Например, договоры о правовой помощи устанавливают правила определения подсудности и применимого права в области дееспособности детей, родителей, наследования. Этот международный механизм реализуется в форме простого исполнения (соблюдения) договорных норм национальными субъектами права.

В конституциях большинства государств закреплено правило о применимости во внутреннем правопорядке норм международного права. В ст. 25 Основного закона ФРГ (1949) установлено, что общепризнанные нормы международного права являются составной частью федерального права, имеют преимущество перед законами и порождают права для лиц, проживающих на территории Федерации. Статья 9 Конституции Австрии определяет, что общепризнанные нормы международного права действуют в качестве составной части федерального права.

Конституция РФ провозгласила международное право частью российского правопорядка (ч. 4 ст. 15): «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». По мнению отечественных ученых, эта норма декларирует признание любых норм международного права составной частью национальной правовой системы. В Конституции РФ закреплён принцип преимущественного применения международного права в случаях его противоречия с нормами национальных законов. Положения о примате (верховенстве) международного права при регулировании частноправовых отношений сформулированы в отраслевом законодательстве (ст. 7 ГК РФ, ст. 6 СК РФ, ст. 11 ГПК РФ, ст. 13 АПК РФ).

Согласно п. 1 ст. 7 ГК РФ общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы, а в соответствии с п. 2 ст. 7

ГК РФ международные договоры РФ применяются к гражданско-правовым отношениям непосредственно. ГК РФ включает международные договоры РФ в число нормативных регуляторов таких отношений.

В решениях международных правоприменительных органов подчеркивается, что на нормы международного права, создающие права для граждан, можно ссылаться в национальных судах. В решении Постоянной палаты международного правосудия по делу Danzig (1928) определены главные признаки самоисполнимых норм: 1) намерение договаривающихся сторон создать прямые права и обязанности для граждан; 2) создание таких прав является объектом соглашения; 3) данные права подлежат защите в национальных судах независимо от акта имплементации международного соглашения в национальное законодательство.

Материально-правовые нормы, унифицированные международным соглашением, представляют собой правила поведения, сформулированные в договоре и непосредственно применяемые для регулирования отношений по существу¹. Приоритетное применение к отношениям сферы МЧП унифицированных материально-правовых норм закреплено во многих национальных законах — например, ст. 1 Указа о МЧП Венгрии: «Указ не применяется к вопросам, урегулированным международным договором». В ГК РФ предусмотрено: «Если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается» (п. 3 ст. 1186).

После того как нормы международного права становятся частью национальной правовой системы, они сохраняют автономный, самостоятельный характер и отличаются от иных норм внутреннего права. Автономность и самостоятельность имплементированных международных норм в национальной правовой системе объясняется тем, что они не являются творением одного законодателя, а созданы в процессе международного нормотворчества и воплощают согласованную волю двух и более государств. Такие нормы государство не вправе отменить или изменить в одностороннем порядке (оно должно сначала прекратить свое участие в соответствующем международном соглашении).

Толкование унифицированных норм должно осуществляться не по правилам толкования норм национального права, а по пра-

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

вилам международного права, закрепленным в Венской конвенции о праве международных договоров (1969): «Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора». Венской конвенцией о договорах международной купли-продажи товаров (1980) установлено, что «при толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении».

Материально-правовые нормы национального права условно можно разделить на три группы:

1) общие нормы (ст. 11 ТК РФ) — регулируют весь спектр соответствующих отношений (как с иностранным элементом, так и без него);

2) «специальные национальные» нормы (ст. 31—33 Конституции РФ) — регулируют только отношения, не связанные с иностранным правов порядком;

3) «специальные иностранные» нормы (п. 4 ст. 124 СК РФ, ст. 127, ч. 2 ст. 1115 ГК РФ) — регулируют определенные отношения, в обязательном порядке связанные с иностранным правов порядком.

«Специальные иностранные» нормы входят в структуру МЧП. Такие нормы регулируют не весь спектр частноправовых отношений, а какую-то их часть, определенный круг вопросов. Эти нормы предназначены только для регламентации отношений, возникающих в международной сфере (например, инвестиционное законодательство). Во внутригосударственном праве «специальные иностранные» нормы образуют отдельную, самостоятельную нормативную группу.

Особенность таких норм — особый предмет регулирования (только отношения, связанные с иностранным правов порядком) и особый специальный субъект (иностранцы лица либо лица местного права, вступающие в отношения, связанные с иностранным правов порядком). В данном случае имеется в виду специальное регулирование, определенные нормы национального законодательства, специально рассчитанные на регулирование международных гражданских отношений. Законодатель вместо того, чтобы предусмотреть коллизионные нормы, создает систему правовых норм, не относящихся к внутригосударственной жизни¹.

Довольно широкий круг отношений в сфере МЧП регулируется при помощи материальных норм национального права. В подавляющем большинстве государств есть детальное материально-правовое регулирование масштабного круга отношений сферы междуна-

¹ Богуславский М. М. Материально-правовые нормы / Международное частное право: современные проблемы / под ред. М. М. Богуславского. М., 1994.

родного общения. Например, в России приняты специальные законы о правовом положении иностранных инвестиций, о регулировании внешнеторговой деятельности, о налогообложении иностранных лиц. Наличие такого законодательства позволяет судам не ставить вопрос о том, право какого государства должно применяться, а регулировать международное гражданское правоотношение посредством специальных норм своего национального права.

Однако, как писал Л. А. Лунц, по всякому правоотношению с «международным» или «иностранным элементом» возникает коллизионный вопрос. Коллизионная норма, разрешающая этот вопрос, не может быть заменена внутренней материальной нормой. «Некоторые наши законы по внешней торговле, имеющие форму материально-правовых норм, по существу содержат и коллизионную отсылку к советскому праву... Эти законы разрешают такие вопросы, которые не могут зависеть от норм иностранного закона, а определяются всецело советским законом. Следовательно, подобного рода постановления, хотя и касающиеся вопросов материального гражданского права, но по существу содержащие также и коллизионные отсылки к советскому праву, должны изучаться в науке международного частного права»¹.

Национальные материально-правовые нормы содержат «элемент разрешения коллизионного вопроса». Материально-правовая норма национального права, предназначенная регулировать отношения, выходящие за рамки правопорядка одного государства, применяется: 1) когда к ней отсылает коллизионная норма; 2) непосредственно, «напрямую», в силу характера этой нормы, поскольку подобные предписания в основном выражены как императивные правила поведения. Наличие специальных норм внутреннего законодательства, предназначенных для регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом, подразумевает наличие гипотетической коллизионной нормы одностороннего характера, которая выбирает право страны суда в качестве регулятора данного отношения. Таким образом, и в этом случае речь идет о преодолении коллизионной проблемы².

Применение национальных материально-правовых норм для регулирования отношений, связанных с иностранным правопорядком, латентным образом «презюмирует» наличие односторонней коллизионной привязки к праву страны суда. Эта скрытая (имплицитная) привязка адресована правоприменителю. «Специальные иностранные» нормы изначально предопределяют применение своего собственного права; характер таких норм априорно предпола-

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

гает, что правоприменитель рассматривает соответствующие отношения в рамках национального права.

Непосредственное использование национальных материальных норм без решения коллизионного вопроса возможно, если спор рассматривается в «родном» суде. Суд может прийти к выводу, что основные аспекты спора связаны с территорией только данного государства, поэтому нет необходимости ставить вопрос о применимом праве. В подобном случае корректно разрешить дело на основе норм собственного права, специально предназначенных для регулирования отношений, связанных с иностранным правопорядком. Если спор рассматривается в суде иностранного государства, то применение материально-правовых норм права другого государства возможно после решения коллизионного вопроса в пользу применения права этого государства. Никакие иностранные законы априорно не имеют экстерриториальной силы. Их применение в иностранных судах возможно только на основе постановлений местного законодательства.

Утверждая тезис о включении унифицированных и национальных материально-правовых норм в нормативную структуру МЧП, необходимо подчеркнуть, что речь идет не только о нормах материального права (гражданского, торгового, валютного, трудового), но и о процессуальных и материально-процессуальных нормах (закрепленных в международных договорах и национальных законах). Многие кодификации МЧП определяют, что сфера действия соответствующего закона охватывает не только вопросы применимого материального права, но и МГП, МКА, конкурсное право, нотариальные действия: «Настоящий Закон применяется к следующим вопросам, возникающим в сфере международного общения:

- а) компетенция швейцарских судебных и административных органов;
- б) применимое право;
- с) условия признания и приведения в исполнение иностранных решений;
- д) несостоятельность и мировое соглашение в конкурсном производстве;
- е) арбитраж» (ст. 1 Закона о МЧП Швейцарии (1987)).

Неоднородный характер нормативной структуры МЧП порождает проблему возникновения коллизий уже не между правовыми системами разных государств, а между различными правовыми нормами, регулирующими одни и те же правоотношения на территории одного государства. В национальном праве по одному и тому же вопросу могут действовать унифицированные международные (материальные и коллизионные; универсальные, региональные и двусторонние) и внутренние нормы (материальные и коллизионные).

Внутренние правовые коллизии разрешаются следующим образом:

— коллизия между внутренними и международными нормами — на основе общего принципа верховенства международного права (ст. 15 Конституции РФ, ст. 7 ГК РФ, ст. 6 СК РФ);

— коллизия между унифицированными коллизионными и материальными нормами, коллизия между внутренними коллизионными и материальными «специальными иностранными» нормами — на основе общих методов и способов правового регулирования. Материальные нормы снимают проблему выбора права и непосредственно разрешают частноправовые отношения, связанные с иностранным правопорядком. Примат материально-правового метода регулирования установлен в ст. 1186 и 1211 ГК РФ;

— коллизия между унифицированными универсальными, региональными и двусторонними нормами при совпадающей сфере применения — на основе общепризнанных принципов международного права: вначале применяются нормы двусторонних соглашений, затем — региональных, потом — универсальных. Если универсальный или региональный договор содержит императивные предписания, государство не вправе отступать от них при заключении региональных и двусторонних соглашений по этому вопросу. При этом обязательства государства по какому-либо международному соглашению, по идее, не должны противоречить его обязательствам по другому международному соглашению: «Соблюдение международных обязательств, принятых на себя государствами-членами, означает, что настоящий Регламент не должен затрагивать международные конвенции, сторонами которых являются одно или несколько государств-членов в момент принятия настоящего Регламента» (п. 41 Преамбулы Регламента Рим I).

1.7. Методы регулирования в международном частном праве

Метод правового регулирования — это комплекс взаимосвязанных приемов и средств юридического воздействия на определенную область общественных отношений. Проблема методов правового регулирования является одной из ключевых в любой отрасли права.

МЧП предназначено для регулирования частных имущественных и неимущественных отношений, связанных с правом двух и более государств. На регулирование одного и того же отношения претендуют несколько правовых систем, и возникает *коллизия законов* (краеугольное понятие МЧП). Разрешение данной коллизии представляет собой основную цель правового регулирования в МЧП. Это

«предопределяет своеобразие комплекса юридического инструментария, используемого в МЧП, что позволяет выделить его особый метод»¹. Наличие связи частного правоотношения с иностранным правопорядком создает предпосылку для особого метода регулирования, позволяющего решить, право какого государства должно применяться в конкретном случае.

Общие методы регулирования отношений в сфере МЧП — методы децентрализации, свободы договорных отношений, равенства и автономии воли сторон (как в любой отрасли национального права, регулирующей имущественные и связанные с ними неимущественные отношения между частными лицами). В МЧП наличествуют и **специальные методы правового регулирования** — коллизионный и материально-правовой. Специальные методы регулирования характеризуют данную совокупность правовых норм как специфическую, обособленную, целостную, самостоятельную нормативную систему.

Наименование специальных методов показывает их прямую связь с нормативной структурой МЧП. Коллизионный метод связан с преодолением коллизий в законодательстве различных государств и предполагает применение коллизионных норм (внутренних и унифицированных). Материально-правовой метод предполагает наличие в разных государствах единообразного регулирования частных правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком. Этот метод основан на применении материально-правовых норм (прежде всего унифицированных международных, в меньшей степени — национальных норм «прямого действия», т.е. «специальных иностранных» норм).

Коллизионный метод представляет собой метод разрешения конфликтов «разнонациональных» законов. В МЧП есть понятие «коллидирующие» (сталкивающиеся) законы. Правовые системы различных государств по-разному регулируют одни и те же проблемы частного права (понятие правосубъектности, форма сделки, сроки исковой давности). Для правильного разрешения гражданско-правового спора, связанного с иностранным правопорядком, огромное значение имеет выбор законодательства. Юридически обоснованное решение вопроса о том, право какого государства должно регулировать данное отношение, облегчает процесс признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений.

Коллизионный метод — отсылочный, косвенный, опосредованный метод, основанный на применении коллизионных норм. Суд производит выбор компетентного правопорядка (разрешает коллизионный вопрос) и после этого применяет материально-правовые

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

нормы избранной правовой системы. При применении коллизионного метода правило поведения образует сумма двух норм — коллизионной и материально-правовой, к которой отсылает коллизионная. Регулирование посредством коллизионного метода предполагает действие коллизионной нормы права страны, суд которой рассматривает дело, в сочетании с последующим действием материальной нормы иностранного или национального правопорядка. В структуре коллизионной нормы заложен критерий выбора национально-правовой системы.

Способы коллизионного метода — внутренний (при помощи норм национального коллизионного права) и унифицированный (посредством применения международных коллизионных норм). Коллизионный метод считается первичным и основополагающим в МЧП, поскольку коллизионные нормы — это основа МЧП. Сущность коллизионного метода: «отыскать... связь между правоотношением с иностранным элементом и национальной правовой системой... и таким опосредованным способом, используя... материальное право, урегулировать международное частное отношение»¹.

Коллизионный метод регулирования всегда квалифицировался как коренной метод МЧП. В этом методе проявлялась «специфика данной отрасли, он был единственным в своем роде, что позволило выделить МЧП в качестве самостоятельной отрасли права»². Однако уже в 1920-х гг. доктрина неоднократно подчеркивала недостатки коллизионных норм и ограниченный характер коллизионного метода³. Действительно, и внутренний, и унифицированный коллизионный методы порождают серьезные проблемы — неопределенность правового регулирования и отсутствие точного знания сторон о потенциально применимом праве.

Становление материально-правового метода в МЧП связано с процессами международно-правовой унификации. В конце XIX — первой половине XX в. было заключено большое количество международных договоров, содержащих унифицированные нормы, предназначенные для «прямого» использования в национально-правовой сфере. Включение таких норм в структуру МЧП предопределило признание в качестве второго метода регулирования в МЧП материально-правового метода, основанного на применении материально-правовых норм «прямого действия». Этот метод реализуется посредством применения единообразных материально-правовых правил

¹ Кудашкин В. В. Коллизионные правоотношения в международном частном праве // Государство и право. 2006. № 2.

² Зепалов А. В. Проблема метода в международном частном праве // Международное публичное и частное право. 2005. № 3.

³ Корецкий В. М. Очерки международного хозяйственного права. М., 1928.

поведения, которые создаются государствами и впоследствии имплементируются в национальное право.

Национальные материально-правовые нормы «прямого действия» входят в структуру МЧП, включаются «в его юридическую базу, формирующую материально-правовой метод регулирования». И унифицированные, и национальные материальные нормы имеют однородный механизм действия. Применение материально-правового метода регулирования предполагает наличие особого инструмента — «имплицитной (подразумеваемой) привязки к национальному правопорядку конкретного государства... Внутренней предпосылкой, как бы *имплицитно* (скрытно) присутствующей гипотезой... является односторонняя коллизионная норма, обуславливающая применение отечественного правопорядка и императивно указывающая на сформулированное в норме правило поведения»¹. Имплицитная односторонняя привязка имеет место вне зависимости от международно-правовой или национально-правовой природы нормы «прямого действия».

В современном международном общении возрастает значение унифицированных материально-правовых норм и роль материально-правового метода регулирования. *Этот метод является прямым (непосредственным), — правило поведения конкретно сформулировано в материально-правовой норме.* Основным источником прямого метода — унифицированные материально-правовые нормы; национальные материально-правовые нормы непосредственно могут применяться при рассмотрении спора в «родном» суде.

Материальный метод имеет преимущества перед коллизионным. Прямой метод более удобен, он упрощает и ускоряет разрешение спора, поскольку отсутствуют проблемы выбора права и необходимость применения иностранного законодательства. Основные достоинства материального метода — определенность (компетентное право известно заранее) правового регулирования, применение в первую очередь унифицированных международных норм. В российском законодательстве установлен примат унифицированного материально-правового метода над коллизионным (п. 3 ст. 1186 и п. 6 ст. 1211 ГК РФ). Законодательно коллизионный метод позиционируется как субсидиарный — он применяется при отсутствии прямых материально-правовых предписаний.

Несмотря на все сказанное, при разрешении частноправовых споров, связанных с иностранным правопорядком, в практике судов и арбитражей продолжает доминировать коллизионный метод регу-

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

лирования. Большинство государств в основном признает и исполняет на своей территории решения иностранных судов, если такие решения основаны на национальном праве данного государства, т.е. иностранный суд при решении вопроса о применимом праве избрал право того государства, на чьей территории судебное решение должно быть признано и исполнено.

Итак, специфика МЧП — два самостоятельных метода регулирования: **коллизийный и материально-правовой**, которые органически дополняют друг друга. Это методы регулирования, присущие исключительно МЧП, т.е. его эксклюзивные методы.

Контрольные вопросы

1. Как можно определить понятие и предмет МЧП?
2. Как можно определить понятие «иностранный элемент» в МЧП?
3. Что представляет собой нормативная структура МЧП?
4. Что представляют собой коллизийно-правовой и материально-правовой методы регулирования в МЧП?
5. Как можно определить юридическую природу МЧП?
6. Какое место занимает МЧП в системе национального и международного права?
7. Что представляет собой система МЧП?

ГЛАВА 2

Источники международного частного права

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- понятие и специфику источников МЧП;
- национальные источники МЧП;
- международно-правовые источники МЧП;
- место судебно-арбитражной практики, судебного прецедента, доктрины права, аналогии права и закона, общих принципов права и автономии воли в системе источников МЧП;

- понятие унификации и гармонизации норм МЧП;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

2.1. Понятие и специфика источников международного частного права

Источник права — это форма существования нормы права (юридически обязательного правила поведения). Юридически обязательное правило поведения выражается в определенной форме, которая представляет собой основу признания такого правила в качестве нормы права.

Как и МЧП в целом, его источники имеют специфический и парадоксальный характер. Специфика источников МЧП порождена его предметом регулирования: имущественные и неимущественные отношения между частными лицами, когда такие отношения связаны с правопорядком двух и более государств.

Основные концепции источников МЧП:

1. Концепция «двойственности» источников МЧП (две самостоятельные категории источников — национальные и международные)¹.

2. Концепция «гомогенности» (однородности) источников МЧП, их «национального» характера (решения Постоянной палаты международного правосудия по делам о сербских и бразильских займах (1929)).

3. Концепция «комплексности» источников МЧП².

Большинство представителей науки придерживаются концепции о двойственном характере источников («дуализм источников МЧП»). Источники делятся на «национальные» (национальное законодательство, судебная и арбитражная практика) и «международные» (международный договор, международный обычай, международная судебная практика).

Отношения, составляющие предмет МЧП, возникают между несурверенными субъектами (имеют частноправовой характер) и затрагивают интересы двух и более государств. С одной стороны, МЧП включается в систему национального права, следовательно, его источники имеют национально-правовую природу. С другой — МЧП регулирует международные частноправовые отношения, следовательно, международное право выступает самостоятельным источником этой национальной системы права. В пользу данной точки зрения свидетельствует нормативная структура МЧП: унифицированные международные нормы (материальные и коллизионные) непосредственно входят в его структуру и являются ее неотъемлемой частью. С этой позиции можно говорить о двойственном характере источников МЧП (и национальном, и международно-правовом).

В Конституции РФ установлено: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы» (ст. 15). Можно утверждать, что международное право в соответствии с общей нормой Конституции РФ является источником всех отраслей российского права, что прямо закреплено в отраслевом законодательстве (ст. 1, 355, 356 УК РФ; ст. 1, 413 УПК РФ; ст. 7 ГК РФ).

¹ Mayer P., Heuzé V. Droit international privé. Montchrestien, 9 éd., 2007.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

Основные законы других государств содержат аналогичные положения — в ст. 55 Конституции Франции закреплено: «Договоры и соглашения, должным образом ратифицированные и одобренные, имеют силу, превышающую силу внутренних законов...». В современной правовой системе нормы международного права являются источником национального права большинства стран мира.

В постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» раскрывается понятие «общепризнанные принципы и нормы международного права»: «...Общепризнанные принципы и нормы международного права, закрепленные в международных пактах, конвенциях и иных документах (в частности, во Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте о гражданских и политических правах, Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах), и международные договоры Российской Федерации являются... составной частью ее правовой системы».

В ст. 1186 ГК РФ закреплен перечень источников российского МЧП: «Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям... осложненным... иностранным элементом... определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса, других законов... и обычаев, признаваемых в Российской Федерации». Эта норма уникальна; больше ни одна отраслевая кодификация не устанавливает перечень источников таким образом. Например, ч. 1 ст. 1 ГПК РФ говорит о национальном законодательстве как источнике российского гражданского процесса, а ч. 2 ст. 1 устанавливает приоритетное применение норм международных договоров. Только в МЧП законодатель на первое место среди его источников поставил международный договор. Возникает вопрос: в ст. 1186 ГК РФ, кроме перечня источников МЧП, определена и их иерархия, или законодатель просто выразил общий принцип российского права о примате международно-правовых предписаний в случае их противоречия национальному законодательству?

Представляется, что «упоминание о приоритете международного договора обуславливается предписаниями прежде всего Конституции РФ... ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ч. 1, 3 ст. 62, ч. 1 ст. 63 и др.» о примате международного права над национальным¹. Данное положение можно понимать как норму, разрешающую коллизию «между двумя внутригосударственными нормами. Одна из них — правило

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

общего характера, содержащееся во внутреннем законодательстве, а вторая — специальное изъятие из нее, вытекающее из... международного договора... Второй норме отдается предпочтение»¹.

Концепция включения МЧП в систему национального права не позволяет считать международный договор его основным источником. «Роль внутреннего законодательства в международном частном праве объясняется тем, что в этой отрасли права речь идет о регулировании не межгосударственных, а гражданско-правовых отношений... Вторым по значению источником международного частного права является международный договор»². Главным источником любой системы, подсистемы или отрасли внутригосударственного права априорно является национальный правопорядок. На данный момент первое место среди источников МЧП занимает национальное право.

Статья 1186 ГК РФ перечисляет три источника МЧП: международный договор, национальное законодательство, обычай. Статья 11 ГПК РФ и ст. 13 АПК РФ дополняют этот перечень аналогией права и аналогией закона. Отечественный законодатель не включил в перечень источников МЧП судебную и арбитражную практику, доктрину права и автономию воли сторон. Одновременно в ст. 1191 ГК РФ (как и в ст. 166 СК РФ, ст. 14 АПК РФ) закреплено, что «при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве». Иностранная судебная практика и доктрина расцениваются как источники права других государств.

В зарубежной науке права источниками МЧП признаются не только национальное право, международный договор, международно-правовой обычай, судебно-арбитражная практика и доктрина, но и автономия воли, и транснациональное коммерческое право (*lex mercatoria*).

Национальный источник МЧП — вся внутренняя правовая система, весь правопорядок данного государства. Такой подход при определении национальных источников МЧП связан с тем, что его основополагающей частью являются коллизионные нормы, отсылающие не к конкретному закону, а ко всей правовой системе в целом. На первом месте среди внутренних источников стоят законы и подзаконные акты. Во многих государствах приняты специальные законы о МЧП. Но и в таких государствах гражданское, торговое, семейное, трудовое, гражданско-процессуальное, арбитражное законодатель-

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланаова. М., 2004.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

ство является источником МЧП. Немаловажное место среди источников занимают национальные правовые обычаи в сфере МЧП (однако следует отметить ограниченное количество таких обычаев).

Конкретные вопросы регулирования частноправовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, в основном регламентируются во внутригосударственных подзаконных актах, ведомственных и межведомственных инструкциях, которые также входят в правовую систему государства и выступают в качестве источников МЧП. Национальная судебная и арбитражная практика выделяется как самостоятельный источник, но это также часть национального правопорядка, поэтому судебную практику можно отнести и к национальному праву как источнику МЧП.

Парадоксальный характер источников МЧП проявляется в том, что самостоятельные источники этой отрасли права — такие формы существования правовых норм, которые в других отраслях права считаются либо вспомогательными источниками, либо средствами определения и толкования правовых норм, либо правовыми институтами. МЧП отличается особой сложностью, и в нем, как ни в какой другой отрасли права, имеется огромное количество пробелов, поэтому источниками МЧП можно назвать доктрину (науку) права, аналогию права и аналогию закона, автономию воли сторон, общие принципы права цивилизованных народов.

2.2. Национальное законодательство Российской Федерации

В российском праве отсутствует отдельный закон о МЧП, хотя несколько проектов закона СССР о МЧП были разработаны в 1970—90-х гг. Всесоюзным НИИ советского законодательства. К сожалению, полной кодификации российского МЧП произвести не удалось, специальный закон не рассматривался даже на уровне законопроекта. В отечественном праве произведена межотраслевая кодификация — в ГК РФ и СК РФ, КТМ РФ, ГПК РФ и АПК РФ включены специальные главы и разделы, регулирующие частноправовые отношения с иностранным элементом. Основные источники российского МЧП — разд. VI ГК РФ, разд. VII СК РФ, гл. XXVI КТМ РФ, разд. V ГПК РФ, гл. 31—33 АПК РФ, гл. XXI Основ законодательства РФ о нотариате.

В КТМ РФ (гл. XXVI «Применимое право») закреплены коллизионные нормы для определения применимого права в отношении флага судна, столкновения судов, обязательств из загрязнения моря с судов, других отношений, складывающихся в ходе международного торгового мореплавания. В СК РФ коллизионные нормы содержатся в разд.

VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства». Они определяют применимое право по вопросам брачно-семейных отношений с иностранным элементом.

Главный источник российского МЧП — разд. VI части третьей ГК РФ: положения гражданского законодательства могут применяться по аналогии ко всем частноправовым отношениям, не урегулированным специальным законодательством (ст. 4 СК РФ). Раздел VI ГК РФ состоит из трех глав, в которых сгруппированы три группы норм МЧП: общие положения (гл. 66, ст. 1186—1194); право, подлежащее применению при определении правового положения лиц (гл. 67, ст. 1195—1204); право, подлежащее применению к имущественным и личным неимущественным отношениям (гл. 68, ст. 1205—1224).

Особое значение имеет гл. 66 ГК РФ, содержащая общие положения применения иностранного права на территории РФ и устанавливающая общие принципы регулирования всех частноправовых отношений, связанных с иностранным правом порядком. В нее включены нормы, регламентирующие:

- общий порядок определения права, применимого к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом (ст. 1186);
- квалификацию юридических понятий при определении применимого права (ст. 1187);
- применение права страны с множественностью правовых систем (ст. 1188);
- коллизионную взаимность (ст. 1189);
- обратную отсылку (ст. 1190);
- порядок установления содержания норм иностранного права (ст. 1191);
- применение российских и иностранных императивных норм (ст. 1192);
- оговорку о публичном порядке (ст. 1193);
- применение реторсий (ст. 1194).

Статья 1186 ГК РФ (как и ст. 414 КТМ РФ) легализовала доктринальную конструкцию «отношение, осложненное иностранным элементом». Однако в ст. 1186 ГК РФ и ст. 414 КТМ РФ понятие «отношение, осложненное иностранным элементом», сформулировано по-разному. Многие современные кодификации МЧП вообще отказались от применения конструкции «иностраннный элемент» (законы о МЧП Венесуэлы, Грузии, Италии). В этих кодификациях специфика отношений сферы МЧП определяется посредством связи таких отношений с иностранным правом порядком.

Коллизионный метод регулирования используется с учетом принципа примата международного права. По смыслу ст. 1186 ГК РФ приоритетной коллизионной нормой является коллизионная норма международного договора. Применимое право определяется в том числе на основе норм российского законодательства и обычаев, признаваемых в Российской Федерации. Если применимое право определить невозможно, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано (п. 2 ст. 1186 ГК РФ). Закрепление принципа «наиболее тесной связи» представляет собой одно из наиболее существенных достижений отечественного законодательства.

Статья 1192 ГК РФ содержит специальное понятие «императивные нормы, регулирующие соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права». Данные нормы подлежат обязательному применению независимо от привязки коллизионной нормы или выбора права сторонами договора. Суд «может принять во внимание» и императивные нормы иностранного государства, с которым отношение имеет тесную связь (п. 2 ст. 1192). К сожалению, в ГК РФ не содержится определения «императивных норм, регулирующих соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

В отношении «оговорки о публичном порядке» (ст. 1193 ГК РФ) законодатель особо подчеркнул основания для отказа в применении иностранного права:

— норма иностранного права не применяется в исключительных случаях, т.е. такой отказ — это чрезвычайное явление¹;

— норма иностранного права не применяется, когда последствия ее применения могут противоречить основам правопорядка (публичному порядку) РФ. Значение имеет не содержание нормы, а последствия ее применения с точки зрения основ российского правопорядка;

— последствия применения нормы иностранного права должны явно противоречить российскому публичному порядку;

— отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы иностранного государства от правовой, политической или экономической системы РФ.

В АПК РФ, ГПК РФ, СК РФ и в других законодательных актах закреплено иное юридическое содержание оговорки о публичном порядке. В результате между положениями различных нормативных актов

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

возникает трудно разрешимая коллизия. Как суд должен применять оговорку о публичном порядке при рассмотрении споров из брачно-семейных отношений, например, из усыновления детей российскими гражданами за границей (регулирование этого вопроса в СК РФ отсутствует)? Исходя из смысла ст. 2 ГК РФ, ст. 4 СК РФ и общего принципа права *lex posteriori derogat lex priori* (закон последующий отменяет закон предыдущий), следует использовать ст. 1193 ГК РФ. Однако СК РФ — это специальный закон, регулирующий конкретный вид частноправовых отношений. В силу принципа *lex specialis derogat lex generalis* (закон специальный отменяет закон общий) применению подлежит ст. 167 СК РФ. Кроме того, согласно ст. 4 СК РФ к семейным отношениям гражданское законодательство применяется в том случае, если такие отношения не урегулированы СК РФ.

Институт публичного порядка в СК РФ урегулирован, но сформулирован иначе, чем в ГК РФ, — в ст. 167 СК РФ не указано, что норма иностранного права не применяется *в исключительных случаях*, когда последствия ее применения *явно* противоречат российскому публичному порядку. Следует подчеркнуть, что наиболее часто проблема оговорки о публичном порядке возникает именно в брачно-семейных отношениях, связанных с иностранным правом порядком¹.

В отношении определения национальной принадлежности юридических лиц в ГК РФ закреплён принцип, который действовал в советском праве, — личным законом юридического лица является право страны места его учреждения (ст. 1202). В соответствии с правом страны места учреждения определяются статус юридического лица, вопросы его создания, реорганизации и ликвидации, содержание правоспособности, порядок приобретения прав и обязанностей.

Подобный подход не отражает современные потребности экономического оборота, особенно учитывая распространение офшорных компаний. По российскому законодательству с формальной точки зрения любая компания, учрежденная за границей российскими гражданами, контролируемая российскими лицами и ведущая основную деятельность в России, будет считаться иностранной².

Право, подлежащее применению к вещным правам, определяется на основе императивных коллизионных норм. В ГК РФ сохранен общий принцип, согласно которому право собственности на имущество (содержание права, его осуществление и защита) определяется по праву страны места нахождения вещи (ст. 1205). Специальные подходы к определению права, применимого к возникновению и прекращению вещных прав, закреплены в ст. 1206.

¹ Там же.

² Старженецкий В. В. Новое законодательное регулирование в сфере международного частного права // URL: <http://www.allpravo.ru/library/doc2044p0/instrum4935/>

Коллизионные нормы обязательственного статута в основном имеют диспозитивный характер. Принцип автономии воли — генеральная коллизионная привязка (ст. 1210). Установлена возможность для сторон выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей (кумулятивный выбор применимого права). Принцип автономии воли ограничивается нормами о форме сделки, о правах третьих лиц, о действии императивных норм.

Если стороны не договорились о применимом праве, будет действовать гибкая коллизионная привязка, устанавливающая применение права страны, с которой договор наиболее тесно связан. Таким является право места жительства или основного места деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (ст. 1211). Если в тексте договора используются принятые в международном обороте торговые термины, то к отношениям сторон будут применяться обычаи делового оборота, обозначаемые соответствующими терминами (п. 6 ст. 1211).

Коллизионное регулирование вопросов международного частного морского права установлено в КТМ РФ; международного семейного права — в СК РФ. Нормы МГП закреплены в ГПК РФ и АПК РФ.

Большинство представителей отечественной доктрины придерживаются точки зрения, что российская кодификация МЧП не только не устранила существовавшие проблемы, а еще более их усугубила¹. Имеют место разрозненность, множественность и противоречивость актов, регулирующих отношения сферы МЧП. Нормы МЧП, закрепленные в ГК РФ, нацелены на регулирование только небольшой части отношений сферы МЧП (исключительно отношений гражданско-правового характера). Коллизионная регламентация права интеллектуальной собственности, трудовых, валютных, земельных, транспортных, таможенных и иных отношений, связанных с иностранным правопорядком, в российском законодательстве практически отсутствует.

Такие специфические отношения должны регламентироваться единым всеобъемлющим актом, который охватывал бы основные «блоки» общественных отношений, связанных с иностранным правопорядком. К тому же наличие в основном источнике гражданского права России (ГК РФ) раздела «Международное частное право» может повлечь вывод, что МЧП представляет собой отрасль гражданского

¹ Жильцов А. Н., Муранов А. И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия / Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2001.

права. Включение «Международного частного права» в третью часть ГК РФ привело к произвольному искажению «объектной сферы действия МЧП»¹.

Автономная кодификация МЧП (т.е. принятие отдельного специального закона или кодекса) юридически является более грамотной: в специальный нормативный акт включаются положения, относящиеся не только к отдельным видам правоотношений, но и общие нормы, которые в этом случае не дублируются в разных актах. Межотраслевая кодификация российского МЧП привела к дублированию многих институтов отечественного законодательства: оговорка о публичном порядке — ст. 1193 ГК РФ, ст. 167 СК РФ, п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ; установление содержания иностранного права — ст. 1191 ГК РФ, ст. 14 АПК РФ, ст. 166 СК РФ. При этом формулировки одних и тех же положений в различных нормативных актах не совпадают.

Все законодательные акты в межотраслевой кодификации российского МЧП характеризуются большим количеством пробелов и других серьезных недостатков. Основные пороки отечественного законодательства о МЧП: неопределенность формулировок и противоположений; наличие «отсылочных» и «бланкетных» коллизионных норм; полное отсутствие коллизионного регулирования валютных, земельных и трудовых отношений, связанных с иностранным правопорядком.

Одновременно необходимо отметить, что российское законодательство по МЧП оказалось достаточно устойчивым. К середине 2012 г. в разд. VI ГК РФ Федеральным законом от 03.06.2006 № 73-ФЗ внесено только одно изменение — в ст. 1217 (в связи с принятием Водного кодекса РФ; затрагивает терминологию, а не вопросы МЧП). В разд. VII СК РФ Федеральными законами от 15 ноября 1997 г. № 140-ФЗ и от 27 июня 1998 г. № 94-ФЗ внесено шесть изменений. В гл. 31—33 АПК РФ Федеральными законами от 30 апреля 2010 г. № 69-ФЗ, от 27 июля 2010 г. № 228-ФЗ, от 11 июля 2011 г. № 200-ФЗ внесено четыре изменения. В гл. XXVI КТМ РФ Федеральным законом от 14 июня 2011 г. № 141-ФЗ внесено девять изменений. В разд. V ГПК РФ и в гл. XXI Основ законодательства РФ о нотариате вообще не вносилось никаких изменений.

К сожалению, не представляется возможным утверждать, что такая устойчивость российского законодательства по МЧП объясняется его юридическими достоинствами, четкостью и определенностью формулировок, полной регуляцией. В наибольшей степени такая устойчивость связана с тем, что в российском граждан-

¹ Ануфриева Л. П. Некоторые проблемы нового российского регулирования по международному частному праву // Журнал российского права. 2003. № 2—3.

ском и нотариальном процессах применение иностранного права является довольно редким явлением. Неудивительно, что изменения коснулись именно тех сфер, в которых применение иностранного права — безусловный императив (арбитражный процесс, международное торговое судоходство, международное усыновление).

В Концепции развития гражданского законодательства РФ отмечается, что содержащееся в разд. VI «Международное частное право» части третьей ГК коллизийное регулирование по своей природе менее подвержено изменениям, чем материально-правовая регламентация. Анализ правоприменительной практики, российской и иностранной литературы, опросы специалистов-практиков показывают правильность основных концептуальных подходов, заложенных в разд. VI ГК РФ. Однако это не исключает целесообразности развития и определенной коррекции положений данного раздела с учетом накопленного опыта и произошедших изменений. Например, в регламентах ЕС Рим I и Рим II воплощен ряд новых подходов, представляющих серьезный интерес с точки зрения совершенствования российского законодательства.

Предлагаемые дополнения и изменения разд. VI ГК РФ преследуют следующие цели: 1) расширение круга отношений, прямо регулируемых новыми коллизийными нормами, с исключением необходимости определения применимого права на базе общего резервного критерия «тесной связи» (п. 2 ст. 1186) ввиду сложности его использования и трудной предсказуемости конечного результата; 2) коррекция некоторых коллизийных норм для достижения большей адекватности регулирования; 3) совершенствование ряда положений с точки зрения юридической техники с тем, чтобы способствовать их правильному применению судами.

В Концепции отмечается, что необходим тщательный сопоставительный анализ норм МЧП, содержащихся в ГК РФ и представляющих собой целостную систему скоординированных правил, с отдельными, установленными в разное время, разнородными по существу нормами МЧП, содержащимися в других федеральных законах. В случаях необходимости сохранения в этих законах правил МЧП как норм специальных по отношению к нормам ГК, в законах целесообразно прямо указать на применение к соответствующим отношениям, осложненным иностранным элементом, также общих правил разд. VI ГК.

Проект изменений в ГК РФ подготовлен Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства. Потенциальные изменения имеют масштабный характер: из 39 статей изменения и дополнения планируется внести в 20 статей (19 остаются в прежнем виде); планируется дополнить разд. VI еще 7 статьями.

К сожалению, эти изменения российского гражданского законодательства опять-таки не приведут к принятию отечественного закона о МЧП. Российский законодатель в очередной раз собирается пойти по пути межотраслевой кодификации, от которой в современном мире отказывается все большее число стран (особенно развитых). Полномасштабная кодификация МЧП имеет серьезные преимущества по сравнению с межотраслевой, — меньшее количество пробелов, отсутствие «взаимных отсылок» и необходимости применять различные нормативные акты, меньше оснований для не всегда корректного применения аналогии права и закона. «Вызывает сожаление, что российский законодатель, включив в Гражданский кодекс РФ особый раздел, именуемый “Международное частное право”, что подразумевает регулирование не только гражданских, но и других отношений, пошел по иному пути»¹.

2.3. Национальное законодательство иностранных государств

Мировая законотворческая практика показывает, что национальное законодательство по МЧП имеет следующие формы:

1) отдельный закон (кодекс) о МЧП (Австрия, Тунис, Турция, Швейцария, Украина);

2) вводный закон к акту кодификации гражданского права; одновременно многие вопросы МЧП регулируются в иных законодательных актах (ФРГ, Бразилия);

3) отраслевая или межотраслевая кодификация: основные вопросы МЧП регламентируются в рамках отраслевых кодификаций — гражданского, семейного, трудового, гражданско-процессуального кодексов (Россия, Нидерланды);

4) комплекс специальных законов, регулирующих основные правоотношения сферы МЧП (Великобритания, Швеция);

5) разрозненные правовые нормы, закрепленные в различных правовых актах, относящихся к различным отраслям законодательства (Франция, Дания).

В процессе развития национального законодательства по МЧП можно выделить следующие этапы.

1. *Вторая половина XVIII в. — начало 1890-х гг.* Первые законы, содержавшие отдельные нормы для регулирования частноправовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, приняты во второй половине XVIII в. — Гражданский кодекс Баварии

¹ Ануфриева Л. П. Некоторые проблемы нового российского регулирования по международному частному праву // Журнал российского права. 2003. № 2—3.

(1756) и Прусское гражданское уложение (1794). В 1804 г. принят Французский гражданский кодекс (ФГК), который действует до настоящего времени и является «старейшим из существующих в настоящее время гражданских кодексов, содержащих нормы МЧП»¹. В 1829 г. в Нидерландах принят Закон, содержащий общие положения законодательства Королевства, в котором был закреплён ряд коллизионных норм. Включение коллизионных норм в кодификации гражданского права было поддержано австрийским (ГК 1811 г.), итальянским (ГК 1865 г.), португальским (1867 г.), аргентинским (ГК 1869 г.) и испанским (ГК 1888 г.) законодателями.

2. *1890—1960-е гг.* Отдельные нормативные акты по МЧП принимаются в Швейцарии (1891), Японии (1898), Гватемале (1936), Таиланде (1938). В рамках кодификаций гражданского права коллизионное регулирование предусматривается в самом кодексе, либо принимается специальный вводный закон — Германия (1896), Перу (1936), Греция (1940—1946). Коллизионные нормы были включены в первый раздел («Введение») Гражданского закона Латвийской Республики 1937 г. (действует в настоящее время). В Бразилии в 1942 г. вступил в силу Вводный закон к Гражданскому кодексу — первый нормативный акт, включающий и коллизионные нормы МЧП, и правила МГП. Бразильское регулирование рассматривается как предвосхитившее современные тенденции объединения в едином законодательном акте вопросов коллизий законов и коллизий юрисдикции.

3. *Начало 1960-х гг. — 1978 г.* В Чехословакии (1963) впервые в мире была произведена комплексная автономная кодификация МЧП и МГП — принят Закон о международном частном праве и процессе. Автономные акты кодификации МЧП появились в Албании (1964) и Польше (1965). В ГК Португалии (1966) и Испании (1974) были включены разделы о коллизионном праве. В ГПК Польши (1964) включен специальный раздел по вопросам МГП. В Австрии в 1978 г. вступил в силу Закон о МЧП, в котором принцип наиболее тесной связи впервые установлен как общий принцип МЧП.

4. *1979—1998 гг.* Комплексные акты автономной кодификации МЧП и МГП разрабатываются в Венгрии (1979), Югославии (1982), Турции (1982), Румынии (1992), Италии (1995), Лихтенштейне (1996), Венесуэле (1998), Грузии (1998). Закон о МЧП Швейцарии (1987) до сих пор является самой полномасштабной кодификацией в этой области (201 статей). В ФРГ в 1986 г. был принят Закон о новом регулировании МЧП, который ввел в ВЗ ГГУ вторую главу «Международное частное право». Специальный закон по отдельным вопросам МЧП принят в Великобритании (1995). В ходе третьего

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

этапа акценты начали смещаться в пользу кодификации МГП. Это вполне понятно и разумно: определению применимого права всегда предшествует решение процессуальных вопросов¹.

5. 1998/1999 г. — *настоящее время*. В 1998 г. в Тунисе был принят первый в мире Кодекс международного частного права (вступил в силу в 1999 г.). Тенденцию именовать кодификации МЧП «кодексами» поддержали и законодатели других стран — Бельгии (2004), Болгарии (2005), Турции (2007). Таким образом, статус законодательных актов в области МЧП повышается. При этом пятый этап демонстрирует все многообразие имеющихся способов национальных кодификаций МЧП — Армения, Литва, Монголия, Нидерланды, Россия пошли по пути межотраслевой кодификации и включили разделы «Международное частное право» в гражданские кодексы (1999—2012). Азербайджан (2000), Эстония (2002), Китай (2010), Тайвань (2010) приняли специальные законы по МЧП, но не включили в них вопросы МГП. Словения (1999), Украина (2005), Македония (2007) приняли полноценные, комплексные законы о МЧП/МГП. В 2000 и 2009 гг. серьезные изменения были внесены в ВЗ ГГУ, в 2001 — 2009 гг. — в Указ о МЧП Венгрии, в 2011 г. — в Закон о МЧП Швейцарии, в 2004 и 2012 гг. — в Закон о МЧП Австрии. В законы о МЧП Южной Кореи в 2001 г. и Японии в 2006 г. были внесены настолько существенные и принципиальные изменения, что можно утверждать наличие в этих странах нового регулирования по МЧП. В 2011 г. вступил в силу новый закон «Международное частное право» Польши. В 2012 г. в Чехии был принят проект нового Закона о МЧП (вступил в силу в январе 2013 г.).

В англо-американском праве решающее значение имеет система судебных прецедентов, хотя по отдельным вопросам издаются специальные законы, в которых содержатся нормы МЧП, — Закон об иммунитете иностранного суверена США (1976), ЕТК США, законы Великобритании о государственном иммунитете (1978) и об арбитраже (1996). В 1995 г. в Великобритании был принят единый специальный закон, регулирующий отдельные аспекты МЧП. В Австралии действует Закон Нового Южного Уэльса о выборе права (1993) и подготовлен проект единообразного Закона о выборе права. В США на федеральном уровне выработан Второй свод законов о конфликтах законов (1971), который представляет собой частную (доктринальную) общедоказательную кодификацию МЧП, имеющую рекомендательный характер.

¹ Жильцов А. Н., Муранов А. И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия / Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2001.

Первоисточник французского МЧП — Французский гражданский кодекс 1804 г. Первоначально ФГК содержал всего 16 статей, посвященных МЧП, — коллизионные правила одностороннего и императивного характера (предусматривающие применение только французского права). В порядке интерпретации этих норм и на их основе практика французских судов сформулировала обширный конгломерат коллизионных норм по различным видам частноправовых отношений. «Многие нормы Гражданского кодекса, посвященные международному частному праву, имеют неопределенное общее содержание, позволяющее толковать их по-разному и так восполнять пробелы в законодательстве»¹. Развитие французского МЧП по сей день осуществляется в основном посредством судебной практики. При этом Франция не является страной прецедентного права, более того, «судьям запрещается выносить решение путем создания правовых и подзаконных положений по вопросам, поставленным перед ними» (ст. 5 ФГК).

Современные коллизионные нормы появились в ФГК только в третьей четверти XX в. Они закреплены в законах о родительских правах 1972 г., о разводе 1975 г., о международном усыновлении 2001 г. Особое значение для МЧП Франции имеет ст. 3 ФГК, в которой установлено, что «законы благоустройства и безопасности обязательны для всех, проживающих в стране... Недвижимости, даже принадлежащие иностранцам, подчинены французскому закону... Законы, относящиеся к состоянию и правоспособности лиц, распространяются на французов, даже проживающих за границей». Судебная практика и решения Кассационного суда на основе ст. 3 ФГК создали два основных коллизионных правила (личный статут подчиняется праву гражданства, вещный — закону места нахождения имущества), т.е. односторонние коллизионные нормы в порядке интерпретации были превращены в двусторонние.

«В вопросах международного частного права судебная практика во Франции играет роль основного источника права. Вследствие того, что неправильное применение иностранного закона не служит кассационным поводом, в коллизионных вопросах приобретают большое значение решения судов первой и второй инстанций»². Французские ученые утверждают, что современная судебная практика в сфере МЧП представляет собой «золотой век» правотворчества французских судей³. Одновременно французская доктрина уже давно выступает за принятие специального комплексного закона о МЧП.

¹ Клевченкова М. Н. Истоки МЧП Франции (к 200-летию Кодекса Наполеона 1804 г.) // Журнал российского права. 2005. № 3.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

³ Ancel B., Lequette Y. Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé. Dalloz, 2006.

Исследование истории национальных кодификаций в сфере МЧП демонстрирует неизбежность отделения законодательства о МЧП от иного отраслевого законодательства. Специальные законы о МЧП имеют четкую структуру, позволяют осуществить комплексный подход к регулированию правоотношений, связанных с иностранным правопорядком. «Следует избегать ситуации, когда коллизионные нормы рассредоточены по многочисленным документам, и между этими нормами имеются различия» (п. 40 Преамбулы Регламента Рим I).

Характерная черта современных кодификаций МЧП — включение в законы о МЧП разделов, посвященных вопросам МГП: гражданская процессуальная право- и дееспособность иностранцев, международная подсудность, выполнение поручений иностранных судов, признание и исполнение иностранных судебных решений. Эти институты тесно связаны с институтами коллизионного регулирования и подчиняются общим правилам МЧП.

В настоящее время национальное законодательство (прежде всего национальное коллизионное право) сохраняет свои позиции как основной источник МЧП. «Даже в очень далекой перспективе говорить об исчезновении национального коллизионного регулирования столь же наивно, сколь и утверждать о неизбежности отмирания права при коммунизме»¹.

2.4. Международный договор

Международный договор представляет собой результат процесса согласования воли субъектов международного публичного права. Нормы международного договора — это обобщающие, общеобязательные правила поведения, адресованные государству в целом. При разработке международного договора процесс согласования воли его субъектов проходит две обязательные стадии: 1) согласование воли государств относительно содержания правила поведения (содержание договорных норм); 2) согласование воли государств относительно признания данного правила поведения юридически обязательным для государств — участников договора.

Между договорами в области международного публичного и международного частного права есть существенные различия. Создателем (субъектом) и адресатом норм международных соглашений в международном публичном праве одновременно высту-

¹ Жильцов А. Н., Муранов А. И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия / Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2001.

пает само государство. Государство создает нормы международного публичного права, самому себе их адресует и на себя же возлагает ответственность за их нарушение. Нормы международных соглашений, регулирующих отношения в сфере публичного права, как правило, являются несамоисполнимыми.

Создателем (субъектом) норм международных соглашений, регулирующих проблемы МЧП, также является государство. Любое межгосударственное соглашение входит в сферу международного публичного права. Однако подавляющее большинство международных конвенций, посвященных регламентации частноправовых вопросов, адресованы не государству в целом, а его национальным правоприменительным органам, физическим и юридическим лицам. «По существу, международные договоры в области МЧП регулируют правоотношения с участием юридических и физических лиц — субъектов внутреннего права, но обязательства по договору возлагаются на государство, которые несут ответственность за приведение своего внутреннего права в соответствие со своими международными обязательствами»¹.

В юридической доктрине проблема применения норм международного договора в национальном праве вызывает острые дискуссии.

1. С одной стороны, международно-правовые нормы, регулирующие международные частноправовые отношения, сохраняют все изначальные свойства норм международного права. С другой стороны, в национальном правовом порядке они действуют в качестве внутренних норм. Дуалистический характер международно-правовых норм определяет их особую роль в МЧП².

2. Норма международного договора не является нормой национального права, но это не означает, что она не способна регулировать внутренние отношения³.

3. Правило поведения, сформулированное в международном договоре и предназначенное для субъектов национального права, не является правовой нормой, это «преднорма», т.е. «разросшаяся часть диспозиции международной нормы-обязательства». Такое правило поведения станет нормой права в результате придания ему юридической силы со стороны государства⁴.

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

² Луц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002; Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

³ Крылов С. Б. Международное частное право. М., 1930; Галенская Л. Н. Международное частное право. Л., 1980.

⁴ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

Международные договоры в сфере МЧП содержат в основном самоисполнимые нормы, т.е. конкретные и завершенные, приспособленные для непосредственного действия в национальном праве. Для имплементации норм такого международного договора во внутреннее право достаточно ратификации договора или его подписания. Все международные соглашения по вопросам МЧП содержат и обязательства государства в целом (изменить собственное законодательство, денонсировать ранее заключенные соглашения). Однако поскольку нормы подобных договоров адресованы непосредственно национальным участникам гражданских правоотношений, то имеется возможность непосредственного применения норм международных договоров в национальных судах и арбитражах (ст. 7 ГК РФ).

В постановлении Пленума ВС РФ от 31 октября 1995 г. № 8 «О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия» установлено, что положения официально опубликованных договоров РФ, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в России непосредственно. В иных случаях наряду с международным договором применяется внутригосударственный нормативный акт, принятый в осуществление положений данного договора. Таким образом, возможно одновременное применение двух норм — договорной и национальной, причем норма договора имеет приоритетное применение (п. 4 ст. 15 Конституции РФ). ВС РФ подчеркнул, что отличие договорной нормы от национальной представляет собой квалифицирующий признак непосредственного применения норм международного права в России.

Международные договоры, содержащие нормы прямого и непосредственного действия, применяются при рассмотрении гражданских дел, если международным договором установлены иные правила, чем российским законом, регулирующие соответствующие отношения (постановление Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации»). Положения международного договора, имплементированного в правовую систему России посредством федерального закона, имеют приоритет по отношению к российским законам. Нормы международного договора, имплементированного в правовую систему России не в форме федерального закона, имеют приоритет по отношению к подзаконным нормативным актам РФ (п. 8).

Международный договор остается в системе международного права и не превращается в акт внутреннего законодательства. Договоры по частноправовым вопросам нацелены на выработку уни-

фицированного регулирования имущественных и связанных с ними неимущественных отношений между разнонациональными субъектами. Имплементация норм международного договора в национальное право означает, что в пределах суверенной территории государства применяются нормы, воплощающие не только его собственную волю, но и согласованную волю других суверенных государств.

Большинство международных соглашений закрепляет необходимость субсидиарного обращения к национальному праву (в основном, по вопросам, не урегулированным в договоре). В такой ситуации неизбежно применение коллизионных и материальных норм национального права. В данном случае основная функция национального права заключается в том, что оно имеет значение субсидиарного статута, восполняющего пробелы международно-правового регулирования. Например, в Венской конвенции 1980 г. сформулированы исключения из сферы ее действия в пользу применения внутригосударственного права.

Международные договоры, регулирующие вопросы МЧП, составляют в международном праве целую систему. Основное количество таких договоров — двусторонние (договоры о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, консульские конвенции, договоры о торговле и мореплавании, торговом судоходстве). Наиболее важное значение для международного сотрудничества имеют универсальные международные соглашения, устанавливающие единообразное правовое регулирование на глобальном уровне. С начала XX в. по настоящее время в рамках различных международных организаций (Гаагские конференции по МЧП, УНИДРУА, МОТ) предпринимаются попытки универсальной кодификации МЧП.

На сегодняшний день разработана система универсальных Гаагских, Брюссельских, Венских и Женевских конвенций, регулирующих отношения практически во всех областях МЧП. Заключены, вступили в силу и действуют универсальные международные соглашения о защите иностранных инвестиций, о регулировании международной купли-продажи и других внешнеторговых сделок, о праве интеллектуальной собственности, вексельном и чековом праве, по вопросам международного гражданского процесса. Основной недостаток большинства таких соглашений — их недостаточно представительный характер (например, в Венской конвенции 1980 г. участвуют менее 100 государств). Многие универсальные международные соглашения в сфере МЧП, принятые в начале XX в., так и не вступили в силу, поскольку не набрали необходимого числа участников.

Значительно более успешна кодификация МЧП посредством заключения международных конвенций регионального характера. В современном мире существует единственная межгосударственная

кодификация МЧП на региональном уровне — Конвенция о международном частном праве (Гавана, 20 февраля 1928 г.) (Кодекс Бустаманте; участники — государства Центральной и Южной Америки). Кодекс Бустаманте — это полномасштабная кодификация унифицированных региональных коллизионных норм, которые действуют и применяются судами всех государств-участников. Кодекс Бустаманте представляет собой до сих пор непревзойденную межгосударственную кодификацию коллизионного права. В 1960-х гг. был создан Международный симпозиум по Кодексу Бустаманте — универсальная межправительственная международная организация, членами которой являются государства разных регионов (Польша, Австрия, Египет и др.).

Региональные конвенции по вопросам сотрудничества в области МЧП заключаются в рамках различных международных организаций — например, Конвенция СНГ 1993 г., Европейская конвенция об усыновлении детей (1967), Европейская конвенция о правовом статусе внебрачных детей (1975), Конвенция ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам (1980). В рамках Европейского Союза МЧП и вопросы сотрудничества в области правосудия включены в качестве «первоосновы» в компетенцию ЕС с тем, чтобы частные лица из стран — членов ЕС имели возможность обращаться в суд в любом из национальных государств на тех же условиях, что и в «родной» стране.

В настоящее время национальное законодательство по МЧП наглядно демонстрирует, что роль международного договора как источника МЧП увеличивается. Во многих европейских странах (Швейцария, Бельгия, Польша, Эстония) законодатель отказывается от разработки самостоятельного коллизионного регулирования многих институтов МЧП и закрепляет отсылку к нормам международно-правовых договоров. В 2009 г. законодатель ФРГ отменил действие норм подразд. 1 разд. 5 ВЗ ГГУ (ст. 27—37), устанавливавших коллизионное регулирование договорных обязательственных отношений. Теперь в соответствии со ст. 3.1.b ВЗ ГГУ право, применимое к договору, определяется на основе Регламента Рим I. В кн. 10 «Международное частное право» ГК Нидерландов 2012 г. закреплена отсылка к 31 международно-правовому документу (директивы и регламенты ЕС; универсальные и региональные конвенции, принятые в рамках ЕС, Совета Европы, Гаагских конференций по МЧП, ООН): «К вопросам расторжения брака и разлучения супругов применяются Гаагская конвенция о признании разводов и судебного разлучения от 1 июня 1970 г. и Люксембургская конвенция о признании решений, связанных с обручением, от 8 сентября 1967 г.» (ст. 54).

В п. 3 ст. 1186 ГК РФ установлено правило, исключаящее применение коллизионных норм, если международный договор «непосредственно» регулирует соответствующие отношения. Это создает серьезные трудности для правоприменительного процесса. Правоприменитель обязан точно знать, какие именно международные договоры являются частью правовой системы России, иметь достоверные сведения об оговорках и их правовых последствиях. Некоторые государственные органы в пределах своей компетенции предпринимая издание соответствующих актов. Однако такие акты имеют «спорадический характер и не образуют юридически обязательной правовой основы для деятельности других государственных органов»¹.

2.5. Обычай в системе источников международного частного права

Международный обычай представляет собой один из основных традиционных источников международного публичного права. Пункт «b» ст. 38 Статута Международного суда ООН определяет международный обычай как «...доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы». Положения Статута подчеркивают роль международной практики и *opinio iuris* (лат. — юридическое мнение) в формировании обычая. Обычай приобретает юридическое значение в результате однородных или идентичных действий государств и определенным образом выраженного намерения придать таким действиям нормативное значение.

Для того чтобы практика приобрела характер обычной нормы права, необходимы длительность, регулярность, устойчивость и повторяемость ее применения. Такая практика официально должна быть признана в качестве нормы права. Длительная повторяемость, т.е. устойчивая практика, является традиционным основанием для признания обычая в качестве источника права (становление международных обычаев относительно статуса вод исторических заливов). Возможно становление обычая и в короткий промежуток времени — например, обычаи в сфере космического права.

Обычай считается устной формой источников права. Это не означает отсутствия письменной фиксации международных правовых обычаев. Все обычаи (и национально-правовые, и международные) закрепляются в письменной форме. То, что этот источник права считается устным, означает, что запись обычаев производится в ненор-

¹ Ануфриева Л. П. Некоторые проблемы нового российского регулирования по международному частному праву // Журнал российского права. 2003. № 2—3.

мативных актах (судебной практике, дипломатической переписке, односторонних заявлениях государства, частных неофициальных кодификациях). Специфика международного обычая — он не может быть закреплён в нормативном акте.

Традиционный принцип международного публичного права — практика государств, даже последовательно применяемая, не является нормой международного обычного права. *Uses* (практика) должно быть соединено с *opinio iuris*, под которым понимается следование какой-либо практике не с точки зрения вежливости или удобства, а ввиду того, что такая практика рассматривается как юридически обязательная. Обычай — это практика, которая получила нормативную силу. Однако Ассоциация международного права в резолюции № 16/2000 отклонила требование *opinio iuris*, указав: *opinio iuris* — «достойный» базис международного обычного права, тем не менее оно не является требованием. Достаточно, если практика имеет единообразный, исчерпывающий и бесспорный характер¹.

В МЧП категория «обычай» представляет собой более сложное понятие, чем эта же категория в международном праве. Основная проблема — можно ли квалифицировать обычаи в качестве источников коллизионного права?

В зарубежной доктрине высказывалась точка зрения, что источник МЧП — только те обычаи, которые одновременно являются коллизионными нормами. В области коллизионного права существует немало норм, признанных всеми или большинством государств. Такие нормы следует квалифицировать как основанные на международном обычае. Это коллизионные принципы *locus regit actum* (форма сделки определяется по закону места ее заключения); *lex rei sitae* (право на недвижимость определяется по закону ее места нахождения); *lex voluntatis* (автономия воли сторон); *lex fori* (применение судом своего собственного процессуального права). Международное обычное право представляет собой основу обязательной системы коллизионных норм².

Необходимо отметить, что в настоящее время все перечисленные коллизионные правила (которые действительно имеют обычно-правовое происхождение), закреплёны в национальных законах. Источником МЧП в данном случае выступает не международный обычай, а национальное право.

Большинство ученых отвергают концепцию обычного коллизионного права. Каждое государство обязано иметь коллизионное право,

¹ Goode R. Правила, практика и прагматизм в международном коммерческом праве // International and Comparative Law Quarterly. 2005. Vol. 54. July // www.oxfordjournals.com

² Niederer W. Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR. Zurich, 1956.

т.е. в определенных пределах признавать на своей территории действие иностранных законов. При этом не существует общеобязательных конкретных коллизионных норм, которые можно вывести из международного обычая¹. В практике международной торговли есть отдельные обычаи делового оборота, имеющие коллизионно-правовую природу: Унифицированные правила по инкассо (публикация Международной торговой палаты № 522 в ред. 1995) (п. «с» ст. 11) в отдельных случаях предусматривают определение обязанности возмещения на основе иностранных законов и обычаев. Однако такие нормы — редкое явление.

Статья 1186 ГК РФ устанавливает, что право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом, может быть определено на основании обычаев, признаваемых в Российской Федерации. Эта норма отражает признание обычая одним из источников российского МЧП, т.е. одним из оснований определения права, применимого к гражданско-правовым отношениям, связанным с иностранным правопорядком. В отечественной доктрине высказывается мнение, что ст. 1186 имеет в виду обычаи, «действие которых связано с общностью исходных начал международного публичного и международного частного права... Их надлежит отличать от обычных правил материально-правового характера, регулирующих определенные аспекты гражданско-правовых отношений по существу» — «обычаев делового оборота», упоминаемых в ст. 5, п. 6 ст. 1211 ГК РФ².

Представляется, что формулировка ст. 1186 подразумевает обычаи, «не обязательно имеющие международно-правовую природу, но относящиеся к международному гражданскому (торговому) обороту»³. В пользу такой интерпретации предписаний ст. 1186 ГК РФ свидетельствует постановление правления Торгово-промышленной палаты РФ от 28 июня 2001 г. № 117-13 «Развитие законодательства о предпринимательстве и роль торгово-промышленных палат в этом процессе». В постановлении подтверждено признание на территории РФ Международных правил толкования торговых терминов «Инкотермс 2000» торговым обычаем, но ничего не говорится об их признании как международно-правового обычая.

Законодательство многих государств по-иному определяет возможность применения международных обычаев: в соответствии с Законом о МЧП Японии (ст. 3) «обычаи, которые не противоре-

¹ Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Екатеринбург, 2000.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланаова. М., 2004.

³ Ануфриева Л. П. Некоторые проблемы нового российского регулирования по международному частному праву // Журнал российского права. 2003. № 2—3.

чат публичному порядку или добрым нравам, имеют такую же силу, как и закон... поскольку они признаются положениями законов и распоряжений или относятся к вопросам, которые не предусматриваются законами или распоряжениями». Закон КНР о договорах (1999) закрепляет: «Если законодательство... и международные договоры... не содержат определенных установлений, могут применяться международные обычаи».

Международно-правовые обычаи как источник МЧП «по удельному весу и значимости уступают место внутригосударственному законодательству и международным договорам, однако в целом ряде случаев именно они незаменимы в качестве правового регулятора»¹. В МЧП наиболее важную роль играют международные торговые обычаи, обычаи делового оборота и обычаи торгового мореплавания. КТМ РФ предписывает, что право, подлежащее применению к отношениям торгового мореплавания, определяется в том числе «признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания» (п. 1 ст. 414).

В международных коммерческих отношениях употребляется специальная терминология: «обычаи международной торговли», «обычаи делового оборота». Международно-правовой обычай необходимо отличать от международных торговых обычаев («обыкновенный международный торговый оборот», «практики международной торговли»).

Международный торговый обычай не имеет межгосударственного характера, формируется в международных торговых отношениях с участием юридических и физических лиц, иногда при участии международных организаций². Такие обычаи не являются общеобязательными и представляют собой один из способов негосударственного регулирования международной торговли. Обычай внешней торговли часто является обычаем данного государства, принятым в международной торговле, поэтому вопросу о применении такого обычая должен предшествовать коллизионный вопрос³.

Обыкновения не являются правовыми нормами и источниками права, но они должны приниматься во внимание при толковании юридических сделок. В случае сомнения надлежит считать, что смысл данного волеизъявления соответствует тому смыслу, который считается обычным в торговом обороте. Обыкновения входят в состав волеизъявления участников сделки и идут впереди диспозитивных законов⁴.

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

² Войтович С. Международно-правовые обычаи в международных инвестиционных спорах с участием Украины // <http://www.gp.ua/eng/art1.shtml>

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

⁴ Там же.

В настоящее время международные торговые обычаи являются источником международного контрактного права: «Применяются, когда надлежит, нормы, обычаи и принципы международного торгового права, равно как и общепринятые коммерческие обыкновения и практика с устремлением соблюсти требования, налагаемые правосудием и справедливостью при решении конкретного дела» (ст. 31 Закона о МЧП Венесуэлы).

Статья 5 ГК РФ включает обычаи делового оборота в российскую правовую систему и определяет их соотношение с иными регуляторами гражданско-правовых отношений: обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются. В п. 6 ст. 1211 ГК РФ предусмотрено: 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 делового оборота, обозначаемых соответствующими торговыми терминами. В ч. 1 ст. 13 АПК РФ указано, что арбитражные суды в случаях, предусмотренных федеральным законом, применяют обычаи делового оборота.

Особое место обычаев в регулировании банковских отношений, международной торговли и мореплавания объясняется тем, что долгое время эти отношения регламентировались только в обычно-правовом порядке. Многие положения ГК РФ содержат отсылку к обычаям делового оборота (п. 5 ст. 421, ст. 836, 848, 853, 862). Статья 459 ГК РФ, устанавливающая правило о переходе риска случайной гибели или порчи вещи на груз в пути, предусматривает иное регулирование, если это предписывает обычай делового оборота (т.е. обычай делового оборота имеет приоритет перед диспозитивной нормой закона).

МТП произвела несколько частных неофициальных кодификаций международных обычаев: Варшавско-Оксфордские правила по сделкам на условиях СИФ, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии, Международные правила толкования торговых терминов (Инкотермс), Унифицированные правила по инкассо, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, Унифицированные правила по договорным гарантиям. Все эти акты не имеют нормативного характера и не являются источником права. Это просто запись, «кодексы практики», письменная фиксация обычных норм права. Источником права выступает каждое отдельное правило поведения, отдельный тип сделки.

2.6. Международное коммерческое право (*lex mercatoria*)

Международное коммерческое право (*lex mercatoria*) входит в группу международно-правовых источников МЧП, однако не является его общим, «сквозным» источником. Источником коллизионных норм МЧП, международного семейного и международного наследственного права *lex mercatoria* считать нельзя. В незначительной степени оно может выступать источником международного вещного права, международного частного трудового права и международного деликтного права. *Lex mercatoria* — источник международного хозяйственного права — права международного делового оборота (международного договорного, валютного и транспортного права, права интеллектуальной собственности, трансграничной несостоятельности, международного коммерческого арбитража).

Основной смысл *lex mercatoria* — это автономная, обособленная от национальных правовых систем система регламентации международной торговли. По своей правовой природе она является негосударственным регулированием, предмет которого — все виды международных коммерческих операций. *Lex mercatoria* определяется как «мягкое, гибкое» право (в смысле рекомендательного характера его норм: участники правоотношения не связаны императивными государственными предписаниями). К этому понятию примыкают понятия «квазимеждународное право» и «право транснациональных корпораций».

В основе идеи *lex mercatoria* (международного коммерческого права, транснационального торгового права, права международного сообщества коммерсантов, права международного бизнес-сообщества) лежит международная торговая практика («право купцов»), сложившаяся в Западной Европе в Средние века.

Современная теория *lex mercatoria* разрабатывается в доктрине права с 1950-х гг. Основные точки зрения относительно *lex mercatoria* в зарубежной доктрине:

1. *Lex mercatoria* — это автономное право международной торговли, зародившееся спонтанно и не имеющее отношения к национальному праву. Стороны могут при помощи контракта урегулировать свои отношения, используя тот источник права, который они сами выбирают¹.

2. Это дополнение к национальной правовой системе в виде последовательной консолидации обычаев и обыкновений междуна-

¹ Schmitthoff K. *International Business Law: A New Law Merchant, Current Law and Social Problems*. 1961.

родной торговли. *Lex mercatoria* не существует в качестве права как такового¹.

3. Любые юридические нормы должны проистекать из государственного суверенитета либо признаваться им. *Lex mercatoria* не отвечает этому требованию, поэтому у сторон нет возможности избрать правовой порядок, не основанный на национальном праве².

В российской доктрине международное коммерческое право не признавалось вплоть до конца 1980-х гг. (вследствие государственной монополии внешней торговли). Только в начале 1990-х гг. состоялось признание *lex mercatoria* как части международного права и источника МЧП. *Lex mercatoria* понимается как особый правовой порядок, отличный от национального и международного права, автономная система³. Это не означает, что *lex mercatoria* полностью независимо от национального правового порядка и представляет собой самодостаточную систему, исключающую национальную и международную юрисдикцию. Система *lex mercatoria* имеет *вненациональный, но не наднациональный характер*.

Современное национальное законодательство закрепляет привязку договорных обязательств к *lex mercatoria*: «Применяются... нормы, обычаи и принципы международного торгового права... общепринятые коммерческие обыкновения и практика...» (ст. 30 Закона о МЧП Венесуэлы). Многие страны (Нидерланды, ФРГ, Швеция) признают возможность обращения к «вненациональным» правовым системам в ходе разбирательства спора международным коммерческим арбитражем. В ГПК Франции установлено, что в третейском разбирательстве могут применяться нормы, не относящиеся к национальному праву: «Арбитр разрешает спор в соответствии с правовыми нормами, выбранными сторонами, а при отсутствии такого выбора — в соответствии с правовыми нормами, которые он сочтет подходящими к данному делу». Регламент Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты определяет, что при отсутствии соглашения сторон о выборе права арбитраж применяет закон или правовые нормы, которые считает наиболее подходящими. Упоминание о национальном праве в Регламенте отсутствует.

В российском законодательстве закреплён противоположный подход. Закон о МКА предусматривает: «Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства».

¹ Berger K. P. The concept of the «Creeping codification» of Transnational Commercial Law // URL: www.tldb.de

² Batiffol H., Lagarde P. Droit international prive. P., 1993

³ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (1961) указывает, что «стороны могут по своему усмотрению устанавливать с общего согласия право, подлежащее применению арбитрами при решении дела по существу. Если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, арбитры будут применять закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой» (ст. 7). Приведенная формулировка подразумевает, что арбитры вправе обращаться только к национальному законодательству.

Возможность применения *lex mercatoria* предусматривается в Вашингтонской конвенции 1965 г.: «Арбитраж рассматривает спор согласно нормам права в соответствии с соглашением сторон... в случае отсутствия такого соглашения применяются... те нормы международного права, которые могут быть применимы». Наиболее определенным образом обращение к *lex mercatoria* закреплено в ст. 9 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным договорам (1994): «При определении применимого права суд принимает во внимание общие принципы международного коммерческого права, признаваемые международными организациями».

Основа *lex mercatoria* — резолюции-рекомендации международных организаций по вопросам внешней торговли (общие условия поставок, договоры присоединения, типовые контракты, типовые законы). Эти документы исходят не непосредственно от государств, а создаются международными организациями. Участие государств в этом процессе ограничено, их воля выражается опосредованно: постольку, поскольку государства являются членами международных организаций. Нормативная основа негосударственного регулирования внешней торговли имеет рекомендательный характер, не обладает обязательной юридической силой; правила, принципы и нормы *lex mercatoria* — это открытый перечень.

Можно привести «хрестоматийные» примеры выбора *lex mercatoria* в качестве подлежащего применению права: дело *Saphire* (1963) — стороны избрали в качестве применимых «принципы права цивилизованных стран в целом», арбитраж согласился руководствоваться автономией воли сторон. По делу *Soc. Pabalk Ticaret v. Soc. Anon. Norsolor* (1985) решение Арбитражного суда МТП, применившего *lex mercatoria*, было отменено Венским апелляционным судом, а затем восстановлено Верховным судом Австрии, «так как решение не нарушает императивных положений национального права, которое могло бы быть применено в ином случае». Это решение было признано и исполнено во Франции. Женевский арбитражный суд в споре о соглашении по добыче нефти и газа (1987) руководствовался «общепризнанными международными принципами

права, регулируемыми договорными отношениями». Решение было оспорено в Апелляционном суде Англии, однако суд отклонил апелляцию, поскольку «нет причин для утверждения, что выбор в качестве применимого права “принципов права, общих для различных государств”, каким-то образом вышел за рамки выбора, предоставленного арбитражу сторонами»¹.

Многие исследователи включают в систему *lex mercatoria* и межгосударственные соглашения (в первую очередь, Венскую конвенцию 1980 г.). Между тем причисление к источникам *lex mercatoria* международных договоров противоречит концепции негосударственного регулирования. Международный договор — основной источник международного публичного права. Можно говорить только о применении международных договоров в рамках *lex mercatoria*, как они применяются в рамках национальных правовых систем, но не о том, что они являются частью *lex mercatoria*². Международные договоры могут считаться источником *lex mercatoria* только в тех государствах, которые не являются участниками соответствующих конвенций.

Характеристика системы *lex mercatoria* как «негосударственного регулирования» не может иметь абсолютного характера. Если речь идет о документах ООН, УНИДРУА, ЮНСИТРАЛ, необходимо учитывать межправительственный характер таких организаций, участие представителей государств в разработке всех документов. Если речь идет о документах МТП и других международных неправительственных организаций, необходимо принимать во внимание, что их использование всегда осуществляется в рамках государственного правопорядка. Ни один контракт не может говорить о своей собственной действительности, и ни одна правовая система не предоставляет абсолютной свободы договаривающимся сторонам, чье соглашение в любом случае подчинено публичному порядку и императивным нормам³.

Разрешая автономии воли, государство допускает возможность выбора сторонами не только какой-либо национально-правовой системы, но и определенных вненациональных регуляторов. Одновременно, устанавливая императивные нормы, государство определяет те положения, которые стороны не вправе изменить или отменить. Никакое государство не допустит регламентации, противоречащей установленному национальному правопорядку⁴.

¹ Lando O. The Lex Mercatoria // www.jus.uio.no, 2004.

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

³ Goode R. Правила, практика и прагматизм в международном коммерческом праве // International and Comparative Law Quarterly. 2005. Vol. 54 July // www.oxfordjournals.com

⁴ Бахин С. В. Субправо: Новые тенденции в унификации международного права // Правоведение. 2002. № 1 (240).

Применительно к lex mercatoria можно говорить о «негосударственном регулировании» только как об установленной государством свободе договора (включая выбор права, применимого к контракту).

Разрозненные акты и документы, составляющие lex mercatoria, в основном не связаны между собой, могут дублировать друг друга или друг другу противоречить. В связи с этим нельзя утверждать lex mercatoria как целостную правовую систему. Lex mercatoria — это параюридическая система, существующая практика, которая действительно так же, как и настоящий закон. Оно функционирует на периферии юридического процесса и является «мягким», но не «слабым» правом¹.

Правила lex mercatoria носят рекомендательный характер, выработаны практикой; они наиболее удобны и приспособлены к международной торговле и могут быть изменены по желанию сторон. Однако в системе «мягкого» права существует и императивные положения, которые не могут быть изменены соглашением сторон. Это основополагающие принципы регулирования международного торгового оборота и поведения его участников:

- принцип добросовестности;
- принцип разумности;
- принцип обязательного соблюдения договоров;
- честная деловая практика.

В 1994 г. Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) были изданы Принципы международных коммерческих контрактов (Принципы УНИДРУА) — свод наиболее значимых, основополагающих положений, охватывающих все стороны договорных обязательств (вторая редакция — 2004 г., третья — 2010 г.). «Разрозненные правила международной торговли приобрели системный характер, так что в настоящее время можно говорить о международном коммерческом праве как о самостоятельной регулирующей системе»². В 1995 г. Комиссия по европейскому контрактному праву опубликовала Принципы европейского контрактного права, которые в значительной степени повторяют Принципы УНИДРУА.

Разработка Принципов УНИДРУА уменьшила неопределенность lex mercatoria. Принципы УНИДРУА могут применяться, если стороны согласились, что их контракт будет регулироваться «общими принципами права», «lex mercatoria» или аналогичными положениями. Принципы рассматриваются как материализация и кодифика-

¹ Goode R. Правила, практика и прагматизм в международном коммерческом праве // International and Comparative Law Quarterly. 2005. Vol. 54. July // www.oxfordjournals.com

² Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

ция *lex mercatoria*. В комментариях к Принципам указано: если ранее ссылки на *lex mercatoria* подвергались критике в связи с их неопределенностью, то теперь можно обратиться к «систематизированному и четко сформулированному своду норм». Обращение к Принципам УНИДРУА «несет в себе большую правовую определенность, чем отсылка к *terra incognita* под названием *lex mercatoria*»¹.

Основная задача Принципов УНИДРУА — «изложение основ внешнеэкономической системы *lex mercatoria*, т.е. обычного права международной торговли, установление приспособленных к требованиям международной торговли и лишенных национального контекста правовых норм»². В Преамбуле предусматривается возможность использовать их как субститут национального права, если нормы такого права сложно или невозможно установить. Однако обращение к положениям Принципов в целях толкования и дополнения национального законодательства должно рассматриваться как чрезвычайная мера (*last resort*).

Принципы УНИДРУА характеризуются как обособленная система правовых норм, «особое право». Принципы не являются исчерпывающим изложением *lex mercatoria*, но в настоящее время составляют его основную часть. Это правовое регулирование, представляющее собой результат нормотворческой деятельности международных организаций. Эту особую форму правовых предписаний можно назвать «субправом»³.

Преимущества международного коммерческого права по сравнению с национальным законодательством и международными договорами:

- сторонам международных торговых сделок предоставляется максимальная свобода действий в установленных рамках;
- национальное законодательство и международные договоры по объективным причинам «не успевают» за стремительным развитием отношений в сфере международной торговли.

По общему правилу, в международной торговле правила *lex mercatoria* применяются:

- в случае прямой ссылки на них в контракте на основе автономии воли сторон;
- в случаях, когда невозможно установить применимое право;

¹ Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002.

² Смитюх А. *Lex mercatoria* и национальное право. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА как средство дополнения и легитимизации применения внутригосударственного законодательства // Юридическая практика. 2002. № 1 (211).

³ Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002.

— для толкования и восполнения пробелов национально-правового и международно-правового регулирования.

На данном этапе *lex mercatoria* не может заменить национальное право, поскольку автономия воли сторон ограничена непосредственно его рамками. Отсылка к *lex mercatoria* не означает отказа от национального права, так как продолжают действовать нормы подлежащего применению национального правопорядка, публично-правовые нормы тех государств, с которыми данный контракт тесно связан (порядок ввоза и вывоза товаров, таможенное регулирование, антидемпинговое законодательство).

В некоторых юрисдикциях *lex mercatoria* является одним из критериев для установления права, наиболее тесно связанного с договором: «За неимением действительного указания договорные обязательства регулируются правом, с которым обнаруживаются более прямые связи. Суд принимает в расчет все объективные и субъективные элементы, которые вытекают из договора, для того чтобы определить это право. Также принимаются в расчет *общие принципы международного торгового права, принятые международными организациями*» (ст. 30 Закона о МЧП Венесуэлы).

Закрепленный в российском праве механизм автономии воли сторон позволяет применять *lex mercatoria* в рамках международного коммерческого арбитража. К сожалению, российское законодательство не выделяет общие принципы права и *lex mercatoria* в качестве источников МЧП, хотя на практике они давно являются таковыми.

2.7. Судебная и арбитражная практика.

Судебный прецедент

Во многих государствах судебная и арбитражная практика в качестве источника МЧП играет более важную роль, чем национальное законодательство и международное право. Под судебной и арбитражной практикой, выступающей источником права, понимают решения судов, имеющие правотворческий характер, т.е. формулирующие новые нормы права. Правотворческая роль судов заключается не в создании новых норм, — правоприменитель не имеет законотворческих полномочий и не может «творить» право. Суды выявляют действующее (позитивное) право и формулируют его как систему юридически обязательных предписаний.

Правотворческая деятельность судов зависит от судейского усмотрения, которое имеет решающее значение при выявлении сложившихся правил поведения, признанных общественным сознанием в качестве обязательных. Судейское усмотрение играет решающую роль не только при выявлении права, но и в его толковании, опреде-

лении и применении. Принцип свободы судебного усмотрения — один из основных принципов судопроизводства. В МЧП этот принцип имеет особое значение: восполнение пробелов правового регулирования, квалификация права, установление «подразумеваемой» воли сторон, определение закона «существа отношения», установление критериев наиболее тесной связи — прямая обязанность судов.

Судебный прецедент — это решение вышестоящего суда, имеющее решающее значение для нижестоящих судов при рассмотрении ими аналогичных дел в дальнейшем. Решение суда не становится прецедентом автоматически; оно должно получить этот статус в установленном законом порядке. Особенности судебного прецедента как источника права:

- перед судом изначально стоит только юридическая проблема — разрешить «спор о праве»;

- любое судебное дело заранее предполагает несколько вариантов решения. По всем правовым вопросам между юристами существуют разногласия; одно и то же дело может быть разрешено по-разному, в зависимости от того, какой суд будет его рассматривать;

- прецедент формулируется в виде единичного казуса, а не общего правила. Если судебное решение не служит образцом для рассмотрения аналогичных дел, его нельзя считать прецедентом;

- прецедент не является нормой права *stricto sensu*, поскольку его применение зависит от усмотрения субъекта применения.

Английская судебная практика изначально развивалась по принципу «дела, основанные на сходных фактах, должны разрешаться сходным образом». Английские судьи использовали критерии, выработанные римским правом — «разумный человек», «добрый, заботливый хозяин», «справедливый отец семейства», «последствия, которые можно было предвидеть на разумных основаниях». С 1282 г. в Англии ежегодно публикуются сборники судебных решений, производится систематизация прецедентов. Современная система опубликования прецедентов действует с 1865 г. Прецеденты имеют различную силу в зависимости от уровня суда. Обязательные прецеденты создают только решения, исходящие от «высоких» судов — Верховного суда и Палаты лордов. Решения других судов не создают обязательного прецедента.

Принцип прецедента действует по вертикали. Решения вышестоящих судов обязательны для нижестоящих, но не связывают вышестоящие. Доктрина прецедента основана на «принципе принципа» права (деклараторная теория права) — судьи не творят право, а только толкуют и «открывают» его, т.е. судебное решение фиксирует право. Правила судебного прецедента:

- 1) решения, вынесенные Палатой лордов, составляют обязательные прецеденты для всех судов;

2) решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для всех нижестоящих судов и (кроме уголовного права) для самого этого суда;

3) решения, принятые Высоким судом, обязательны для низших судов и, не будучи строго обязательными, имеют значение и используются как руководство отделениями Высокого суда и Судом Короны.

От судебного решения прецедент отличается тем, что имеет свойство образца при разрешении более поздних дел. Это свойство прецедента в английской правовой теории обозначается понятием *stare decisis* («по умулчанию» прецеденту нужно следовать, если нет аргументов против).

Любой прецедент содержит *ratio decidendi* и *obiter dictum*. *Ratio decidendi* — это обоснование, признанное судом, рассматривающим новое дело с использованием прецедента; особый элемент (сущность решения). *Obiter dictum* также представляет собой часть решения суда (замечания суда по вопросам, которые непосредственно не входят в предмет судебного решения). Эта часть решения имеет дополнительный, аргументирующий, необязательный характер.

Американское законодательство (и федеральное, и штатов) кодифицировано в большей степени, чем английское. Например, в сфере внедоговорных обязательств действуют Второй свод деликтного права (1932) и Единообразный закон о взаимной вине (1977). Но и при наличии законодательного регулирования изменения в судебную практику по деликтам вносятся посредством прецедентов: институт встречной вины в штате Иллинойс введен решениями по делам *Kravens v. Algonquin Township*, 1973 и *Alvis v. Ribar*, 1981. В коллизионном праве США прецедент играет решающую роль.

Объем судебных прецедентов английского права настолько велик, что это усложняет и замедляет судебную процедуру. В современной судебной практике Великобритании господствует узаконенная тенденция ограничения количества прецедентов. Суды стремятся принимать решения, основанные на презумпции «отыскания закона, свойственного данному договору», т.е. строго на данных, конкретных фактических обстоятельствах, которые не могут быть применены при решении аналогичных дел в дальнейшем. Во всех государствах общего права повышается роль «писаного» права, идет интенсивный процесс кодификации законодательства.

Зеркальные процессы происходят в странах романо-германской правовой системы. Согласно господствующей теории только законодательство считается юридическим источником МЧП в большинстве европейских стран. На практике наиболее важные судебные решения играют в этой отрасли права определяющую роль: в ст. 1 ГК Швейцарии указано: «При отсутствии закона и обычая судья

должен решать на основании такого правила, которое он установил, если бы был законодателем». Очень важным источником МЧП Китая являются Руководящие указания Верховного народного суда КНР по вопросам гражданского права.

В государствах «цивильного права» прецедент имеет особое значение для правоприменения, восполнения пробелов, толкования закона. Наиболее яркий пример — развитие французского коллизионного права. В Кодексе Наполеона 1804 г. изначально содержались только односторонние коллизионные нормы, устанавливавшие пределы действия французского права. Современное право Франции располагает разветвленной системой двусторонних коллизионных привязок, разработанных судебными органами путем интерпретации норм ФГК. Многие французские ученые, анализируя судебную практику в системе источников права, подчеркивают, что французское гражданское право почти незаметно перестает быть писаным правом, трансформируясь в общее.

В настоящее время действует региональная система прецедентного права — европейское прецедентное право, сложившееся в рамках Европейского Союза и выработанное Судом ЕС. Все решения этого Суда обязательны для государств — членов ЕС, их национальных судов и административных органов, физических и юридических лиц и имеют характер прецедента. Судебные органы стран — членов ЕС не вправе принимать решения, противоречащие решениям Суда, которые имеют решающее значение и должны применяться по аналогии. При этом необходимо отметить, что правотворческие функции Суда ЕС *expressis verbis* (лат. — прямо выраженным образом) в нормативных документах ЕС не закрепляются, однако на практике Суд является не только правоприменительным, но и правотворческим органом.

Суд ЕС последовательно проводит в жизнь собственные решения, ссылаясь на свои предыдущие суждения для выработки новых правовых позиций, формулирует новые принципы «права Сообщества». Решения Суда — это судебные решения по вопросам права. В европейской доктрине господствует концепция, что прецедентное право, созданное Судом, — самостоятельный компонент права ЕС, на котором основываются решения национальных органов судебной власти. Суд ЕС играет решающую роль в развитии регионального международного частного права в странах ЕС.

Одной из причин замены Римской конвенции ЕС Регламентом Рим I явилась необходимость создать единообразную судебную практику (прецедентное право) на основе решений Суда ЕС. Суд ЕС дает нормативное толкование регламентов ЕС, в том числе по искам Европейской комиссии к государствам-членам, нарушающим пра-

вила регламентов, и по запросам национальных судов. В случае Римской конвенции создание такого прецедентного права оказалось невозможным, поскольку Суд ЕС не получил полномочий по ее толкованию (соответствующие протоколы к Конвенции не были своевременно ратифицированы всеми государствами-членами).

В 2002 г. в ВАС РФ обсуждалась проблема прецедента как источника российского гражданского права. В. Ф. Яковлев (в то время — Председатель ВАС РФ) заявил, что прецедент как «устойчивое правовое положение, созданное судами», является источником права в России и «фактически возведено в ранг закона». В качестве примера существования прецедента в России приводятся два вида судебных актов: решения КС РФ и постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ.

Постановления КС РФ обязывают всех правоприменителей действовать в соответствии с правовыми позициями. Правовые позиции лежат в основе выводов Суда о соответствии тех или иных правовых норм Конституции РФ. Источником таких позиций являются решения Суда; обязательные правовые позиции могут содержаться в любых постановлениях и определениях. Акты КС РФ по юридической силе стоят выше актов парламента и президента¹; его правовые позиции приобретают характер конституционно-правовых норм²; решения КС РФ о толковании конституционных норм становятся частью Конституции РФ³.

Официально в современной России судебный прецедент не признается источником права, хотя фактически система судебного прецедента давно сложилась. При вынесении решений судьи стараются придерживаться рекомендаций высших судебных органов, учитывать причины отмены ранее вынесенных решений. Российская система прецедента основана на административной субординации, «уважении к высшим судебным инстанциям». В отечественной доктрине высказывается мнение, что для судебного прецедента «необходимо отыскать должное место» в системе источников российского права, аналогично тому, как это случилось с торговыми обычаями, применение которых санкционировано в ГК РФ и КТМ РФ⁴.

¹ Баглай М. В., Габричидзе Б. Н. Конституционное право Российской Федерации. М., 1996.

² Витрук Н. В. Правовые позиции Конституционного Суда Российской Федерации: понятие, природа, юридическая сила и значение // Конституционное правосудие в посткоммунистических странах : сб. докладов. М., 1999.

³ Эбзеев Б. С. Толкование Конституции Конституционным Судом Российской Федерации: теоретические и практические проблемы // Государство и право. 1998. № 5.

⁴ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

Судебная практика — институт континентального права, не совпадающий с прецедентным правом англо-саксонской системы. В прецедентном праве каждое судебное решение имеет потенциально значение для правоприменения. Судебная практика отражает объективные тенденции реализации права и представляет собой часть национального правопорядка. Это обобщение судебной деятельности, результат толкования и применения законодательства, самостоятельная форма существования правовых норм. Судебная практика — это совокупность судебных решений, в которых выражены правовые мнения судей по конкретным вопросам. В процессе деятельности судов уточняются старые и фиксируются новые нормы права. «Создание общеобязательных правил поведения — свойство, генетически присущее судебной власти»¹.

В российском законодательстве судебная и арбитражная практика формально-юридически не считается источником права. Отечественный законодатель расценивает практику правоприменительных органов в качестве основного средства для толкования, определения и применения правовых норм. Такой подход противоречит сложившейся практике. Примеры судебных актов, содержащих нормативные предписания:

— решения КС РФ. Постановления КС РФ — это прецеденты конституционного правосудия². Федеральный конституционный закон от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ «О Конституционном Суде Российской Федерации» устанавливает, что решение данного Суда окончательно, не подлежит обжалованию, вступает в силу немедленно, действует непосредственно, не требует подтверждения другими органами и должностными лицами. Закон прямо санкционирует, что решения КС РФ имеют характер прецедентов³;

— нормативное толкование Пленумов ВС РФ и ВАС РФ;

— решения судов общей юрисдикции, отменяющие нормативные акты субъектов РФ в случае их противоречия федеральному законодательству;

— решения судов по аналогии закона и права, а также на основе норм права, содержащих оценочные понятия;

— решения Европейского Суда по правам человека.

Конституция РФ (ст. 126, 127) наделяет ВС РФ и ВАС РФ правом давать разъяснения по вопросам судебной практики. Решения судов и арбитражей, формулируемые в общей форме в постанов-

¹ Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004.

² Сокерин К. Прецедент в России // URL: <http://www.yurclub.ru/docs/theory/article5.html>

³ Ануфриева Л. П. Об источниках международного частного права (некоторые вопросы теории) // Московский журнал международного права. 1994. № 4.

лениях их высших органов, представляют собой источник права. Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ наделены общеобязательной силой. Обобщения судебной практики, сформулированные в постановлениях высших судебных органов РФ, являются обязательными для применения в нижестоящих судах. Решение, игнорирующее установленное Пленумом правило, может быть отменено вышестоящим судом.

Постановления Пленумов ВС РФ и ВАС РФ по вопросам судебной практики нельзя считать прецедентами. Эти акты не являются судебными решениями, не могут быть обжалованы в судебном порядке, их обязательный характер прямо предусмотрен законом. Прецедент по определению не может представлять собой институт, закрепленный в законе.

В действительности российские суды и арбитражи играют точно такую же роль по выявлению действующего права и его формулированию, как и суды тех государств, в которых судебная практика официально признана источником права. Роль судебной и арбитражной практики как самостоятельного источника МЧП отмечается в работах современных российских ученых¹.

2.8. Доктрина права. Аналогия права и закона. Общие принципы права цивилизованных народов

Данные институты считаются самостоятельными источниками МЧП в законодательстве многих государств и доктрине права. В российском законодательстве перечисленные институты к источникам права не относятся (за исключением аналогии права и закона).

Доктрина права — это высказывания ученых, признанные на официальном, государственном или международном уровне (экспертные заключения, учебники и монографии, комментарии к законодательству, ответы на запросы официальных органов и должностных лиц). Во всех цивилизованных государствах существует «право разногласий» (*jus contraversum*) — ученые вправе высказывать различные мнения по одному и тому же вопросу. Если доктрина имеет практическое применение, то государственные органы свободны в выборе между различными точками зрения, высказанными юристами. Российский законодатель учитывает оценку доктрины как источника МЧП в других государствах (ст. 1191 ГК РФ, ст. 14

¹ Международное частное право : учебник / под общ. ред. Г. В. Петровой. М., 2011.

АПК РФ), но не считает разработки российских ученых даже вспомогательным источником права.

Международное частное право, как и право в целом, отличается наличием доктринального измерения. Чтобы понять возможности современного МЧП, необходимо развитие теоретических представлений о его правовой природе и юридической сущности, о природе применения МЧП. С точки зрения общей теории права доктрина является самостоятельным элементом правовой системы. Доктрина выступает в качестве формального источника права, имеющего вспомогательный характер и непосредственным образом интегрированного и в правотворчество, и в правоприменение.

В отечественной литературе до сих пор высказывается мнение, что для МЧП «признание доктрины (идеологии) в качестве источника права невозможно, так как в случае ее признания участвующие в международном гражданском обороте субъекты, правовая система которых основана на непризнании ее в качестве источника, не смогут получить достаточной, соразмерной и аналогичной их национальному праву защиты». Тем более «нежелательно законодательное закрепление правовой доктрины в качестве источника права»¹. С подобной позицией согласиться нельзя. Именно наука (сравнительное правоведение, сравнительный и системный анализ) сыграла основополагающую роль в становлении и развитии МЧП; разработки ученых отражены в современных национальных кодификациях МЧП. Роль доктрины как источника МЧП подчеркивается в работах большинства известных российских ученых²; более того, подчеркивается, что доктрины права входят в перечень источников МЧП как один из видов «правовых регуляторов»³.

В научных исследованиях на основе сравнительного правоведения могут быть поставлены вопросы, еще не решенные ни законодательством, ни судебной практикой. В доктринальных исследованиях могут быть предложены и способы решения этих проблем. Например, долгое время было принято определять «национальность» юридического лица по месту регистрации устава или по месту нахождения штаб-квартиры фирмы. Эти правила оказались бессильными для установления личного закона транснациональных корпораций. В теоретических работах авторов из развивающихся стран было пред-

¹ Доктрина в системе источников права // URL: <http://www.lawinaction.org.ru/?mod=articles&article=1693>

² Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002; Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011; Звеков В. П. Международное частное право : учебник. М., 2004; Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

³ Международное частное право : учебник / под общ. ред. Г. В. Петровой. М., 2011.

ложено устанавливать статус юридического лица на основе законодательства страны, в которой эта фирма осуществляет свою основную деятельность. Несколько раньше европейские ученые предложили формулу об установлении национальности фирмы по личному закону ее владельцев. Постепенно обе доктринальные разработки нашли отражение в судебной практике, а затем и в нормативных актах¹.

Законодательство некоторых государств включает доктрину в перечень источников МЧП: «Право, применимое для регулирования отношений, связанных с иностранными правовыми системами, определяется в соответствии с международными договорами..., согласно нормам настоящей Книги... Дополнительно являются применимыми принципы и критерии, провозглашенные *доктриной международного частного права*» (ст. 2047 ГК Перу).

Доктрина — специфический источник права: это не результат нормотворческой деятельности государства, выраженный в правовых актах, договорах, судебных решениях и обычаях, а разработанные и обоснованные учеными-юристами положения, конструкции, идеи. Такие разработки имеют определенную юридическую силу и обладают свойствами регулятора общественных отношений². С течением времени воззрения крупных юристов становятся составной частью нормативных правовых актов, судебных решений или применяются как общепризнанные правила поведения.

Доктрина как источник права — это разработка юридико-познавательных форм (принципы, понятия, термины, конструкции, способы, средства) и трактовок этимологии, генезиса, сущности, системы и структуры позитивного права, определение путей его применения и совершенствования. Любой источник права должен иметь нормативный и регулятивный характер. Доктрина права приобретает такой характер в следующих случаях:

1. Научные суждения представляют собой социально значимые теоретико-прикладные юридические разработки.
2. Научные суждения обоснованы и предложены высококвалифицированными учеными-юристами.
3. Научные суждения представляют собой теоретические и практические разработки, содержащие компетентные и соответствующие объективной реальности воззрения.
4. Обоснованные и предложенные учеными доктринальные положения могут использоваться для развития и совершенствования законодательства, упорядочения не урегулированных правом общественных отношений.

¹ Нешатаева Т. Н. К вопросу об источниках права — судебном прецеденте и доктрине // Вестник ВАС РФ. 2000. № 5.

² Дождев Д. В. Римское право : учебник для вузов. М., 2009.

Наличие подобных признаков позволяет считать доктрину источником права. В европейских государствах формально юридически источником МЧП выступает только законодательство, однако на практике доктрина в этой отрасли права играет особенно заметную роль. Континентальное право формировалось и развивалось под значительным влиянием доктрины, и европейские теоретики МЧП всегда оказывали большое влияние на судебную практику и совершенствование законодательства.

Доктрина МЧП широко используется в целях его унификации и гармонизации. Разработки Международного института по унификации частного права (УНИДРУА), Гаагских конференций по МЧП и Комиссии международного права лежат в основе многих международных соглашений и применяются большинством национальных законодателей для усовершенствования МЧП различных государств. Например, с 1992 г. Гаагские конференции изучают возможность разработки универсальной конвенции о признании и исполнении судебных решений, предусматривающей непосредственное разграничение компетенции национальных судебных органов. Проект этой конвенции был выработан в 1999 г. и одобрен на XIX сессии Гаагских конференций.

Оценка доктрины в качестве самостоятельного источника МЧП связана с различным регулированием одних и тех же отношений в законодательстве разных государств и необходимостью унификации такого регулирования, с наличием в МЧП огромного количества пробелов. Основной функцией доктрины как источника МЧП является максимальное восполнение этих пробелов на уровне научных разработок. Всесторонние, глубокие, теоретически обоснованные предложения ученых являются существенным подспорьем в формировании источников права, относящихся к такому сложному правовому комплексу, как МЧП.

Проблемами МЧП занимались и занимаются многие видные ученые: М. Вольф, Э. Рабель, А. Батиффоль, Дж. Чешир, П. Норт, Л. А. Лунц, М. М. Богуславский, Г. К. Дмитриева, Н. И. Марышева, Л. П. Ануфриева, В. П. Звеков, А. Л. Маковский.

Аналогия права и аналогия закона. Аналогия закона — если отношения прямо не урегулированы законодательством, или соглашением сторон, или обычаями делового оборота, к таким отношениям (когда это не противоречит их существу) применяется законодательство, регулирующее сходные отношения. Аналогия права применяется, если невозможно использовать аналогию закона: права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и требований законодательства, требований добросовестности, разумности и справедливости.

В российском материальном праве аналогия права и закона не включены в перечень источников гражданского или семейного права. В соответствии со ст. 6 ГК РФ аналогия права и закона — это институты гражданского права: если гражданские отношения прямо не урегулированы законодательством или соглашением сторон, отсутствует применимый обычай делового оборота, к ним применяется гражданское законодательство, регулирующее сходные отношения (аналогия закона). При невозможности использовать аналогию закона права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и смысла гражданского законодательства (аналогия права).

В процессуальном законодательстве РФ закреплён иной подход — аналогия права и закона включены в перечень источников материального права, применяемого судом при разрешении гражданских дел. В ч. 3 ст. 11 ГПК РФ установлено: «В случае отсутствия норм права, регулирующих спорное отношение, суд применяет нормы права, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии таких норм разрешает дело, исходя из общих начал и смысла законодательства (аналогия права)». Аналогичное положение содержит ч. 6 ст. 13 АПК РФ. Необходимо обратить внимание на название статей — «нормативные правовые акты, применяемые при рассмотрении дел». Таким образом, законодатель прямо закрепляет, что аналогия права и закона имеет нормативно-правовой характер.

Статья 1 ГПК РФ устанавливает перечень источников процессуального законодательства. В случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей отношения, возникающие в гражданском судопроизводстве, суды общей юрисдикции применяют норму, регулиющую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия (аналогия права). В арбитражном процессе суды не наделены правомочием создавать процессуальные нормы по аналогии.

В отсутствие надлежащей нормы суд должен положить в основу решения правило, выведенное им самим из общих начал и смысла законов, т.е. фактически создать правило, пригодное для регулирования спорного правоотношения. В подобных случаях судья руководствуется судебной практикой, правилами, которые применялись ранее при рассмотрении аналогичных дел. В отсутствие такой практики судья самостоятельно формулирует соответствующее правило, которое позволяет разрешить спор. Принятие судебного решения по аналогии закона или на основании оценочных понятий права, содержание которых не регламентируется в источниках права, представляет собой позитивное правотворчество суда. Формой существования правовой нормы выступает мотивировочная часть судебного

решения (создание по аналогии материально-правовой нормы) либо протокол судебного заседания (создание по аналогии процессуально-правовой нормы).

В законодательстве некоторых стран прямо закреплено, что аналогия права и закона представляют собой самостоятельный источник МЧП: «Обстоятельства дела, связанные с иностранными правовыми системами, регулируются нормами международного публичного права... при их отсутствии применяются нормы венесуэльского международного частного права... за их неимением используется аналогия» (ст. 1 Закона о МЧП Венесуэлы). Не является препятствием для применения иностранного права то, что мексиканское право не предусматривает институты или процедуры, существенные для применимого иностранного института, если существуют аналогичные институты или процедуры (ст. 14.3 ГК Мексики)

Современный законодатель расценивает аналогию права и закона как самостоятельные источники права. Такая же оценка аналогии права и закона имеет место в судебной практике и доктрине. Причины подобной оценки этих институтов те же самые, вследствие которых самостоятельным источником МЧП считается доктрина права. Основные функции аналогии права и закона в МЧП — восполнение пробелов, адаптация коллизионных норм, решение интерлокальных, интертемпоральных и интерперсональных коллизий, толкование принципа реальной связи и закона существа отношения.

Общие принципы права цивилизованных народов. В соответствии со ст. 38 Статута Международного суда ООН общие принципы права — самостоятельный источник международного публичного права. Статут предусматривает, что наряду с международными договорами и обычаями Международный суд должен применять «общие принципы права, признанные цивилизованными нациями». Договор и обычай — формы существования международно-правовых норм; общие принципы права также можно считать такой формой. В Статуте подчеркивается, что по желанию сторон Суд может разрешать спор не на основе международного права, а на основе принципов справедливости и доброй совести (принцип справедливости и доброй совести — общий принцип права). Общие принципы права входят в систему и международного, и национального права и являются источниками МЧП любого государства. «Общие принципы права, например принципы *pacta sunt servanda*... квалифицируются в качестве отдельного источника права»¹.

¹ Goode R. Правила, практика и прагматизм в международном коммерческом праве // International and Comparative Law Quarterly. 2005. Vol. 54. July // URL: <http://www.oxfordjournals.com>

Общие принципы права устанавливаются путем выделения общего в различных правовых системах. Подобные совпадающие нормы признаются регуляторами международных отношений в силу их идентичности, несмотря на разнонациональное происхождение. Однако известные большинству правовых систем юридические постулаты (закон не имеет обратной силы, специальная норма отменяет общую) не могут быть полностью идентичными (по объему, сфере применения, кругу лиц); они по-разному интерпретируются в различных правовых системах. Это закономерно, так как своим происхождением общие принципы права обязаны внутреннему праву.

В доктрине высказывается мнение, что применение этой категории более логично именно в сфере МЧП: «Унификация международных контрактных отношений предполагает поиск тех общих основ, на которых могло бы строиться их регулирование, среди прочего, и в совпадающих нормах национальных правовых систем»¹. Общие принципы права в значительной степени имеют технико-юридический характер. Комментируя Вашингтонскую конвенцию 1965 г., Ч. Шреер пишет: «Общие принципы права являются важным источником права в делах ИКСИД. Обычно они охватывают вопросы не столько политического, сколько технического характера»².

Выделение этих принципов в качестве самостоятельного источника МЧП связано с их двуединой ролью в системе МЧП — это одновременно и его основные принципы, и форма существования правовых норм. В § 1 «Применимое право» Закона о МЧП Тайваня прямо закреплено: «Если этот Закон не содержит необходимых положений о праве, применимом к гражданским отношениям с иностранным элементом, применяются сходные положения других законов; если другие законы не содержат необходимых положений, применяются *общие принципы права*». В современном мире наблюдается тенденция постоянного применения общих принципов права национальными и международными судами и арбитражами. В основном такое регулирование используется для разрешения споров с участием ТНК, офшорных компаний, международных юридических лиц, споров между государством и частными иностранными инвесторами.

Общие принципы права упоминаются в российском законодательстве (ст. 6 ГК РФ, ст. 5 СК РФ): добросовестность, гуманность, разумность и справедливость. Разрешение спора непосредственно на основе этих принципов возможно в случае применения аналогии права. Однако российский законодатель не выделяет общие прин-

¹ Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002.

² Schreuer Ch. The ICSID Convention: A Commentary. Cambridge, 2001.

ципы права в качестве отдельного источника, что противоречит и смыслу российского законодательства, и мировым тенденциям правового развития. Основная роль общих принципов права как источника МЧП — применение к частноправовому отношению, связанному с правопорядком двух и более государств, общих для всех правовых постулатов.

2.9. Автономия воли субъектов частноправового отношения

Автономия воли участников гражданского правоотношения — это фундаментальный, основополагающий принцип любой национальной частноправовой системы. Сущность автономии воли заключается в свободе сторон вступать или не вступать в частноправовые отношения, как урегулированные, так и не урегулированные законодательно. В МЧП автономия воли играет особую роль: она выступает как триединое явление — источник МЧП, его главный специальный принцип и одна из коллизионных привязок. Такое положение автономии воли является феноменом и свойственно только МЧП.

Поскольку большинство правовых систем признает правовые системы других стран и находится в постоянном международном взаимодействии, автономии воли следует рассматривать как выражение сущности права¹. Законодательство практически всех государств закрепляет автономию воли как определяющее начало для регулирования договорно-правовых отношений, в особенности, связанных с иностранным правопорядком.

Автономия воли как источник права заключается в возможности субъектов договора избрать любую модель поведения, никому не известную, никем не опробованную, абсолютно новую для данной правовой системы. При этом автономия воли не имеет неограниченного характера: любой национальный законодатель устанавливает ее пределы — частные соглашения не должны нарушать государственно-властные установления (включая императивные нормы частного права — о форме сделки, сроках исковой давности, пределах ответственности).

Модель поведения, избранная сторонами, обязательна для сторон отношения и для государственных органов (в первую очередь судов и арбитражей). Во всех правовых системах автономия воли оценивается как частный закон (*lex privata*). Автономия воли субъек-

¹ Мосс Д. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. М., 1996.

ектов договора считается основным источником договорного права (в том числе права внешнеторговых сделок) в зарубежной практике и доктрине.

Некоторые зарубежные ученые считают автономию воли источником не только материального (конкретной модели поведения), но и коллизионного права. Эта точка зрения подтверждается в современном законодательстве — в соответствии со ст. 2.4 Кодекса МЧП Турции стороны могут договориться о применении не только определенных материальных, но и коллизионных норм. Таким образом, соглашение сторон позиционируется как источник коллизионного права.

Однако автономия воли как выбор применимого права сторонами сделки — это, скорее, не источник права, а коллизионная привязка, установленная в договоре самими субъектами частноправового отношения. «В соглашении может быть названа избираемая национальная правовая система, но может быть и установлен коллизионный критерий (например, отсылка к правовой системе, с которой имущественное отношение имеет наиболее тесную связь)»¹. Об автономии воли как источнике коллизионного права можно говорить в том смысле, что стороны сами определяют конкретный компетентный правопорядок и их выбор представляет собой *lex privata* для правоприменительных органов.

Автономия воли как источник российского договорного права закреплена в ст. 421 ГК РФ. Стороны вправе вступать в любые договорные отношения, в том числе не предусмотренные ГК РФ, заключать смешанные договоры. Однако автономия воли не выделена российским законодателем в качестве самостоятельного источника права, что противоречит и смыслу отечественного законодательства, и практике. В российском МЧП с формально-юридической точки зрения автономия воли оценивается как одна из коллизионных привязок (ст. 1210 ГК РФ). Принцип автономии воли понимается как особый механизм, позволяющий участникам договорных отношений самим выбирать право, регулирующее их обязательства.

В подавляющем большинстве современных кодификаций МЧП автономия воли прямо указывается в качестве одного из источников МЧП: «Если согласно закону, международному договору или *по соглашению сторон* применению подлежит право иностранного государства, то суд применяет его, независимо от наличия соответствующего ходатайства» (Закон о МЧП Эстонии (2002)).

¹ Рубанов А. А. Принцип автономии воли сторон // Международное частное право. Современные проблемы. М., 1994.

2.10. Унификация и гармонизация норм международного частного права

В мире существует большое количество международных организаций, занимающихся проблемами МЧП, — Гаагские конференции по МЧП, Международный симпозиум по Кодексу Бустаманте, Всемирная торговая организация (ВТО), УНИДРУА, МТП, ЮНКТАД, ЮНСИТРАЛ. Эти организации проводят большую работу по унификации и гармонизации законодательства в сфере МЧП. В их рамках заключено огромное количество международных договоров, регулирующих различные аспекты межгосударственного сотрудничества по частноправовым вопросам.

Учитывая трудности применения внутреннего права отдельных государств для регулирования внешнеэкономических отношений и одновременно необходимость сохранения коллизионного метода регулирования, большинство международных конвенций в области МЧП имеют комплексный характер — представляют собой сочетание унифицированных и материальных и коллизионных норм. В соответствии с положениями этих конвенций унифицированные материальные нормы имеют доминирующее положение, а коллизионный метод играет роль субсидиарного начала и средства восполнения пробелов.

Унификация права — это процесс создания единообразных, одинаковых норм законодательства разных государств посредством заключения международных договоров. В любом международном договоре устанавливаются обязанности государств по приведению своего внутреннего права в соответствие с нормами данного договора. Главная особенность унификации права: она происходит одновременно в двух различных правовых системах — в международном праве (заключение международного договора) и в национальном праве (имплементация норм этого договора во внутригосударственное право). Унификацию права можно определить как сотрудничество, направленное на создание международного механизма регулирования отношений в сфере общих интересов государств¹.

Унификация права — это разновидность правотворческого процесса, который происходит в основном в рамках международных организаций. Результаты унификации наиболее ощутимы в области МЧП, поскольку только эта отрасль национального права затрагивает интересы двух и более государств. Унификация затрагивает практически все отрасли и институты МЧП. Ее основные итоги — выработка единообразных коллизионных норм (Гаагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (1986)), единообразных материальных норм (Конвенция

¹ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

УНИДРУА о международном факторинге и о международном финансовом лизинге (1988)), полисистемных нормативных комплексов (сочетающих и коллизионные, и материальные нормы — Бернские конвенции о международных железнодорожных перевозках (1980)).

Унификация МЧП происходит на двух уровнях — универсальном и региональном. На американском континенте приняты и успешно действуют Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным договорам, 1994 г. и Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже (Панамская конвенция) (1975); разработан проект Межамериканской конвенции о международной юрисдикции в сфере экстерриториального действия иностранных судебных решений. В рамках Совета Европы постоянно разрабатываются и принимаются конвенции по вопросам МЧП — например, Брюссельская конвенция об иммунитете государств 1972 г., Европейская конвенция об усыновлении 2008 г.

Наиболее успешный пример унификации МЧП на региональном международном уровне показывают страны ЕС. Гагская программа, принятая Европейским Советом 5 ноября 2004 г., инициировала унификацию коллизионного права ЕС. В настоящее время в ЕС идет процесс замены наиболее востребованных конвенций (например, Брюссельская конвенция о подсудности, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам (1968) и Римская конвенция 1980 г.) регламентами Европейского парламента и Совета.

Регламенты имеют юридически обязательную силу и прямое действие в национальных правоприменительных органах государств — членов ЕС. В области МГП действуют регламенты Брюссель I и Брюссель II bis. Коллизионные нормы унифицированы в регламентах Рим I (договорные обязательства) и Рим II (внедоговорные обязательства). Европейская комиссия готовит новые источники коллизионного права ЕС. Было принято решение об одобрении Регламента Совета (ЕС) № 1259/2010 о праве, применимом к вопросам о разводе и раздельному проживанию супругов по решению суда от 20 декабря 2010 г, который подлежит применению с 21 июня 2012 г. (Рим III). Также планируется подготовить проект регламента Рим IV, обобщающий коллизионное регулирование в сфере наследственного права.

В 2012 г. была подготовлена новая редакция Брюссель I.

Во всех регламентах ЕС прямо декларируется цель:

— усовершенствовать содержание и расширить сферу применения единообразных коллизионных норм ЕС;

— упростить и демократизировать процедуру внесения изменений и дополнений, направленных на дальнейшее совершенствование коллизионных норм ЕС;

— создать единообразную судебную практику (прецедентное право) на основе решений Суда ЕС, дающих нормативное толкование регламентов.

На универсальном уровне разработкой унифицированных коллизионных норм занимаются прежде всего Гагская конференция по МЧП; разработкой унифицированных материальных норм — Римский институт по унификации частного права (УНИДРУА). Унификацией права международной торговли главным образом занимаются ВТО, ЮНСИТРАЛ и МТП.

Гагская конференция по международному частному праву (международная неправительственная организация) была создана в 1893 г. (участники — 69 государств). К настоящему времени в рамках этой организации разработаны и приняты свыше 40 конвенций, которые традиционно именуются «Гагские». Среди наиболее значимых конвенций, можно выделить¹:

- Конвенцию о праве, применимом к трастам, и об их признании (1985);
- Конвенцию о защите детей и сотрудничестве в отношении межгосударственного усыновления (1993);
- Конвенцию о международной защите совершеннолетних (2000);
- Конвенцию о соглашениях об исключительном выборе суда (2005);
- Конвенцию о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (2005);
- Конвенцию о международном возмещении расходов на содержание детей и других форм семейных алиментных обязательств (2007);
- Протокол 2007 г. о праве, применимом к алиментным обязательствам, заменивший аналогичную конвенцию 1973 г.

Цель Гагской конференции — проведение работ по унификации норм МЧП (ст. 1 Устава). Работу Конференции обеспечивает Государственная комиссия Нидерландов для содействия кодификации МЧП, учрежденная в 1897 г. Сессии Конференции проводятся каждые четыре года.

Международный институт по унификации частного права (УНИДРУА) расположен в г. Риме. Как самостоятельная международная неправительственная организация существует с 1940 г. (участники — 61 государство). В рамках УНИРУА разработаны многие конвенции в различных областях МЧП:

- Вашингтонская конвенция о единообразном законе о форме международного завещания (1973);

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

- Женевская конвенция о представительстве при международной купле-продаже товаров (1983);
- Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге (1988);
- Оттавская конвенция о международном факторинге (1988);
- Кейптаунская конвенция о международных имущественных правах на подвижное оборудование (2001) с Кейптаунским протоколом 2001 г. по авиационному оборудованию и Люксембургским протоколом 2007 г. по железнодорожному подвижному составу;
- Конвенция о материально-правовом регулировании ценных бумаг (2009);

В рамках УНИДРУА разрабатываются и документы, входящие в состав *lex mercatoria*:

- Типовой закон о раскрытии информации в отношении франчайзинга (2002);
- Принципы международных коммерческих контрактов (первая редакция — 1994 г., вторая — 2004 г., третья — 2010 г.);
- Принципы транснационального гражданского процесса (2004);
- Руководство по составлению международных рамочных франчайзинговых соглашений (2007).

Основная задача УНИДРУА — изучение средств гармонизации и сближения частного права государств и подготовка к принятию национального законодательства, содержащего единообразные нормы частного права. На территории каждого государства — участника УНИДРУА обладает правоспособностью, необходимой для осуществления своей деятельности и достижения своих целей.

Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) (вспомогательный орган Генеральной Ассамблеи ООН; учреждена в 1966 г.; участники — 60 государств). ЮНСИТРАЛ занимается подготовкой проектов конвенций и кодификацией международных торговых обычаев. На основе проектов, разработанных ЮНСИТРАЛ, были приняты:

- Венская конвенция 1980 г.;
- Нью-Йоркская конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров (1974) (с Протоколом 1980 г.);
- Нью-Йоркская конвенция о международных переводных и международных простых векселях (1988);
- Нью-Йоркская конвенция о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (1995);
- Нью-Йоркская конвенция об уступке дебиторской задолженности в международной торговле (2001);

- Нью-Йоркская конвенция об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005);
- Роттердамская конвенция о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов (2009).

ЮНСИТРАЛ участвует в подготовке типовых законов (model laws) и типовых законодательных положений (model legislative provisions) по вопросам права международной торговли¹. К настоящему времени разработаны:

- Типовой закон о международном коммерческом арбитраже (1985, ред. 2006);
- Типовой закон о международных кредитовых переводах (1992);
- Типовой закон о закупках товаров, работ и услуг (1994);
- Типовой закон об электронной торговле (1996);
- Типовой закон о трансграничной несостоятельности (1997);
- Типовой закон об электронных цифровых подписях (2001);
- Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре (2002);
- Типовые законодательные положения по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников (2003).

Международная торговая палата (МТП) (международная неправительственная организация; создана в 1919 г.) играет главную роль в области неофициальной систематизации и кодификации обычаев и обыкновений, действующих в МЧП. Основная цель МТП — организационное, техническое и правовое обеспечение глобального бизнеса. В настоящее время МТП объединяет свыше 7 тыс. компаний, промышленных и торговых ассоциаций, федераций и торговых палат в 130 странах мира. Основным звеном структурного механизма МТП являются комиссии, формируемые по отраслевому признаку и включающие свыше 500 экспертов в различных областях мирового бизнеса. МТП занимается составлением и изданием сборников унифицированных обычаев, правил и обыкновений:

- Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (Инкотермс; последняя ред. 2010);
- Унифицированные обычаи и правила для документарных аккредитивов (ред. 2006);
- Унифицированные правила по инкассо (ред. 1995);
- Международная практика по резервным аккредитивам (1998);
- Международный кодекс по прямым продажам (1999);
- Международный кодекс по продвижению торговли (2002);
- Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов в электронной торговле (E-TERMS) (2004);

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

- Руководство по маркетингу и рекламе с использованием электронных средств массовой информации (2004);
- Консолидированный кодекс рекламной и маркетинговой практики (2006);
- Международные стандарты банковской практики для рассмотрения документов по операциям с документарными аккредитивами (2007);
- Типовой контракт о слияниях и поглощениях: соглашение о приобретении акций (2008).

Гармонизация права представляет собой процесс сближения национальных правовых систем, уменьшение и устранение различий между ними. Гармонизация права и его унификация — взаимосвязанные явления, но гармонизация является более широким понятием, так как сближение национально-правовых систем осуществляется и за пределами унификации права. Главное отличие гармонизации от унификации — отсутствие международных обязательств (международных договорных форм) в процессе гармонизации. Отсутствие договорных форм предопределяет специфику всего процесса гармонизации права в целом, который может быть как стихийным, так и целенаправленным. Суть стихийной гармонизации — в процессе сотрудничества и взаимодействия государств в их правовых системах появляется похожее или даже идентичное правовое регулирование (рецепция римского права в Европе, Азии, Латинской Америке). Целенаправленная гармонизация — это осознанное восприятие одним государством правовых достижений других государств (действие ФГК в Бельгии; использование положений ФГК и ГГУ в ГК РФ).

В области МЧП интенсивно идет процесс целенаправленной гармонизации. При разработке законодательства по МЧП зачастую имеет место рецепция такого регулирования в форме прямого заимствования (использование Лихтенштейном в 1996 г. Закона о МЧП Австрии (1978); использование в Румынии (1992), Болгарии (2005) и странах СНГ Закона о МЧП Швейцарии (1987)). Еще в большей степени используются идеи и подходы — структура швейцарского Закона 1987 г. заимствована итальянским (1995), бельгийским (2004) и чешским (2012) законодателями. Первый проект Закона о МЧП Венесуэлы (1998) появился в 1963 г. и оказал большое влияние на кодификации МЧП в Перу (1984) и Мексике (1987). В подготовке регулирования принимают активное участие иностранные научные центры и специалисты (проекты законов о МЧП Грузии (1998) и Азербайджана (2000) были подготовлены немецкими

юристами)¹. Закон Грузии (как и Закон о МЧП Эстонии (2002)) рецепировал многие нормы и подходы Вводного закона к ГГУ.

Несмотря на масштабные процессы унификации и гармонизации права, деятельность международных организаций, функционирование международного коммерческого права, МЧП остается наиболее противоречивой, пробельной и сложной отраслью права. Государства неохотно идут на принципиальные изменения своего законодательства в целях сближения его с правом других государств или с международным правом. Особую сложность вызывают частноправовые отношения с участием государств (концессионные договоры, соглашения о разделе продукции). В целях устранения наиболее острых противоречий в области внешней торговли создана система международных правоприменительных органов — Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций (МИГА), Арбитражный суд при МТП.

Контрольные вопросы

1. Какие виды источников МЧП можно выделить?
2. Что представляет собой национальное законодательство как источник МЧП?
3. Какие особенности имеет международный договор как источник МЧП?
4. Какова специфика международного обычая как источника МЧП?
5. Какие особенности имеет судебный прецедент как источник МЧП?
6. Что представляют собой кодификации, унификации и гармонизации норм МЧП?

¹ Жильцов А. Н., Муранов А. И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия / Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2001.

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- основные начала коллизионного права;
- понятие коллизионной нормы, ее строение и особенности;
- виды коллизионных норм;
- понятие интерлокального, интерперсонального и интертемпорального права;
- основные типы коллизионных привязок;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

3.1. Основные начала коллизионного права

Если частноправовое отношение связано с правом порядком двух и более государств, возникает *коллизионный вопрос* — право какого государства должно регулировать данное отношение: закон страны суда или закон того государства, с которым отношение наиболее тесно связано. Проблема выбора правопорядка существует только в МЧП. Если коллизионный вопрос решен в пользу применения права

другого государства, то национальный судебный орган обязан разрешать спор не на основе собственного права, а на основе иностранного. Возможность применения национальными правоприменительными органами иностранного права — основной парадокс и основная сложность МЧП.

Национальные суды применяют иностранное право только при разрешении частноправовых споров, связанных с иностранным правом порядком. При этом иностранное право применяется исключительно в силу постановлений национального законодательства либо международного договора. Законодательные предписания, обязывающие национальные правоприменительные органы обращаться не к их собственному, а к иностранному праву, содержатся в специальных положениях — коллизионно-правовых нормах. Коллизионные нормы наделяют иностранное право экстерриториальным действием. За счет применения права других государств в национальных судах происходит сужение сферы действия внутреннего права, и одновременно — расширение пространственной сферы действия иностранного права.

При этом необходимо учитывать, что применение иностранного права ни в какой степени не может причинить ущерб лицам, принадлежащим государству, суд которого рассматривает спор. Более того, очень часто применение иностранного права более эффективно защищает права частных лиц, нежели их собственное законодательство. С другой стороны, во многих случаях для иностранной компании применение ее собственного права влечет за собой большую ответственность, чем применение местного законодательства.

Например, российские потребители недоброкачественной фармацевтической продукции американского производства обращаются в российский суд с иском о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара. Согласно п. 1 ст. 1221 ГК РФ в подобной ситуации по выбору потерпевшего применяется: 1) право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности изготовитель товара (право США); 2) право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности потерпевший, или право страны, где был приобретен товар (российское право). В данном случае применение законодательства США выгодно российским лицам и невыгодно американской компании, поскольку американское право неизмеримо более эффективно, чем российское обеспечивает защиту слабой стороны (потерпевшего) при причинении вреда вследствие недостатков товара.

В недавнем прошлом существовал императив — экстерриториальное действие могут иметь нормы только иностранного частного права. Национальное публичное (в том числе процессуальное) право

имеет строго территориальный характер и не может применяться в судах других государств. Сегодня признается, что применение нормы иностранного права не может быть ограничено лишь на том основании, что данная норма имеет публично-правовой характер. Этот подход выражен в Резолюции УНИДРУА (1975) и Резолюции 63-й конференции Ассоциации международного права (1988). То же самое утверждается и в национальном законодательстве: «Публично-правовой характер иностранного закона не препятствует его применению или принятию во внимание» (ст. 38 Кодекса МЧП Туниса). «Право, подлежащее применению на основании настоящего закона, охватывает также нормы иностранного публичного права, которые подлежат применению к данному правоотношению» (ст. 6.1 Закона о МЧП Польши).

В отечественном праве отсутствует положение о применении норм иностранного публичного права. Необходимо законодательно закрепить норму, санкционирующую возможность использования иностранных публичных предписаний. На практике постоянно возникает проблема применения публично-правовых норм иностранного законодательства (и очень часто применение таких норм соответствует интересам именно российских лиц). Например, в январе 2009 г. при разбирательстве в Арбитражном суде г. Москвы иска Федеральной таможенной службы РФ к американскому The Bank of New York (BoNY) истец (ФТС России) настаивал на применении гражданско-правовых аспектов уголовного Закона США «Об организациях, подверженных рэкету и коррупции» (RICO). Применение RICO позволяло требовать возмещения убытков в тройном размере (в результате общая сумма иска составила 22,5 млрд. долл.)¹.

В основном суды применяют иностранные публичные нормы с частноправовым эффектом. Такие нормы есть в большинстве отраслей современного права — например, финансовое право представляет собой публичное право, однако его нормы, регулирующие финансирование коммерческой деятельности, являются нормами с частноправовым эффектом. Применение норм иностранного публичного права в основном осуществляется по правилам международных соглашений. В частности, Конвенция СНГ 1993 г. содержит положение о невозможности отказать в применении иностранной правовой нормы только по причине ее публично-правового характера.

В еще большей степени проявляется тенденция отказа от неприменения иностранного процессуального права. Многие современные ученые придерживаются концепции «коллизионного гражданского

¹ Будылин С. Процесс на 22,5 миллиарда долларов: о применении в России американского уголовного закона // URL:<http://www.yurclub.ru/docs/international/article34.html>

процессуального права»: суды при рассмотрении международных частноправовых споров должны использовать не только материальное, но и процессуальное право другого государства. Процессуальные коллизионные нормы закреплены в национальных кодификациях МЧП (Италия, Чехия, Венгрия, Канада). Главным образом иностранное процессуальное право применяется при оказании правовой помощи. Национальные суды при выполнении иностранных судебных поручений могут использовать иностранные процессуальные формы (по просьбе компетентных органов государства, испрашивающего исполнение поручения).

В юридической доктрине выработаны многочисленные определения коллизионных норм.

1. «Коллизионная норма вместе с той материально-правовой нормой, к которой она отсылает, образует настоящее правило поведения для участников гражданского оборота»¹.

2. Коллизионная норма — это не только «супернорма», посредством которой дается власть одному законодательству за счет другого, но и норма публично-правового характера, так как с ее помощью координируется «власть» одного правопорядка по отношению к другому².

3. «Коллизионная норма — это норма, определяющая, право какого государства должно быть применено к данному частноправовому отношению, осложненному иностранным элементом»³.

Коллизионная норма — это норма общего, абстрактного, отсылочного характера, которая не содержит материальной модели поведения, не устанавливает прав и обязанностей сторон, а на основе заложенного в ней объективного критерия определяет, право какого государства должно регулировать соответствующие отношения. Главное отличие коллизионной нормы от других юридических предписаний — преодоление коллизионной проблемы путем определения компетентного права, т.е. права, подлежащего применению в силу указания коллизионной нормы⁴.

Как любая норма права, коллизионно-правовая норма предназначена для выполнения определенных функций. В отечественной доктрине выделены следующие функции коллизионных норм⁵:

— разграничение национальных правопорядков;

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

² Алтгнов И. Международного частно-правна система на НР България. София, 1955.

³ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

⁴ Международное частное право : учебник / под ред. Н. И. Марышевой. М., 2011.

⁵ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

- обеспечение применения норм иностранного права на территории конкретного государства;
- координация масштабов пересечения и соприкосновения правопорядков двух или более государств;
- обеспечение регулирования частноправовых отношений, основанного на общепризнанных принципах международного права.

Основная функция коллизионных норм — разграничение правопорядков различных государств. Главная задача МЧП заключается не в непосредственном регулировании общественных отношений по существу, а в определении компетентного правопорядка, нормы которого должны регламентировать международное частноправовое отношение. Функции МЧП реализуются при помощи коллизионных норм, которые устанавливают, какой из затронутых правопорядков является компетентным. Коллизионные нормы разрешают коллизии (конфликты, столкновения) между различными правовыми системами, обеспечивают выбор надлежащего правопорядка и решение спора по существу, т.е. определение необходимой материально-правовой нормы.

Коллизионная норма — юридическая предпосылка действия материально-правовой нормы компетентного правопорядка. В частноправовых отношениях, связанных с иностранным правом, надлежащую материальную норму можно выявить только посредством коллизионных норм. Кроме того, применение на территории государства нормы иностранного права может иметь место только на основе дозволений властного законодателя — правил, установленных непосредственно в коллизионной норме.

Функция «разграничения национальных правопорядков» позволяет утверждать, что коллизионные нормы играют *регулятивную* роль — выступают как регулятор определенных общественных отношений. Основное проявление регулятивной функции коллизионных норм — определение применимого права. Выбор права, произведенный на основе коллизионной нормы, — это правило поведения, от которого не могут отказаться ни стороны, ни правоприменительные органы. Регулятивная функция нормы коллизионного права проявляется только совместно с нормами иностранного права¹. Неправильное применение коллизионной нормы во многих юрисдикциях представляет собой кассационный повод для отмены судебного решения.

Наличие у коллизионных норм регулятивной функции приводит к возникновению проблемы «коллизионного правоотношения». В отечественной доктрине понятие «коллизионное правоотношение» появилось сравнительно недавно, и далеко не все ученые признают

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

его существование. Утверждается, что «не существует никакого коллизионного правоотношения... существует лишь одно частноправовое отношение с иностранным элементом, которое ... всегда материально по своей природе...»¹. Другие российские исследователи подчеркивают, что коллизионные правоотношения — это объективно существующее явление правовой действительности; их наличие обусловлено фактом существования коллизионных норм и коллизионного метода правового регулирования².

Связь частноправового отношения с иностранным правом порядком предполагает возможность применения иностранного права. Эта возможность опосредована коллизионной нормой, которая выступает связующим звеном между правом данного государства и отношением с иностранным элементом. Коллизионные правоотношения — это правовая форма отношений по определению применимого права. Предмет коллизионных правоотношений — определение права, применимого к частноправовым отношениям, связанным с иностранным правом порядком. Объект коллизионных правоотношений — частноправовые отношения, связанные с иностранным правом порядком. Субъектами коллизионных правоотношений выступают правоприменительные органы, применяющие коллизионные нормы для определения применимого права, и стороны спорного частноправового отношения, в интересах которых суд определяет компетентное право³.

Правоотношение — это общественное отношение, которое регулируется правовыми нормами. Коллизионная норма — норма права, имеющая определенную регулятивную функцию. В связи с этим можно согласиться с необходимостью разработки в МЧП конструкции «коллизионное правоотношение». Коллизионные правоотношения направлены на решение коллизионного вопроса, т.е. на определение применимого права.

Совокупность коллизионных норм образует коллизионное право — *самостоятельную отрасль* (потенциально — *особую подсистему*) МЧП. Коллизионное право — центральное, ключевое, фундаментальное, «сквозное» понятие в МЧП.

МЧП формировалось и развивалось как коллизионное (конфликтное — Великобритания, США) право. Как и МЧП в целом, коллизионное право имеет национальный характер, — в правом порядке каждого государства есть собственное коллизионное право. Основным источником коллизионных норм — национальное законодательство,

¹ Там же.

² Кудашкин В. В. Международные частные отношения в системе социально-экономических отношений общества // Журнал российского права. 2004. № 2.

³ Там же.

однако давно предпринимаются попытки создать унифицированное коллизионное право (Кодекс Бустаманте, региональные и универсальные конвенции о применимом праве). Эти правовые акты содержат большое количество международных коллизионных норм, которые (как и национальные коллизионные нормы) не всегда одинаково разрешают вопрос о применимом праве. В связи с этим в современном МЧП появилась проблема — международные коллизии коллизий (столкновение национальных и международных коллизионных норм или коллизионных норм различных международных договоров).

Применение унифицированных материально-правовых норм сужает сферу действия коллизионного права, упрощает и ускоряет процесс разрешения частноправовых споров, связанных с иностранным правом порядком. Нет необходимости решать коллизионный вопрос, обращаться к иностранной правовой системе, устанавливать содержание норм иностранного права. Суды применяют материальные нормы, признанные государствами и устанавливающие одинаковое правовое регулирование спорного правоотношения: «Право, применимое к алиментным обязательствам в зарегистрированном партнерстве, определяется Гаагским протоколом о праве, применимом к алиментным обязательствам (2007) или Гаагской конвенцией о праве, применимом к алиментным обязательствам (1973)» (ст. 90 кн. 10 ГК Нидерландов). В законодательстве многих государств установлен примат унифицированных материальных норм над национальными коллизионными (ст. 1186 ГК РФ). Несмотря на это господствующая точка зрения и в законодательстве, и в практике, и в науке: национальное коллизионное право — это основная, фундаментальная часть МЧП.

3.2. Коллизионная норма, ее строение и особенности

Коллизионная норма — это норма абстрактного, отсылочного характера, решающая вопрос, право какого государства должно применяться для решения данного дела. По своему характеру коллизионные нормы в определенной степени имеют сходство с отсылочными и бланкетными нормами национального права. Однако и отсылочные, и бланкетные нормы отсылают к правовой системе именно данного государства, конкретно указывая применимый законодательный акт или даже норму закона. Отсылочные и бланкетные нормы — это технический инструментарий, приемы юридической техники. Коллизионные нормы имеют неизмеримо более абстрактный характер, — они предусматривают возможность применения и нацио-

нального, и иностранного, и международного права. Коллизионная норма — это «своеобразный скачок в никуда»¹.

В общей теории права выделены основные элементы, составляющие структуру правовой нормы: гипотеза, диспозиция, санкция. Диспозиция — основной элемент нормы, определяющий ее отраслевую принадлежность, место в системе права. Модель поведения формирует правило, содержащееся непосредственно в диспозиции. Гипотеза и санкция реквизитами (неотъемлемыми элементами) правовой нормы не являются. Одновременно гипотеза обеспечивает корректное применение диспозиции, указывая обстоятельства такого применения. Санкция придает правилу поведения юридически обязательный характер, поскольку закрепляет неблагоприятные последствия, которые может повлечь за собой нарушение правила, установленного в диспозиции.

Специфическая природа коллизионно-правовых норм предопределяет особенность их структуры. Структура коллизионной нормы отличается от структуры обычной нормы права (в коллизионной норме нет ни гипотезы, ни диспозиции, ни санкции). Необходимые структурные элементы (реквизиты) коллизионной нормы — объем и привязка. Объем указывает вид (содержание) регулируемого правоотношения; привязка — право, подлежащее применению для регулирования данного правоотношения. Например, согласно ст. 37 Кодекса МЧП Бельгии «определение имени и фамилии физического лица» (объем) «регулируется правом государства, гражданином которого является лицо» (привязка).

В теории МЧП существуют концепции, утверждающие наличие в коллизионных нормах гипотезы, диспозиции и санкции — «теории развертывания коллизионной нормы». Указание о применимом праве, содержащееся в привязке, — это диспозиция нормы в неразвернутом виде. После обращения к материальной норме, к которой отсылает привязка (после «развертывания»), коллизионная норма становится оформленным правилом поведения, обращенным и к судье, и к сторонам правоотношения. «Подлинная» диспозиция коллизионной нормы — ее собственные предписания, составляющие привязку, и положения применимой материальной нормы².

Объем коллизионной нормы составляет ее гипотезу. Привязка представляет собой диспозицию коллизионной нормы. Самая специфическая черта коллизионных норм — они лишены санкций; последствия их нарушения предусмотрены не в самой коллизионной норме, а в материальных предписаниях той правовой системы, к которой

¹ Раале Л. Международное частное право. М., 1960.

² Кутиков В. Международно частно право на Народна Република България. София, 1976.

она отослала¹. «Существует много общего между гипотезой обычной нормы права и объемом нормы коллизионной... между диспозицией и привязкой этих правил поведения. У коллизионной нормы существует и третий элемент — санкция, которая лежит в сфере гражданского отраслевого национального права соответствующего государства. Как и обычная норма права, логическая коллизионная норма имеет трехчленную структуру»².

Большинство ученых придерживается «традиционной» концепции: «Отсылочный характер коллизионных норм означает, что в их тексте нет сочетания гипотезы, диспозиции и санкции — неотъемлемого качества иных правовых норм. Они состоят из объема и привязки, а их действие всегда предполагает наличие соответствующего материального права»³.

«Двухчленное» строение коллизионной нормы отражает специфику объекта и метода правового регулирования, особенности разрешения коллизий и выбора права. Необходимо признать правоту тех ученых, которые возражают против тенденций нивелировать специфику коллизионных норм, приспособить их строение к положениям общей теории права. Общетеоретические категории отражают типичные свойства правовых норм, однако специфика МЧП предопределяет особую двухчленную структуру коллизионных норм.

Объем и привязка должны присутствовать одновременно в любой коллизионной норме: не существует коллизионных норм, состоящих только из объема или только из привязки.

Коллизионная привязка решает основную проблему МЧП: в привязке содержится ответ на коллизионный вопрос, — право какого государства должно разрешать данное правоотношение. Привязка «прикрепляет» общественное отношение к конкретному правопорядку. Указание на применимое право может быть выражено прямым («подчиняется российскому праву») или абстрактным образом («подчиняется закону места, где ценные бумаги подлежат оплате»). Можно выделить «комплексные» коллизионные нормы, привязка которых предполагает связь отношения с «множеством» различных правопорядков: «Требования, вытекающие из дефектов или дефектного описания продуктов, подчиняются по выбору потерпевшего: а) праву страны, в которой причинитель вреда имеет свое отделение или свое обычное местопребывание; б) праву страны, в которой продукт приобретен» (ст. 135 Закона о МЧП Швейцарии).

В коллизионной привязке содержится объективный критерий, который позволяет решить вопрос о применимом праве. Привязка —

¹ *Madl F., Vikas P. The law of conflicts and foreign trade. Bp., 1987.*

² *Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.*

³ *Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.*

основной элемент коллизионной нормы. Она отсылает не к конкретному закону или конкретному правовому акту, а к правовой системе в целом, к правопорядку какого-либо государства. Коллизионная привязка именуется «формула прикрепления», «коллизионный принцип», «коллизионная формула». Эти термины, как правило, применяются не ко всем коллизионным привязкам, а только к тем, которые предусматривают возможность применения как национального, так и иностранного права. Указание на возможность применения иностранного права выражается общим образом, посредством установления абстрактного коллизионного правила.

В п. 2 ст. 1205 ГК РФ установлено: «Принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится». В данной коллизионной норме слова «принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам» представляют собой объем; слова «по праву страны, где это имущество находится», — коллизионную привязку; слова «страны, где это имущество находится», — объективный критерий, который позволяет установить применимое право.

Терминологически объективный критерий может полностью совпадать с текстом коллизионной привязки, например, ст. 1198 ГК РФ: «Право физического лица на имя, его использование и защиту определяется его личным законом». Слова «личный закон» одновременно являются и коллизионной привязкой, и объективным критерием.

Коллизионные нормы можно классифицировать с точки зрения содержания их объемов или по признаку привязки. Классификация по признаку содержания объема позволяет ответить на вопрос, какие коллизионные принципы применяются при регулировании тех или иных правоотношений (права собственности, авторского права). Классификация по признаку привязки дает возможность определить, какие виды гражданских правоотношений регулируются теми или иными коллизионными принципами (личным законом, законом суда).

В доктрине разработаны различные концепции относительно *юридической природы коллизионных норм*:

1. Концепция частноправовой природы коллизионных норм: «Коллизионные нормы так же, как и гражданско-правовые материальные нормы, направлены на регулирование отношений гражданско-правового характера»¹.

2. Концепция публично-правовой природы коллизионных норм: «Коллизионная норма не есть правило поведения для участников

¹ Луц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

гражданского оборота», она обращена к правоприменительному органу государства¹.

3. Концепция смешанной, комплексной природы коллизионных норм: «В них... сочетаются публично-правовой и частноправовой элементы... Публично-правовой эффект коллизионной нормы носит... вторичный, производный характер»².

Коллизионные нормы имеют публично-правовую природу. Они обращены не к участникам гражданского оборота, а к правоприменительным органам государства. В определенном смысле исключением являются диспозитивные коллизионные нормы, устанавливающие автономию воли сторон, т.е. выбор применимого правопорядка осуществляется частными лицами, а суд выполняет их волю. Но даже в этом случае право частных лиц самим определить компетентное законодательство — это властное соизволение законодателя, соизволение публичной власти. Коллизионная норма представляет собой указание законодателя — право какого государства следует применять к частноправовым отношениям; она адресована судам, арбитражам, административным органам, нотариату. Соблюдение или нарушение коллизионных норм может иметь место только со стороны этих органов.

Коллизионная норма не образует правило поведения для непосредственных участников гражданского оборота (кроме случаев, когда стороны сами выбирают применимое право, т.е. сами устанавливают определенную коллизионную привязку). Однако даже диспозитивные коллизионные нормы в первую очередь обращены к правоприменительным органам: стороны пользуются своим правом на выбор применимого правопорядка, а государственные органы соблюдают автономию воли сторон в пределах, установленных в законодательстве. Коллизионные нормы сами по себе не могут ни соблюдаться, ни нарушаться участниками гражданского оборота. Эта позиция отражена в современных кодификациях МЧП: «Коллизионная норма является нормой публичного порядка, когда она имеет целью вид прав, в отношении которых стороны не обладают свободным усмотрением (по выбору права). В других случаях норма является обязательной для судьи, если только стороны не выразили ясным образом свою волю отклонить ее применение» (ст. 28 Кодекса МЧП Туниса).

Коллизионная норма является нормой права, следовательно, она обязательна для применения. В судебной практике и доктрине

¹ Брун М. И. Введение в международное частное право. Пг., 1915.

² Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

Франции существует концепция «факультативного применения коллизионной нормы и иностранного права». В ходе процесса посредством заключения «процедурных соглашений» стороны вправе отказаться от применения коллизионной нормы и разрешить суду применение отечественного права. Нормативное основание такого подхода закреплено в ч. 3 ст. 12 ГПК Франции. Фактически это ведет к признанию факультативного характера норм права. Кроме того, судья становится «деспотом», который применяет те нормы, которые он сочтет нужным применить. Его выбор не контролируется, т.е. возможны злоупотребления или ошибки¹.

В отечественной доктрине безусловно признается обязательность применения коллизионных норм². Любые попытки исключить обязательное действие коллизионной нормы противоречат и ее природе, и природе МЧП в целом. Коллизионная норма является нормой обязательной, поскольку того требует необходимость поиска решения наиболее адекватного природе отношения. Признание факультативного характера коллизионной нормы противоречит природе норм права, которые априорно являются обязательными.

Исходя из специфики коллизионных норм, следует еще раз подчеркнуть, что правило поведения субъектов МЧП образует сумма двух норм — коллизионная норма права страны суда и материальная норма избранного к применению права. Коллизионная норма и связанная с ней норма иностранного права образуют материальную норму отечественного права³.

3.3. Виды коллизионных норм

В доктрине права выделяют виды коллизионных норм в зависимости от особенностей их коллизионных привязок, регулируемых коллизий, источников происхождения, действия во времени и пространстве. Видовое деление коллизионных норм зависит от критериев их классификации.

1. Способ выражения воли законодателя — императивные, альтернативные, кумулятивные и диспозитивные коллизионные нормы.

В *императивных нормах* может быть только одна коллизионная привязка (любая, кроме «гибких», «каучуковых» — автономии воли, реальной связи, закона существа отношения, собственного права контракта). Императивная коллизионная норма — это власт-

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

³ Там же. М., 2011.

ное предписание законодателя о применении права одного государства, устанавливаемого на основании какого-либо объективного критерия. Например, «признание в Российской Федерации физического лица безвестно отсутствующим и объявление физического лица умершим подчиняются российскому праву» (ст. 1200 ГК РФ).

Императивная коллизионная норма исключает право выбора законодательства как судом, так и сторонами правоотношения. Законодатель в императивном порядке устанавливает, какое право должно регулировать данное отношение (в зависимости от типа коллизионной привязки это может быть как национальное, так и иностранное право).

Альтернативные коллизионные нормы характеризуются наличием нескольких коллизионных привязок, «негибких», т.е. однозначно и определенно сформулированных, определяющих несколько вариантов выбора применимого права. Альтернативная норма предоставляет суду право по собственному усмотрению выбирать применимое законодательство (право выбора есть только у суда, но не у сторон). Такие формулы прикрепления конструируются посредством альтернативных привязок, обеспечивающих возможность выбора различных моделей поведения: «Если оба лица, вступающие в брак, являются иностранцами, то брак может быть заключен в соответствии с испанским законодательством или в соответствии с личным законом любого из них» (ст. 50 ГК Испании).

Простые альтернативные коллизионные нормы предусматривают возможность применения одного или другого правопорядка. Выбор зависит от судейского усмотрения и фактических обстоятельств дела. Например, «если лицо является гражданином нескольких стран, в отношении него применяется право страны, с которой оно связано наиболее тесным образом, в котором оно имеет обычное место нахождения или занимается основной деятельностью» (ч. 1 ст. 22 Закона о МЧП Грузии).

Сложные (соподчиненные) альтернативные коллизионные нормы устанавливают основную и субсидиарную привязки, которые применяются в зависимости от дифференциации объема коллизионной нормы. Основная привязка применяется в первую очередь, субсидиарные (их может быть две и более) — в соответствии с конкретными обстоятельствами дела и если невозможно применить основную привязку. Например, «в случае объявления пропавшим без вести или признании умершим лица без гражданства применяется право государства по постоянному месту жительства. Если оно не может быть установлено, применяется монгольское право» (ст. 546.2 ГК Монголии (2002)).

Основная и субсидиарные коллизионные привязки находятся между собой в отношении соподчинения. Может быть соподчинение первой, второй, третьей и т.д. степеней (в зависимости от количества субсидиарных привязок и дифференциации объема коллизионной нормы). Сложные соподчиненные альтернативные нормы — относительно новое явление в коллизионном праве. Их называют «цепочками» («каскадом») коллизионных норм.

Кумулятивные нормы устанавливают возможность применения иностранного права, но указывают, что соответствие требованиям собственного национального права исключает признание юридической недействительности отношения, даже если не соблюдены требования соответствующего иностранного права¹. Например, «форма сделки подчиняется праву места ее совершения. Однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права» (п. 1 ст. 1209 ГК РФ).

Диспозитивные нормы в качестве основной коллизионной привязки предусматривают автономию воли сторон (ст. 1210 ГК РФ «Выбор права сторонами договора»: «Стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору»). Терминологически в законодательстве право сторон на автономию воли может быть выражено по-разному: «если иное не предусмотрено договором», «если стороны не оговорили иного», «правом, избранным сторонами».

Автономия воли регулирует основное число частноправовых отношений (прежде всего, обязательственных), связанных с иностранным правовым порядком. Эта привязка считается оптимальным коллизионным началом, так как предусматривает наиболее гибкое регулирование, в максимальной степени следует фундаментальному принципу свободы договора и обеспечивает децентрализацию в регламентации отношений между частными лицами.

Диспозитивные коллизионные нормы могут предусматривать и иные привязки — закон наиболее тесной связи, закон существа отношения, наиболее благоприятное право. Например, «основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам определяются по праву страны, подлежащему применению к соответствующему обязательству» (ст. 1218 ГК РФ).

Диспозитивными коллизионными нормами можно считать и те, в которых выбор применимого права (из вариантов, указанных законодателем) принадлежит участнику спора. Например, «к требованию о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара,

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

работы или услуги, по выбору потерпевшего применяется: 1) право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности продавец или изготовитель товара либо иной причинитель вреда; 2) право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности потерпевший; 3) право страны, где была выполнена работа, оказана услуга, или право страны, где был приобретен товар» (ст. 1221 ГК РФ).

Диспозитивные коллизионные нормы, предусматривающие различные «гибкие» критерии выбора права, близки альтернативным коллизионным нормам. Основное различие — альтернативные нормы всегда предусматривают выбор из нескольких определенных правопорядков, т.е. как правило, это «жесткие» коллизионные начала. В диспозитивных нормах всегда присутствует хотя бы одна «гибкая», «каучуковая» привязка.

Однако по общему правилу, с точки зрения российского законодателя, норма может иметь диспозитивный характер только тогда, когда в ней непосредственно указано: «если иное не предусмотрено законом», «если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа отношения», «если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела» (ст. 1198, ч. 2 ст. 1203, ст. 1204, п. 1 ст. 1213 ГК РФ).

Подход российского законодателя противоречит основным принципам права, современным тенденциям правового развития и является порочным с юридической точки зрения. Основной метод регулирования частноправовых отношений — это метод децентрализации и автономии воли сторон. Следовательно, подавляющее большинство норм, регулирующих такие отношения, по определению должны иметь диспозитивный характер. Норма частного права, по идее, является диспозитивной по умолчанию. Императивность регулирования должна представлять собой исключение и специально оговариваться в норме права.

Показательны в этом отношении положения ГК РФ, ограничивающие автономию воли сторон в обязательствах внедоговорного характера, — стороны имеют право на выбор законодательства, но этот выбор может быть сделан только в пользу права страны суда (п. 3 ст. 1219, абз. 2 п. 1 ст. 1223).

2. Форма коллизионной привязки — двусторонние (многосторонние) и односторонние коллизионные нормы.

Односторонние коллизионные нормы предусматривают возможность применения только национального права, права страны суда («к возникновению морского залога на судно и очередности удовлетворения требований, обеспеченных морским залогом на судно, применяется закон государства, в суде которого рассматривается

спор» — ст. 424 КТМ РФ). Такие нормы имеют императивный характер. Односторонние коллизионные нормы указывают обстоятельства, при которых применяется национальное право, и рассматривают правоотношения, связанные с иностранным правопорядком, только с точки зрения национального права. Например, ст. 3 ФГК: «Статус недвижимого имущества, даже того, владельцами которого являются иностранцы, определяется французским правом».

В российском законодательстве (и в законодательстве других стран) в настоящее время наблюдается тенденция замены классического коллизионного правила «закон суда» выражением «применяется российское право» (п. 3 ст. 1199 ГК РФ, п. 1 ст. 160 СК РФ).

Двусторонние (многосторонние) коллизионные нормы предусматривают возможность применения как национального, так и иностранного или международного права. Они могут иметь императивный, альтернативный, кумулятивный и диспозитивный характер (п. 1 ст. 1197, ст. 1201, п. 1 ст. 1211 ГК РФ). В современном праве двусторонних коллизионных норм значительно больше, чем односторонних. Коллизионное правило «закон суда» считается «жестким»; национальный законодатель стремится установить гибкое правовое регулирование посредством двусторонних коллизионных норм (в особенности диспозитивных). Привязка двусторонней коллизионной нормы называется формулой прикрепления.

3. Правовая форма (источник права) — национально-правовые (внутренние — разд. VI части третьей ГК РФ) и унифицированные международно-правовые (договорные — Гагская конвенция 1986 г.) коллизионные нормы. Преимущественное применение имеют, естественно, внутренние коллизионные нормы.

Унифицированные коллизионные нормы — это единообразные коллизионные правила, созданные на основе международных соглашений и представляющие собой конечный результат процесса согласования воли государств. Такие нормы выделяются в отдельную подгруппу в системе МЧП. От внутренних коллизионных норм унифицированные отличаются по механизму создания (источник — международный договор) и применения (пространственная и временная сферы действия, толкование).

Унифицированные коллизионные нормы в национальной правовой системе действуют в качестве норм внутреннего права (ст. 15 Конституции РФ, ст. 7 ГК РФ). Однако они сохраняют связь с «породившим» их международным договором, не сливаются с внутренними правовыми нормами, существуют параллельно с ними и имеют свои особенности. Наличие международного договора, содержащего коллизионные нормы, предполагает, что к частноправовому отношению, связанному с иностранным правопорядком, будут применяться унифицированные коллизионные нормы. Внутренние коллизионные нормы в такой ситуации не применяются.

В настоящее время в кодификациях МЧП развитых стран применение унифицированных коллизионных норм декларируется посредством специальной отсылки: «Право, применимое к отношениям представительства, определяется на основе норм Гаагской конвенции о праве, применимом к агентской деятельности от 14 марта 1978 г.» (ст. 126 кн. 10 ГК Нидерландов).

4. Генеральные (основные) и субсидиарные (дополнительные) коллизионные привязки. Общие и специальные коллизионные привязки.

Генеральные коллизионные привязки устанавливают право, применимое в первую очередь («основное» право). Например, «отношения между опекуном ... и лицом, находящимся под опекой ... определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна ... Однако когда лицо, находящееся под опекой ... имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица» (п. 3 ст. 1199 ГК РФ). В данной норме право страны, учреждение которой назначило опекуна, является генеральной коллизионной привязкой, которая не применяется только в определенных обстоятельствах, указанных в норме.

Субсидиарные коллизионные нормы устанавливают «дополнительное (субсидиарное) право», применимое только в конкретных обстоятельствах, указанных в норме. Например, «право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица в качестве индивидуального предпринимателя определяется по праву страны, где такое физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Если это правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации, применяется право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности» (ст. 1201 ГК РФ). Право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности является субсидиарной коллизионной привязкой и применяется, если физическое лицо не обязано проходить регистрацию для получения статуса индивидуального предпринимателя.

Соотношение генеральных и субсидиарных коллизионных норм аналогично соотношению коллизионных привязок в сложных соподчиненных альтернативных коллизионных нормах.

Деление коллизионных норм на генеральные и субсидиарные связано с детализацией и конкретизацией нормативного регулирования¹. Если «главное» правило, установленное в норме, почему-либо не может быть реализовано, то имеются дополнительные предпи-

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

сания, близкие к главному. Выбор применимого права осуществляется на основании вспомогательных предписаний. Такие правила существуют в соподчинении: невозможно применить одно — следует обратиться к другому: «(1) Основания и последствия расторжения брака и разлучения супругов регулируются законом общего гражданства сторон. Если стороны имеют различное гражданство, то подлежит применению закон места совместного постоянного проживания, а если таковое отсутствует — турецкое право» (ст. 14 Кодекса МЧП Турции).

В данной норме генеральной коллизионной привязкой является право страны общего гражданства сторон. Это общее правило, компетентное в первую очередь (основное право). Если стороны имеют различное гражданство, то применяется право страны совместного проживания супругов. Это правило «второй очереди» (субсидиарное право первой степени). Специальное правило установлено для случая, когда супруги не имеют ни общего гражданства, ни общего местожительства. В такой ситуации применяется турецкое право (субсидиарное право второй степени).

Общие коллизионные привязки — общие для большинства правовых систем коллизионные правила. Это общие (сквозные), т.е. применимые во всех отраслях и институтах МЧП коллизионные нормы: личный закон физического лица, закон суда, закон флага, закон продавца, автономия воли, закон места совершения акта. В настоящее время к «классическим» общим привязкам прибавились общие каучуковые коллизионные нормы: *lex causae* — закон существа отношения, *lex benignitatis* — наиболее благоприятное право. В настоящее время существует тенденция трансформации *lex benignitatis* в один из основных принципов МЧП: «В отношении договоров, заключаемых со сторонами, которые считаются более слабыми, эти стороны должны быть защищены коллизионными нормами, имеющими для их интересов более благоприятный характер по сравнению с общими правилами» (п. 23 Преамбулы Рим I).

Специальные коллизионные привязки сформулированы непосредственно для конкретных институтов МЧП. Они применяются в отдельных сферах отношений: закон усыновителя, закон дарителя, закон места отправления груза. Например, «установление и оспаривание отцовства (материнства) определяются законодательством государства, гражданином которого является ребенок по рождению» (ч. 1 ст. 162 СК РФ). В данной норме закон происхождения ребенка (*lex originis*) представляет собой специальную коллизионную привязку.

Специальные коллизионные привязки — это трансформация общих коллизионных норм: специальная привязка «закон перевозчика» — трансформация общей привязки «закон продавца»; «закон

совместного места жительства супругов» — трансформация «личного закона физического лица».

Среди специальных коллизионных привязок можно назвать наиболее распространенные:

- *lex arbitri* — закон местожительства суперарбитра;
- *lex loci arbitri* — закон места проведения арбитража;
- *lex cartae* — закон места нахождения ценных бумаг, закон места эмиссии ценных бумаг;
- *lex loci laboris* — закон места работы;
- *lex fori (loci) concursus* — закон места проведения конкурсного производства;
- *lex loci celebrationis* — закон места заключения брака;
- *lex loci protectionis* — закон страны, в которой испрашивается защита;
- *lex originis* — закон происхождения (ребенка, культурной ценности).

3.4. Интерлокальное право

С точки зрения действия закона в пространстве коллизионные нормы делятся на международные и межобластные (интерлокальные — межтерриториальные). *Международные коллизии* — это традиционные, классические коллизии, т.е. столкновение правовых систем разных государств. *Интерлокальные коллизии* — коллидируют самостоятельные системы права одного государства. Такие коллизии возникают в государствах «с множественностью правовых систем», т.е. имеющих в своем составе несколько административно-территориальных единиц, правовые системы которых обладают отличительными особенностями. Проблема интерлокальной множественности правовых систем характерна в первую очередь для федеративных государств, в которых субъекты федерации уполномочены иметь собственные правовые системы.

Субъекты федерации наделяются определенной правовой самостоятельностью, имеют правомочия в сфере принятия законодательных актов, которые зачастую коллидируют как с общефедеральными законами, так и с законодательством других субъектов федерации. Федеративное устройство государства порождает две самостоятельные коллизионные проблемы. Правоприменитель должен сделать выбор не только между правом федерации и правом субъекта федерации, но и между правовыми системами нескольких субъектов федерации¹.

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

Интерлокальные коллизионные нормы позволяют разрешать коллизии между нормативными системами субъектов федерации. Интерлокальные коллизионные нормы могут дополнять «общегосударственную» коллизионную норму. Например, «если в соответствии с межгосударственной коллизионной нормой применимым правом будет право местонахождения лица... возникает вопрос, что считать таким правом — правовой комплекс, действующий в рамках федерации в целом, или правовой комплекс субъекта федерации, на территории которого данное лицо... находится. Ответ на этот вопрос может быть дан только с помощью межобластных коллизионных норм»¹.

Традиционные проблемы коллизионного регулирования при применении интерлокальных коллизионных норм, как правило, не возникают либо не отличаются особой остротой. «Основы правопорядков субъектов федераций или других административно-территориальных единиц не могут быть столь различными, как правопорядки двух иностранных государств»². Правовые системы субъектов федеративного государства основаны на единых конституционных принципах. Коллизионное регулирование в основном имеет «общегосударственный» характер.

В отечественной доктрине указывается, что «трудно представить ситуации отказа суда одного субъекта федерации от применения норм права другого субъекта федерации по причинам, связанным с публичным порядком»³. Точно так же не представляется правомерным отказ от применения норм иностранного права или исполнения иностранного судебного решения со ссылкой на «противоречие публичному порядку субъекта федерации». Однако в отечественной правоприменительной практике встречаются подобные случаи. Верховный суд Татарстана отказал в признании и принудительном исполнении решения Арбитражного суда МТП, заявив, что «исполнение решения нанесло бы ущерб интересам субъекта РФ», а это является «нарушением публичного порядка Татарстана».

Интерлокальные коллизии, с одной стороны, — не редкость и в унитарных государствах, правовые системы которых обладают элементами федерализма (Великобритания — английское и шотландское право). С другой стороны, в федерациях принимаются «общегосударственные» нормативные акты: в ФРГ действуют единые Гражданское и Торговое уложения; Обязательственный закон и ГК Швейцарии являются общими актами гражданского права для

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

² Светланов А. Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции. М., 2002.

³ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

всех кантонов; в Индии Закон об арбитраже и примирительных процедурах (1996) распространяется на все штаты.

Наиболее сложные интерлокальные коллизии — это межштатные коллизии в США (федеральное право и право 50 штатов). Каждый штат наделен максимальным объемом правовой самостоятельности. На уровне федерации безусловно можно назвать только один императивный акт — Конституцию США (1787). Подавляющее большинство иных общенациональных нормативных актов имеет рекомендательный характер. В большинстве случаев основные положения этих актов имплементируются в законодательство штатов. В каждом штате действует свое собственное уголовное, гражданское, торговое и семейное законодательство (в рамках прецедентного или статутного регулирования). В каждом штате есть свое собственное МЧП (общенациональное МЧП существует на уровне рекомендательного акта — Второй свод законов о конфликте законов (1971)). Коллизионное право — часть правовых систем отдельных штатов, но не часть федеральной правовой системы.

Особая сложность американского интерлокального права обусловлена тем, что законодательство штатов принципиально различно (например, совершеннолетие в зависимости от штата наступает в возрасте от 18 лет до 21 года; понятие постоянного места жительства в штате Невада — 24 часа пребывания на его территории, в федеральном округе Колумбия — шесть месяцев; в штате Калифорния юридические последствия порождают и светская, и церковная формы заключения брака, в штате Алабама — только церковная). Во всех штатах действует система общего права, а в штате Луизиана — смешанная система права (Луизиана — единственный штат на территории США, в 1991 г. осуществивший кодификацию МЧП).

В американском законодательстве словом «штат» могут обозначаться как штаты и территории США, так и иностранные государства: «Будучи использованным в настоящей Книге, слово “штат” обозначает, в зависимости от обстоятельств: Соединенные Штаты или любой штат, территорию или владение таковых; Округ Колумбия; Содружество Пуэрто-Рико; и любое иностранное государство или территориальное подразделение такового, которое имеет свою собственную систему права» (ст. 3516 ГК Луизианы (1825, ред. 1991)).

Межштатные коллизии в США по своей сложности приравниваются к международным. Таким образом, более корректно говорить о коллизионном праве отдельных штатов, а не о коллизионном праве США. Федеральные суды, решая дела с участием «граждан» различных штатов, обязаны руководствоваться коллизионными нормами того штата, в котором расположен данный федеральный суд¹. К тому

¹ Мережко А. А. Эволюция международного частного права // Юридическая практика. 2002. № 17 (227).

же в США понятия «коллизионное право» и «законодательство» во многом рассматриваются как своего рода антонимы. При этом коллизионное регулирование в США преимущественно является именно интерлокальным, но законодательно нет разделения на интерлокальное и международное коллизионное право¹.

Интерлокальное право в ФРГ обусловлено не столько федеративным устройством этого государства, сколько объединением ГДР и ФРГ в 1990 г. Немецкий законодатель нашел корректное решение потенциальных коллизий, которые могли возникнуть в связи с тем, что на землях бывшей ГДР стало действовать право ФРГ. В 1991 г. было принято Дополнение к Вводному закону к ГГУ, где установлено, что к делящимся гражданским правоотношениям, возникшим до объединения на территории бывшей ГДР, применяется право, действовавшее в ГДР на момент возникновения данных отношений. Критерием привязки в данной ситуации служит последнее постоянное место жительства на территории ФРГ или ГДР в период, имеющий решающее значение для дела. Коллизии между федеральным законодательством и законодательством земель решаются на основе преимущественной силы федеральных законов (ст. 31 Основного закона ФРГ).

В Российской Федерации также существует почва для возникновения коллизий между законодательством субъектов РФ. В доктрине высказывается мнение, что «в отношении Российской Федерации, где в соответствии с Конституцией РФ каждый из ее субъектов имеет свою конституцию (устав) и законодательство (п. 2 ст. 5)», данная проблема отличается особой актуальностью².

Существует и противоположная точка зрения: «Относимость Российской Федерации к федеративным государствам является спорной с учетом ограниченности сферы полномочий субъектов РФ. Применительно к Российской Федерации коллизионная проблема выбора между правопорядками Российской Федерации и ее субъектов и проблема выбора между правопорядками субъектов РФ не являются особо актуальной»³. Законодательные правомочия субъектов РФ возможны только вне пределов действия ст. 71 (исключительное ведение Российской Федерации), ст. 72 (совместное ведение Российской Федерации и ее субъектов) Конституции РФ и по ограниченному кругу вопросов (ст. 73). В Конституции РФ закреплён примат федеральных законов, если законодательство субъектов противоречит общедولةму.

¹ Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

³ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

Проблема интерлокальных коллизий вполне определенно разрешена непосредственно в Конституции РФ. В п. «о» ст. 71 установлено, что гражданское право, правовое регулирование интеллектуальной собственности, гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное право находятся в исключительном ведении Российской Федерации. В этих сферах априорно не могут возникать интерлокальные проблемы.

Согласно п. «к» ст. 72 Конституции РФ трудовое, семейное, жилищное, земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о праве собственности, о недрах, об охране окружающей среды находится в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов. В этих областях возможно возникновение интерлокальных коллизий.

Статья 3 СК РФ устанавливает право субъектов принимать нормативные правовые акты по семейному праву. Законами субъектов РФ могут быть определены: порядок и условия, при наличии которых вступление в брак в виде исключения с учетом особых обстоятельств может быть разрешено до достижения 16 лет (ст. 13); запрет присоединения к фамилии одного супруга фамилии другого супруга (ст. 32); порядок осуществления права ребенка на имя и отчество (ст. 58).

Законодательно коллизионная проблема выбора между порядками различных субъектов РФ применительно к семейным отношениям не разрешается. Возникает необходимость использовать аналогию права и закона. Самая распространенная привязка в семейных отношениях — право страны гражданства лица. В России действует принцип единого гражданства, поэтому для решения коллизий между порядками ее субъектов в качестве субститута привязки к праву гражданства целесообразно использовать привязку к праву постоянного места жительства¹.

Статья 6 ТК РФ закрепляет правомочие субъектов принимать акты, содержащие нормы трудового права, по вопросам, не урегулированным федеральным законом. Законы и иные нормативные акты субъектов РФ, содержащие нормы трудового права, действуют в пределах территории соответствующего субъекта (ст. 13). Интерлокальная проблема разрешается на основе «права места работы» (*lex loci laboris*) — к трудовым отношениям применяется законодательство «субъекта РФ, на территории которого осуществляется трудовая функция»².

Вопросы федерального коллизионного права относятся к исключительно ведению России (п. «п» ст. 71 Конституции). Термин «федеральное коллизионное право» означает «правовые предписа-

¹ Там же.

² Там же.

ния, позволяющие преодолевать противоречия при определении предметов ведения Российской Федерации и ее субъектов, полномочий государственных органов решать коллизии между актами законодательства Российской Федерации и ее субъектов, равно как и между отдельными нормативными правовыми актами»¹. Такое толкование термина «коллизионное право» позволяет распространить его на интерлокальные коллизии — существует единое федеральное коллизионное право, а субъекты не вправе создавать собственные коллизионные нормы.

Зачастую интерлокальные коллизии неразрывно связаны с интертемпоральными (временными), и тогда вопрос об их разрешении приобретает особую остроту. Такие коллизии могут трансформироваться в международные. Подобная ситуация чаще всего возникает в случае распада федеративного государства. В частности, это относится к проблемам коллизионного права, появившимся вследствие распада СССР, Югославии, Чехословакии. Может иметь место и прямо противоположная ситуация: объединение Германии в 1990 г. превратило международные коллизии между правом ФРГ и правом ГДР во внутренние межобластные коллизии.

Если коллизионный вопрос решен в пользу применения права иностранного государства, в котором существуют административно-территориальные образования со своими подсистемами права, возникает дополнительный вопрос: право какого территориального образования следует применить? Современная практика и доктрина однозначно решают эту проблему: интерлокальные коллизии разрешаются в соответствии с общими постановлениями права иностранного государства. Выбор права конкретного государства означает выбор правовой системы в целом, и любой вопрос, связанный с применением иностранного права, должен решаться только с позиций этого права.

Подобный подход выражен в законодательстве: если подлежит применению право страны, в которой действуют несколько правовых систем, применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны (ст. 9 Закона о МЧП Польши). Сходная норма содержится в Законе о МЧП Австрии: если иностранный правопорядок состоит из нескольких отдельных правопорядков, применяется тот из них, на который указывают содержащиеся в иностранном правопорядке правила. При отсутствии таких правил применяется тот правопорядок, с которым имеется наиболее тесная связь. Обращение к критерию реальной связи предусмотрено на случай, если не удастся установить, какая из подсистем иностранного права должна применяться.

¹ Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.

Такое же решение интерлокальных проблем предлагает ст. 1188 ГК РФ: когда подлежит применению право страны, в которой действуют несколько правовых систем, применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны. Если в соответствии с правом такого государства нельзя установить, какая из его правовых систем должна применяться, российский суд применяет правовую систему, с которой отношение наиболее тесно связано. Статья 1188 обязывает правоприменителя обращаться к межобластным коллизионным нормам государства, к которому отсылает отечественная коллизионная норма.

3.5. Интерперсональное и интертемпоральное право

Интерперсональное право. Действие закона по кругу лиц зачастую порождает интерперсональные коллизии (интерперсональное право). Несколько правовых систем существуют в государствах, населенных обособленными с точки зрения правового регулирования общностями (Малайзия, Индия, Индонезия). Интерперсональные коллизии являются не международными, а внутренними, отражают внутреннюю структуру права соответствующего государства. Главным образом такие коллизии присутствуют в брачно-семейном и наследственном праве. Суть подобных коллизий — сосуществование двух и более правовых укладов регулирования, в большинстве случаев происходящих со времен колониализма, когда одновременно действовало право метрополии и местное (туземное) право¹. Интерперсональные коллизии порождают необходимость обращаться к интерперсональным коллизионным нормам, устанавливающим, право какой общности подлежит применению.

В качестве примера можно привести Индонезию. В 1925 г. голландские колониальные власти провели деление всего населения на группы: европейцы; лица, приравненные к европейцам; туземцы, к которым относились и «восточные иностранцы», — тайцы, малайцы, китайцы, арабы, индусы. К европейцам и лицам, к ним приравненным, применялось право, созданное по образцу голландского, к туземцам применялось обычное мусульманское право (адат).

Современные кодификации МЧП учитывают наличие интерперсональных коллизий в праве других государств: «Когда государство, чье право определено настоящим кодексом как применимое, состоит из нескольких правовых систем, применимых в отношении разных

¹ Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 1. Общая часть : учебник. М., 2000.

категорий лиц, право этого государства определяет, какая из этих систем должна быть применена» (ст. 41.3 Кодекса МЧП Болгарии).

Оценка интерперсональных коллизий в современной доктрине противоречива. С одной точки зрения, такие коллизии аналогичны коллизионным нормам МЧП, с другой — интерперсональные коллизии в принципе исключаются из сферы действия МЧП. Есть концепция, согласно которой нормы интерперсонального права несут в себе коллизионное начало, но имеют иную природу, нежели коллизионные нормы МЧП. Особая правовая природа интерперсональных коллизий обусловлена структурными отличиями этнических, религиозных, племенных и других объединений от общей структуры государства. Высказывается также точка зрения, согласно которой нормы интерперсонального права являются переходными между церковным и гражданским правом, а наличие и разрешение интерперсональных коллизий зависят от того, инкорпорированы ли интерперсональные нормы в гражданское право соответствующего государства.

В Индии и на Кипре понятие «личный закон» основано на *приверженности к определенной религии*. В этих странах определяющим является принадлежность к мусульманской, индуистской или христианской религии. На Кипре в семейных отношениях каждый гражданин вправе применять закон в зависимости от религии, происхождения и национальности (закон о браке Православной, Католической, Маронитской и Армянских церквей, Исламский закон о браке, английское право). При этом в законодательстве Кипра установлены правила, предписывающие, какой из этих законов следует применять при определенных обстоятельствах¹.

Интерперсональные коллизии характерны не только для стран Востока, в которых правовой статус лиц различается в зависимости от принадлежности к той или иной религии (индуистской, мусульманской, иудаистской), но и для стран Экваториальной Африки (для европейцев действует кодифицированное право бывшей метрополии, для туземцев — обычное племенное право). Разделение права по личному критерию существует в Палестине и Израиле; в государствах исламской правовой семьи, особенно в арабских странах с населением, исповедующим различные религии. С точки зрения интерперсонального права традиционно различают три системы права, основанные преимущественно на религиозных течениях, — ислам, индуизм, иудаизм. Ведущую роль в правовом регулировании играют соответствующие источники — Коран, Тора, хадисы².

¹ The Conflict of Laws / C.M. V. Clarkson, Jonathan Hill. Oxford University Press, 2006.

² Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник. М., 2000

В Малайзии право разделено по расовому критерию: например, к этническим китайцам применяется китайское право. В Израиле юридически действительными считаются только церковные браки, заключенные по иудаистскому религиозному обряду. Иные брачно-семейные отношения с точки зрения израильского права не порождают юридических последствий и не регулируются семейным правом Израиля. В Израиле не признаются действительными браки, заключенные гражданами Израиля на территории других государств не по иудаистскому обряду (даже если подобный брак был заключен до получения лицом израильского гражданства).

Показателен пример разрешения интерперсональных коллизий по праву Марокко. Если в бракоразводном процессе иностранный суд вынужден применять марокканское право, судья обязан учитывать, что в соответствии со Сводом законов о гражданском состоянии и правовом положении физических лиц (1957) в Марокко существует несколько категорий физических лиц, правовой статус которых регламентируется по-разному. В марокканском праве установлен различный порядок расторжения брака между французами, между иностранцами, между марокканцами и иностранцами (отношения между иностранцем и марокканкой или между иностранкой и марокканцем регулируются по-разному)¹.

Интерперсональные коллизии существуют и в ФРГ, но в Германии эта проблема порождена иными причинами, нежели интерперсональное право в странах Азии и Африки. Наличие подобной проблемы в ФРГ связано с объединением Германии (как и немецкое интерлокальное право). Разрешение интерперсональных коллизий определено в Дополнении к Вводному закону к ГГУ (1991): к длящимся гражданским и семейным отношениям между гражданами бывшей ГДР применяется право ГДР, действовавшее на момент вступления лиц в подобные отношения.

В МЧП интерперсональные коллизии решаются так же, как и интерлокальные — в соответствии с правом данного государства: «Если лицо является гражданином страны, где применение тех или иных правил зависит от статуса ее граждан, правом его страны гражданства является право, определенное в соответствии с нормами этой страны, или, если их нет, право, с которым лицо наиболее тесно связано» (ст. 40.1 Закона о МЧП Японии). Интерперсональное право должно подчиняться действию всех существующих в данном правовом порядке предписаний. Если конкретное государство санкционирует «двойственность», «тройственность» и т.д. своих правовых укладов, вопрос применения соответствующей нормативной системы опре-

¹ Там же.

деляется на основе внутригосударственной регламентации данного вопроса.

Интерперсональные коллизии возникают на территории конкретного государства, и их регулирование является внутренним делом государства. В праве других государств проблема таких коллизий возникает, если национальная коллизионная норма предписывает применение права страны, в которой существуют различные персональные подсистемы права. Суд обязан применять иностранное право так, как оно применяется у себя на родине, поэтому ответ на вопрос, какая из действующих персональных подсистем права подлежит применению, следует искать в избранном иностранном праве. В российском законодательстве решение интерперсональных коллизий совпадает с решением интерлокальных коллизий (ст. 1188 ГК).

Интертемпоральное право. Действие закона во времени — источник возникновения интертемпоральных коллизий (интертемпоральное право). «Такие коллизии также имеют не международный, а внутренний характер. Существует концепция, что коллизионное право — это совокупность норм, направленных только на определение действия гражданско-правовых законов в пространстве. В этом заключается одно из его основных отличий от совокупности материальных норм, регулирующих действие законов во времени. С такой позицией нельзя согласиться»¹.

Коллизионное право направлено не только на определение пространственного действия норм материального права. Ни один из коллизионных принципов не преследует такой цели. Противопоставление коллизионных норм, выражающих действие закона в пространстве, нормам, определяющим действие законов во времени, некорректно с точки зрения соотношения тех и других. С точки зрения коллизионного права правила о действии закона во времени — это нормы, в отношении которых возникают те же проблемы выбора законодательства, что и в отношении любых других норм. Коллизионная отсылка к праву какого-либо государства включает отсылку и к законам этого государства, регулирующим вопрос о времени вступления в силу определенных норм, их обратной силе действия.

Интертемпоральные коллизии возникают из наличия в государстве одновременно изданных законов, регулирующих одни и те же отношения. Суд при решении коллизионного вопроса может столкнуться с несколькими правовыми актами как иностранного, так и своего государства, регулирующими одни и те же отношения, но принятыми в разное время. Это и есть коллизия законов, касающаяся действия нормативного акта во времени. Коллизионная норма

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

предназначена для установления применимого права, но такое установление необходимо осуществлять не только с позиций фактического состава правоотношения, но и учитывая специфику действия закона во времени. После определения применимого правопорядка суд должен разрешать проблему действия закона во времени по правилам решения внутренних коллизий с позиций норм, непосредственно регулирующих действие закона во времени.

В МЧП проблема интертемпорального права возникает, если отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному праву, в котором по данному отношению существуют два и более разновременных изданных законов. Если коллизионная норма отсылает к законодательству определенного иностранного государства, то только данное иностранное законодательство компетентно разрешить вопрос, какие из разновременно изданных подлежат применению в конкретном случае: применяются ли законы, действовавшие в момент возникновения данного правоотношения, либо законы, действующие на момент рассмотрения дела в суде; имеют ли какие-то законы обратную силу по отношению к ранее заключенной сделке или ранее открывшемуся наследству.

Интертемпоральные коллизии разрешаются на тех же началах, что интерлокальные или интерперсональные — в соответствии с предписаниями того государства, чье право должно применяться к данному отношению (ст. 1188 ГК РФ). Коллизионная норма отсылает к системе иностранного права в целом, включая правовые установления, которые указывают, какой именно из разновременно изданных законов подлежит применению. Это вытекает из общего принципа коллизионного права: если закон одного государства предписывает применение права иностранного государства, то это право должно применяться так, как оно в данном случае было бы применено в суде соответствующего иностранного государства: «Иностранное право применяется в соответствии с его собственными критериями толкования и применения во времени» (ст. 15 Закона о МЧП Италии).

Такое решение интертемпоральных коллизий характерно для всех случаев применения иностранного права, в том числе когда такое применение обусловлено не предписаниями национального законодательства, а автономией воли участников гражданского правоотношения. Если стороны подчинили свой договор праву данного иностранного государства, следовательно, они тем самым подчинили свои отношения всем будущим изменениям в этом праве.

Подчинив свой договор праву определенной страны, стороны перенесли свое обязательство в сферу действия этой юрисдикции в отношении всего, что касается толкования договора, его действия

и способов исполнения. Следовательно, договор подчинен всем последующим изменениям в законодательстве этого государства. Данная точка зрения в науке обосновывается в основном ссылками на доктрину Ф. К. фон Савиньи, согласно которой каждое обязательство имеет «оседлость» или связь с определенным местом, которое стороны вправе определить по своему выбору. Например, действие американского Закона об аннулировании золотой оговорки (1933) получило признание за пределами США, в том числе в отношении обязательств, которые были заключены до вступления в силу этого Закона.

В законах некоторых государств прямо предусмотрены правила разрешения интемпоральных коллизий: «К трансграничным гражданским делам, которые возникли до этого пересмотренного закона, не применяются положения, введенные этим законом. Если, однако, правовые последствия наступили после введения этого пересмотренного закона, к этим правовым последствиям применяются положения, содержащиеся в настоящем законе» (§ 62 Закона о МЧП Тайваня).

Вопрос действия коллизионной нормы во времени затрагивает проблему изменений в фактическом составе правоотношения. Коллизионная норма, устанавливающая определенную привязку, осталась прежней, но изменился фактический состав правоотношения в части, содержащей именно тот признак, по которому данная коллизионная норма привязывает отношение к определенному правопорядку (личный закон индивида понимается как закон гражданства, — лицо поменяло гражданство). Возникает проблема: право какого государства является личным законом данного лица? Ни практика, ни теория не дают однозначного ответа. Суды, как правило, идут по линии «наименьшего сопротивления» — применяется право места жительства индивида либо право государства его первого гражданства.

При применении привязки к праву места нахождения вещи для установления права собственности возникает вопрос, на какой момент времени необходимо определять место нахождения вещи, если после изменений в праве собственности произошло перемещение этой вещи через границу. Законы большинства государств решают этот вопрос однозначно: приобретение и потеря прав на движимое имущество определяется законодательством того государства, в котором вещь находилась в момент изменения вещных прав (ст. 1206.1 ГК РФ).

При заключении внешнеторговых сделок отношения сторон при отсутствии соглашения сторон о выборе права регулируются правом центральной стороны сделки (ст. 1211 ГК РФ). Возникает проблема:

на какой момент времени следует устанавливать место нахождения продавца (подрядчика, кредитора, дарителя), если оно изменилось после заключения договора? Как правило, место нахождения центральной стороны сделки определяется на момент заключения договора. Таким образом, наиболее широкое применение имеет приурочение коллизионной привязки к моменту возникновения правоотношения.

Особую сложность при решении интертемпоральных коллизий вызывают длящиеся правоотношения (семейные, трудовые, наследственные), в которых взаимные права и обязанности постоянно возникают, изменяются и прекращаются. В этих сферах основными коллизионными привязками выступают право страны гражданства членов семьи, их места жительства, закон компетентности учреждения, право последнего места жительства наследодателя, право страны места работы.

Проблема интертемпоральных коллизий существует в России. Она решается следующим образом: существует перечень законов и подзаконных актов бывшего СССР, которые продолжают действовать в современной России. С каждым годом их количество уменьшается, но пока интертемпоральные коллизии между «старым советским» и «новым российским» правом продолжают создавать трудности для определения применимого права в каждом конкретном случае.

3.6. Основные типы коллизионных привязок

Типы коллизионных привязок (формул прикрепления) — это наиболее типичные, максимально обобщенные правила, чаще всего используемые для построения коллизионных норм (коллизионные критерии, коллизионные принципы). Система коллизионных принципов основана на общих коллизионных привязках.

Коллизионное регулирование предполагает деление правоотношения на статуты — комплекс взаимосвязанных вопросов, предполагающих применение определенного правопорядка. Статут можно определить и как применимое право: общий статут договора — право, регулирующее договор в целом; статут формы брака — право, определяющее порядок и форму заключения брака. Статут — это компетентный правопорядок, к которому отсылает коллизионная норма и который регулирует определенный вид отношений. Объем определяет вид статута (статика статута) и сферу его действия, а привязка — содержание статутных норм (динамика статута)¹.

¹ Звеков В. П. Коллизионное право и статут частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2007. № 2.

Статуты подразделяются на:

- основные — личный, формальный, вещный, обязательственный, валютный, деликтный, наследственный, семейный;
- вспомогательные — статут общих последствий брака, завещательный статут, статут общего места жительства и т.п.

Статут частноправовых отношений — это категория, призванная выделить круг правовых норм, применимых в силу коллизионных предписаний к определенному виду отношений, и таким образом систематизировать коллизионные начала. Коллизионные нормы представляют собой основание определения статута отношения. Посредством объема коллизионной нормы устанавливаются вид и круг отношений, подчиняемых статуту, сфера его действия, перечень решаемых вопросов. С помощью привязки коллизионной нормы устанавливается применимое материальное право, т.е. содержание статута. Чем выше степень дифференциации объема коллизионных норм и специализации их привязок, тем полнее раскрыта сфера действия статута и точнее определены его границы¹.

3.6.1. Личный закон физического лица (*lex personalis*)

Личный закон физического лица в зависимости от принадлежности государства к определенной правовой системе понимается в двух вариантах.

Закон гражданства (*lex patriae*) — правовой статус лица определяется законодательством того государства, чье гражданство это лицо имеет. Данный коллизионный принцип имеет экстерриториальный характер, — государство стремится подчинить своей юрисдикции всех своих граждан независимо от их места нахождения. Понимание личного закона как закона гражданства свойственно большинству стран континентального права (Франция, Бельгия, Испания, Германия, Япония). «Правоспособность физического лица определяется по праву государства, гражданином которого оно является» (ст. 5 ГК Греции (1946)).

Закон domicilia (*lex domicilii* — закон места жительства) — правовой статус лица определяется по законодательству государства, на территории которого данное лицо проживает. Этот коллизионный принцип имеет территориальный характер, — государство подчиняет своей юрисдикции всех лиц, находящихся на его территории независимо от их гражданства. Понимание личного закона как закона domicilia свойственно в основном государствам общего права (США, Великобритания, Исландия). «Статус и дееспособность физического лица регулируются правом его domicilia» (ст. 3083 ГК

¹ Там же.

Квебека). Эта коллизионная привязка закреплена и в праве многих континентальных стран (Швейцария, Норвегия, Дания).

В современном праве наблюдается стремление государств к максимальному расширению их юрисдикции: в большинстве правовых систем при определении личного закона индивида применяется сочетание законов гражданства и domiciliа.

Единообразного понимания личного закона нет даже на региональном уровне: в Латинской Америке одни государства придерживаются принципа гражданства (Куба, Коста-Рика, Гондурас, Гаити), другие — принципа domiciliа (Аргентина, Бразилия, Гватемала). В Кодексе Бустаманте зафиксировано: «Каждое из государств-участников будет применять в качестве личного закона закон domiciliа, или закон гражданства, или те законы, которые уже приняты или будут приняты в его внутреннем законодательстве» (ст. 7).

Коллизионный принцип «закон гражданства» легче для практического применения, чем «закон domiciliа». Определение domiciliа практически во всех государствах осуществляется непосредственно в суде. Например, в отношении британского подданного, родившегося от domiciliрованных в Англии родителей, действует почти неопровержимая презумпция, что такое лицо всегда сохраняет «британский domiciliальный происхождения», несмотря на длительное проживание за границей¹. Для того чтобы доказать, что лицо сменило «дomicилиальный происхождения» на «дomicилиальный по выбору», надо установить не только длительное проживание лица в новом месте, но и твердое намерение обосновать там «свой дом», и отсутствие «намерения вернуться на родину».

В странах континентального права закон domiciliа устанавливается на основе критериев места жительства, обычного места пребывания, места делового обзаведения: «Личным законом лиц, имеющих гражданство нескольких государств... лиц без гражданства является право государства, на территории которого они имеют место жительства... Если... у лица не имеется места жительства, то личный закон определяется по обычному месту пребывания лица» (ст. 11 Указа о МЧП Венгрии). Венгерский законодатель определяет понятия «место жительства» и «обычное место пребывания»: «Местом жительства является место, где какое-либо лицо проживает постоянно или с намерением постоянно поселиться. Обычным местом пребывания является место, где какое-либо лицо находится в течение продолжительного времени без намерения постоянного проживания» (ст. 12).

По законодательству Швейцарии закон domiciliа устанавливается на основе следующих критериев: «...Физическое лицо имеет:

¹ Луцц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

а) место жительства в том государстве, в котором оно проживает, с намерением жить в нем постоянно;

б) место обычного пребывания в том государстве, в котором оно проживает в течение некоторого срока, даже если этот срок заранее ограничен;

в) место делового обзаведения в том государстве, в котором сосредоточена его профессиональная или коммерческая деятельность.

Никто не может иметь одновременно несколько мест жительства» (ст. 20 Закона о МЧП Швейцарии).

Коллизионный принцип личного закона индивидов определяет личный статус физических лиц:

— начало и конец правоспособности, ее содержание и ограничения. Как правило, вопрос содержания правоспособности изымается из сферы действия коллизионного права и подчиняется императивному материально-правовому принципу национального режима;

— дееспособность лица;

— личные права (право на имя, фирму, честь, защиту деловой репутации);

— вопросы семейного права (внутренние условия заключения и расторжения брака);

— вопросы наследования движимого имущества.

В российском праве личный закон физических лиц определен в ст. 1195 ГК РФ. Генеральная коллизионная привязка — это закон гражданства. Отечественная трактовка личного закона учитывает современные тенденции развития МЧП: для разных категорий физических лиц применяется либо закон гражданства, либо закон domicilia. Личный закон определяет гражданскую и гражданско-процессуальную правосубъектность (статус) индивида (ст. 1195—1199 ГК РФ).

Отечественное понятие «место жительства» определено в специальных подзаконных актах: это место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника, по договору найма (поднайма), социального найма, договору аренды либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством РФ, — жилой дом, квартира, служебное жилое помещение, специализированные дома (общежитие, гостиница-приют, специальный дом для одиноких и престарелых, дом-интернат для инвалидов), иное жилое помещение. В ГК РФ понятие «место жительства» определено чрезвычайно формально (ст. 20), поэтому применение этого критерия может вызвать серьезные затруднения.

3.6.2. Личный закон юридического лица (*lex societatis*)

Эта коллизионная привязка означает, что правовой статус юридического лица определяется законом того государства, чью государ-

ственную принадлежность (национальность) имеет юридическое лицо. Национальность указывает на принадлежность юридического лица к конкретному правопорядку, являющемуся личным статутом компании.

Личный статут юридического лица (применимое право) представляет собой его личный закон, на основе которого определяются:

- статус организации в качестве юридического лица;
- его организационно-правовая форма;
- требования к наименованию юридического лица;
- вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, вопросы правопреемства;
- содержание и объем правоспособности юридического лица;
- порядок приобретения прав и обязанностей;
- внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками;
- способность юридического лица отвечать по своим обязательствам.

Личный закон юридического лица и его государственная принадлежность (национальность) — категории различные. Личный закон — категория коллизионного права, право конкретного государства, компетентное ответить на вопросы, связанные с правосубъектностью юридического лица. Государственная принадлежность (национальность) — материально-правовая категория, «привязанность» юридического лица к определенному государству и его правопорядку.

Варианты определения национальности юридических лиц:

— **теория инкорпорации**: личным законом юридического лица считается право того государства, в котором данное лицо зарегистрировано (Великобритания, Россия, Китай, Индия, США);

— **теория оседлости**: юридическое лицо принадлежит тому государству, на чьей территории находится его административный центр (Франция, Бельгия, Украина). Место нахождения основного органа управления обычно определяется в соответствии с уставными документами. Если в уставе отсутствует указание места нахождения основного органа управления, то им, как правило, является фактическое (эффективное) место нахождения такого органа;

— **теория эффективного (основного) места деятельности (местонахождения коммерческого предприятия)**: юридическое лицо имеет национальность того государства, на чьей территории оно ведет основную хозяйственную деятельность (Сирия, Алжир). Критерий эффективного места деятельности оптимален для определения национальной принадлежности офшорных компаний;

— **теория контроля:** юридическое лицо имеет национальность того государства, с территории которого контролируется и управляется его деятельность — законодательство большинства развивающихся стран, Вашингтонская конвенция 1965 г., Договор к Энергетической хартии (1994). Теория контроля — наилучший критерий для установления действительной национальности ТНК;

— **смешанный критерий:** как дополняющие друг друга устанавливаются привязки к праву государства инкорпорации, места нахождения и места осуществления деятельности, применяется и теория контроля (Италия, Канада, Египет). В законодательстве Лихтенштейна и Швейцарии закреплена возможность подчинения компании местному праву без ликвидации и новой регистрации.

Такие законодательные различия создают серьезные проблемы. Юридическое лицо, учрежденное в государстве, применяющем критерий оседлости (Франция), и переместившее свой административный центр в государство, применяющее критерий инкорпорации (Великобритания), будет признано английским во Франции и французским — в Великобритании, т.е. «теряет» национальность. Юридическое лицо, учрежденное в государстве, применяющем критерий инкорпорации (Россия), и имеющее административный центр в государстве, применяющем критерий оседлости (Украина), в России считается российским, а на Украине — украинским (двойная национальность). Юридическое лицо, учрежденное в государстве, применяющем критерий инкорпорации (Австрия), и перемещающее свой административный центр в государство, применяющее аналогичный критерий (Армения), будет считаться австрийским и в Австрии, и в Армении, т.е. приобретает одностороннюю (неполную) национальность¹.

В современном законодательстве большинства государств для определения личного закона юридических лиц применяется сочетание различных критериев (Великобритания и США — теории инкорпорации и контроля, Индия — инкорпорации и эффективного места деятельности, Венгрия — инкорпорации и оседлости). «Смешанный критерий» представляется наиболее удачным, но и его применение не может устранить всех возможных коллизий.

На международном уровне предпринята попытка синтезировать теории инкорпорации и оседлости: Гагская конвенция о признании прав юридического лица за иностранными компаниями, ассоциациями, учреждениями (1956) исходит из того, что национальность юридического лица определяется по месту, где оно зарегистрировано и где по уставу находится его правление. В Договоре об учреждении Европейского экономического сообщества (1957) закреплено унифи-

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

цированное понятие «национальность юридического лица». Любая компания, учрежденная по национальным законам, даже если она контролируется иностранной компанией, имеет 100%-ный иностранный капитал либо выполняет функции филиала зарубежной компании, в своей деятельности подчиняется режиму, предусмотренному для национальных компаний.

В отношении юридических лиц всегда возникают вопросы их личного статуса и их правоотношений с другими лицами. Именно от статуса лица зависит, в какие правоотношения оно может вступать. Однако эта взаимосвязь не исключает самостоятельности указанных категорий, необходимости их отдельного рассмотрения в аспекте коллизионного регулирования. Каждое из правоотношений, в которое вступает юридическое лицо, имеет самостоятельную коллизионную привязку. Одновременно все вопросы правового статуса юридического лица имеют общую коллизионную привязку. Ранее в доктрине МЧП утверждалось, что принцип единого личного статуса является непоколебимым: «Все вопросы статуса юридического лица... имеют в принципе общую коллизионную привязку, подчиняются одному и тому же законодательству, имеют общий личный статус»¹.

На современном этапе некоторые представители доктрины (в основном, в ФРГ) отвергают одну единую привязку личного закона юридического лица. Правоотношения юридического лица не могут оцениваться по единому личному статусу. Нетрадиционные теории определения личного статуса юридического лица базируются на принципе расщепления единого статуса юридического лица и подчинения вопросов, входящих в сферу его регулирования, разным коллизионным привязкам. В доктрине ФРГ разработаны *теории оговорок, наложения (суперпозиции), дифференцированности, формирования групп случаев, комбинации, ограниченная теория инкорпорации*. Эти модифицированные теории в некоторой степени позволяют решить проблему совмещения внутренних интересов государства и интересов интернационализации экономики. Однако расщепление единого личного статуса, подчинение его различным коллизионным привязкам, смешение норм различных правопорядков приводят к неопределенности правового регулирования, к дестабилизации правоприменения².

В российском праве понятие личного статуса юридического лица дано в ст. 1202 ГК РФ. Россия — одна из немногих стран мира, в чьем

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002

² Аухатов А. Я. Модифицированные теории определения личного закона юридического лица // Международное публичное и частное право. 2005. № 2.

праве установлен только один критерий определения личного закона юридического лица — критерий инкорпорации (п. 1 ст. 1202).

В отечественной доктрине указывается, что под местом учреждения юридического лица понимается место нахождения постоянно действующего исполнительного органа или место нахождения иного органа или лица, имеющего право действовать от имени юридического лица без доверенности. Поэтому при определении юридического лица как российского критерий инкорпорации дополняется критерием оседлости¹. Судебная практика идет именно по этому пути.

3.6.3. Закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*)

Закон места нахождения вещи — это «принцип коллизионного права», одна из старейших коллизионных привязок, определяющая вещно-правовой статус правоотношения, в который включаются:

— вопросы деления вещей, их юридическая квалификация (вещи оборотные и необоротные, движимые и недвижимые, родовые и индивидуально-определенные) — «правовое подразделение вещей... определяется согласно праву того государства, в котором вещи находятся» (ст. 31.2 Закона о МЧП Австрии);

— содержание, осуществление и защита права собственности и иных вещных прав — «законодательством государства, на территории которого находится имущество... устанавливается... любое вещное право, характер и содержание этих прав» (ст. 127 кн. 10 ГК Нидерландов);

— возникновение, изменение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяются правом государства, «на территории которого находится вещь в момент возникновения факта, вызвавшего правовое последствие» (§ 21.2 Указа о МЧП Венгрии);

— правовой статус недвижимого имущества: «К вещным правам на недвижимое имущество применяется право места, в котором оно находится» (§ 36 Закона о МЧП Китая).

До середины XIX в. разрешение коллизионных вопросов права собственности по закону места нахождения вещи применялось только в отношении недвижимости. Права на движимые вещи определялись по личному закону собственника (согласно принципу «движимость следует за лицом»). В современном праве формула прикрепления «закон места нахождения вещи» применяется и к движимому имуществу: «Возникновение, переход или прекращение вещных прав на имущество, место нахождения которого изменилось, регулируется

¹ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

законом места, где оно находилось на момент, когда имел место юридический факт, создавший, изменивший или прекративший соответствующее право» (ст. 52 Закона о МЧП Румынии).

В настоящее время коллизионный принцип «закон места нахождения вещи» пользуется повсеместным признанием как начало, определяющее действие в пространстве законов, регулирующих вещные права и на движимое, и на недвижимое имущество: «Право собственности и другие вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются правом государства, в котором это имуществом находится» (ст. 38.1 Закона о МЧП Украины).

Закон места нахождения вещи понимается как реальная, физическая категория, т.е. как право того государства, на чьей территории находится вещь. Исключения из этого правила:

— вещные права возникли на территории одного государства, а вещь впоследствии была перемещена на территорию другого, — возникновение права собственности определяется по закону места приобретения имущества, а не по закону его реального места нахождения. Однако вещные права «не могут осуществляться в противоречие с правопорядком» государства места нахождения вещи (ст. 43 ВЗ ГГУ);

— правовой статус вещей, внесенных в государственный реестр («условные недвижимости»), определяется правом этого государства независимо от реального места нахождения вещи (ст. 45 ВЗ ГГУ).

Момент перехода права собственности и момент риска случайной гибели вещи различно определяются в законодательстве разных государств. В настоящее время момент перехода права собственности отделяется от момента перехода риска случайной гибели вещи. Определение момента перехода риска случайной гибели и порчи вещи при переходе прав на движимое имущество производится при помощи привязок обязательственного статута. В области международной торговли значение имеет вопрос перехода риска с продавца на покупателя, а момент перехода права собственности не играет существенной роли (Инкотермс 2010).

Современное МЧП демонстрирует тенденцию к сужению применения вещно-правового статута за счет расширения применения привязок личного и обязательственного статутов, автономии воли сторон.

1. Приобретение вещных прав в порядке наследования по отношению к движимому имуществу (в ряде случаев — и к недвижимому) регулируется личным законом наследодателя, а не законом места нахождения вещи (ст. 968 ГК Ирана (1928—1936)). Государство, на территории которого находится недвижимость,

может заявить о своей исключительной компетенции (ст. 86 Закона о МЧП Швейцарии).

2. Вопросы дееспособности лиц при совершении сделок по поводу вещных прав регулируются личным законом субъекта сделки.

3. Стороны могут выбрать право, применимое к вещным правам на движимое имущество. Если стороны не осуществили выбор, применяется право места, в котором движимое имущество находилось в момент наступления юридического факта (§ 37 Закона о МЧП Китая).

4. Судьба имущества иностранного юридического лица определяется по национальному закону этого юридического лица. Вопросы права собственности на имущество филиала иностранного предприятия регулируются правом государства, которому принадлежит данное юридическое лицо (ст. 9.11 ГК Испании (1889, в ред. 2000)).

5. Закон места нахождения вещи регулирует вопросы распределения имущества прекратившего существование юридического лица только в том случае, если договором или законом не предусмотрено иное (ст. 35 Кодекса Бустаманте).

6. Права в отношении движимых вещей, которые лицо «имеет при себе» («личный или каютный багаж»), определяются по личному закону их собственника или владельца (ст. 8 ВЗ ГК Бразилии).

7. В особом порядке определяется вещно-правовой статут движимых вещей, находящихся в процессе международной перевозки («груз в пути»). Для решения этого вопроса применяются привязки обязательственного статута: право страны места отправления груза (ст. 10.1 ГК Испании), места назначения груза (ст. 833.2 ГК Вьетнама). В отдельных юрисдикциях используется закон места нахождения вещи (ст. 60 Кодекса МЧП Туниса).

8. Правовое положение вещей, приобретенных в силу приобретательной давности, регулируется правом страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности (ст. 53 Закона о МЧП Италии).

К договору в отношении вещных прав возможно применение автономии воли, — стороны могут сами избрать применимое право, независимо от того, где именно находится данное имущество. Это положение представляет собой новеллу современного МЧП и связано с расширением применения автономии воли ко всем договорным отношениям. Ранее считалось, что применение автономии воли к вещным правам в принципе невозможно вследствие замкнутого характера круга вещных прав. В настоящее время применение автономии воли возможно в отношении и движимого, и недвижимого имущества.

3.6.4. Закон страны продавца (*lex venditoris*)

Закон страны продавца — общая субсидиарная коллизионная привязка большинства договорных обязательств. Эта формула прикрепления имеет вспомогательный характер и применяется в случае, если отсутствует выбор применимого права сторонами договора. Закон страны продавца понимается в широком и узком смыслах.

Закон страны продавца в узком смысле имеет в виду применение к договору купли-продажи права того государства, на чьей территории находится место жительства или основное место деятельности продавца. Основное место деятельности, как правило, — это место торгового обзаведения продавца («место делового обзаведения»).

Регулирование договора по праву страны продавца может привести к расщеплению коллизионной привязки: обязательства покупателя будут регламентироваться правом страны покупателя (*lex emptoris*), если продавец получил заказ (задаток) в государстве места нахождения покупателя¹. Таким образом право страны покупателя понимается в Гаагской конвенции по международной продаже движимых материальных вещей (1955).

Право страны покупателя (право места его проживания или делового обзаведения) может применяться и в других случаях (ст. 3114 ГК Квебека):

- переговоры имели место, и договор был заключен в стране покупателя;

- договор прямо предусматривает, что передача должна осуществляться в этой стране;

- договор заключен на условиях, установленных преимущественно покупателем в ответ на приглашения делать предложения.

Закон страны продавца в широком смысле выступает как обобщающая формула прикрепления, регулирующая не только куплю-продажу, но и все другие договорные отношения (заем, аренду, подряд, страхование, хранение). Эта коллизионная привязка представляет собой отсылку к праву страны, с которой договор наиболее тесно связан. Закон страны продавца выступает критерием для установления связи договора с какой-либо правовой системой.

Принцип наиболее тесной связи понимается как право того государства, на чьей территории на момент заключения договора находится обычное местопребывание или главное управление той стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (ст. 94.2 Кодекса МЧП Болгарии). Центральной стороной в договоре купли-продажи (стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

содержания договора) является продавец; сделка купли-продажи — основная внешнеторговая сделка. Подавляющее большинство других внешнеторговых сделок конструируется по модели договора купли-продажи. Центральная сторона в иных сделках определяется по аналогии «продавец — центральная сторона в договоре купли-продажи». Такое толкование и применение закона страны продавца закреплено в ст. 1211 ГК РФ: при отсутствии выбора права сторонами договора применяется право центральной стороны договора (кроме купли-продажи, в норме определена центральная сторона еще по 18 видам внешнеторговых сделок, например, в договоре залога центральной стороной является право страны залогодателя).

Формула прикрепления «закон страны продавца» закреплена в международных соглашениях. Гаагская конвенция 1986 г. устанавливает (ст. 8): если стороны не выбрали право, подлежащее применению к договору купли-продажи, то таким правом будет право государства, где продавец имел свое коммерческое предприятие в момент заключения договора. В Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям (1978) предусмотрено: если применимое право не было определено сторонами, применяется право государства, на территории которого в момент заключения агентского соглашения агент имел свое коммерческое предприятие или свое обычное место жительства.

3.6.5. Закон места совершения акта (*lex loci actus*)

Закон места совершения акта — родовая привязка формального и обязательственного статутов, которая предполагает применение права того государства, на чьей территории совершен юридический акт: «Юридические акты являются действительными в том, что касается формы, если выполняются условия, требуемые... системой места совершения акта» (ст. 37.1 Закона о МЧП Венесуэлы). Коллизионный принцип «закон места совершения акта» имеет обобщающий характер. Классический случай применения этой формулы прикрепления — разрешение коллизии законов, связанных с формой частного правового акта.

Закон места совершения акта регулирует формальный статус правоотношения — порядок подписания и форму сделки. Общепризнанное положение — форма сделки подчиняется праву того государства, на чьей территории она заключена: «Дарения между живыми регулируются... что касается формы, — законом места, в котором действие совершено» (ст. 1048 Кодекса Буркина-Фасо). Это правило применяется к форме как односторонних (завещание, доверенность), так и двусторонних (договор) сделок.

Частный случай понимания закона места совершения акта — специальная коллизионная привязка «закон *формы акта*» (*lex formati actus*), основанная на общем принципе права: место управляет актом (*loci regit actum*). Форма официального юридического акта регулируется правом того государства, на чьей территории этот акт имеет место: «Форма документов подчиняется законам места их составления» (ст. 969 ГК Ирана). Закон формы акта — это генеральная коллизионная привязка для определения действительности юридического акта с точки зрения формы. В большинстве современных правопорядков применение закона формы акта не имеет императивного характера. Формальный статут правоотношения альтернативно подчиняется закону места совершения акта; закону, регулиющему содержание акта; закону места жительства его составителей (ст. 11 ГК Греции, ст. 20 ГК Египта).

В англо-американской судебной практике «закон места совершения акта» считается исходным и основным началом при разрешении коллизионных вопросов о форме сделок. Американская доктрина подчеркивает альтернативное применение закона места совершения акта при решении вопросов о форме сделки.

Континентальное право и судебная практика признают принцип «закон места совершения акта» не как исходное (основное), а как субсидиарное начало при регламентации формального статута правоотношения. Генеральная коллизионная привязка формы договора — это право, применимое к договору: «1) Формальные требования к юридическому действию регулируются правом, применимым к совершению действия... 2) Форма, соответствующая праву места действия, является действительной, несмотря на положения предыдущего параграфа» (ст. 10 Закона о МЧП Японии). Когда предмет договора является вещное право на недвижимость, необходимо соблюдение императивных норм к форме, установленных в государстве места нахождения вещи, если согласно праву этого государства они должны быть применены независимо от места заключения договора и применимого к нему права (ст. 98.6 Кодекса МЧП Болгарии).

Пункт 1 ст. 1209 ГК РФ подчиняет форму сделки праву места ее совершения. Императивно установлено, что сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права. С первого взгляда складывается впечатление, что ст. 1209 представляет собой источник «хромяющих» отношений, — в России правоотношение порождает юридические последствия, а в государстве, на территории которого оно возникло, — нет. Однако аналогичные положения (правда, намного более удачные) закреплены в законодательстве и других государств: сделка, недействительная с точки

зрения формы по праву места ее совершения, признается действительной, если форма удовлетворяет требованиям права существа сделки, права места нахождения объекта сделки, права домицилия субъектов сделки (ст. 3109 ГК Квебека).

Возможность альтернативного определения действительности формы сделки по законодательству не только места ее совершения, но и в соответствии с требованиями других правовых систем основана на принципе «презумпция действительности договора» (*favour contractus*). Это положение призвано охранять интересы торгового оборота, защищать интересы «слабой стороны», обеспечить неотвратимость ответственности за нарушение контракта.

Пункт 2 ст. 1209 ГК РФ устанавливает императивную норму: примат российского права при регулировании формального статута внешнеторговой сделки, участником которой является российское лицо, — форма такой сделки подчиняется российскому праву независимо от места ее совершения. Обязанность соблюдения «особых требований» местного закона закреплено не только в российском законодательстве: «Когда обязательство предназначено для исполнения в Бразилии и зависит от особой формы, таковая должна быть соблюдена с допущением особенностей иностранного закона в отношении внешних условий действия» (ст. 9 ВЗ ГК Бразилии). Бразильский законодатель обязал стороны соблюдать «особую форму» обязательств, но при этом не декларировал императивный приоритет национального права. Представляется, что императив примата российской формы внешнеторговой сделки противоречит современным принципам коллизионного регулирования и осложняет правовую регламентацию внешнеторговых операций.

Форма «распоряжений на случай смерти» (завещание, акт его отмены, иные сделки «*mortis causa*») прежде всего регулируются личным законом наследодателя, и только во вторую очередь — правом того государства, где имело место такое распоряжение (ст. 26 ВЗ ГГУ). Итальянский законодатель на первое место поставил привязку к закону формы акта: форма завещания подчиняется праву места его составления либо личному закону наследодателя (ст. 48 Закона о МЧП Италии).

Закону формы акта подчиняются форма доверенности, срок ее действия и основания прекращения (ст. 34 Закона о МЧП Украины). Более современный подход подчиняет все вопросы доверенности (в том числе формальные) праву, избранному доверителем. Однако в отношении третьего лица, с которым представитель совершил сделку, можно ссылаться на избранное право, только если это лицо было осведомлено о выборе права либо имело возможность свободно узнать об этом. В отношениях с представителем доверитель вправе

ссылаться на избранное право, только если представитель был осведомлен о выборе права либо имел возможность легко узнать об этом (ст. 23, 25 Закона о МЧП Польши).

Основные виды общей формулы прикрепления «закон места совершения акта» — *закон места совершения обязательства (lex loci contractus)* и *закон места исполнения обязательства (lex loci solutions)*: «Для квалификации и регулирования обязательств применяется закон страны, в которой они возникли....» (ст. 9 ВЗ ГК Бразилии). Эти привязки имеют субсидиарный характер по отношению к автономии воли сторон при регулировании вопросов обязательственного статута отношения. Они используются только при отсутствии соглашения сторон о выборе права. Во всех иных случаях применение данных формул прикрепления прямо установлено законом (односторонние сделки, оборот ценных бумаг): «Односторонние обещания регулируются правом страны, на территории которой они были сделаны» (ст. 58 Закона о МЧП Италии).

Закон места совершения договора — одно из старейших коллизионных начал. В основном эта формула прикрепления характерна для стран англо-саксонской системы права, но применяется и в континентальной практике. В настоящее время привязка «закон места совершения договора» считается «жесткой», поэтому доктрина и практика идут по пути отказа от ее применения.

Отказ от применения данной формулы прикрепления связан с распространением заключения «договоров между отсутствующими». Понятие места заключения договора в континентальной и англо-американской правовых системах принципиально различно. В общем праве применяется «теория почтового ящика» (mail box theory): место заключения сделки — это место отправления акцепта. В континентальном праве закреплена «доктрина получения», т.е. место заключения сделки — это место получения акцепта: «Обязательство, проистекающее из договора, считается возникшим в месте, в котором имеет место пребывания делающая оферту сторона» (ст. 9 ВЗ ГК Бразилии).

Венская конвенция 1980 г. восприняла доктрину получения: договор считается заключенным в момент, когда акцепт оферты вступает в силу, т.е. в момент получения акцепты оферентом. В Конвенции участвуют и страны романо-германской системы права, и государства иных правовых систем (однако Великобритания не участвует).

Теория почтового ящика и доктрина получения несовместимы. С точки зрения разных правовых систем договор одновременно имеет два места заключения (место отправления акцепта и место его получения). Одна и та же коллизионная привязка — закон места заключения договора — получает различное толкование и приво-

дит к различным решениям в зависимости от того, какое содержание вкладывается в понятие «место заключения договора».

В отдельных государствах закон места заключения договора применяется в качестве субсидиарного альтернативного начала для решения коллизионных вопросов по обязательствам из договоров. Например, если стороны не выбрали компетентное право и договор не может быть локализован на основании характерного предоставления одной из сторон, то применяется закон места заключения договора (ст. 79 Закона о МЧП Румынии). Испанское законодательство содержит сложную соподчиненную коллизионную норму, устанавливающую возможность применения закона места заключения договора в качестве соподчиненной привязки четвертой степени (ст. 11.5 ГК Испании).

В вопросах договорной дееспособности существует давняя тенденция к расширению сферы применения обязательственного статута за счет сужения личного. Недееспособность лица по его личному закону не означает, что это лицо всегда будет признано недееспособным в месте заключения сделки. Интересам международного гражданского оборота не соответствует положение, когда иностранец может оспорить совершенную им сделку, ссылаясь на свою недееспособность по личному закону, если по закону места совершения договора такой иностранец обладает дееспособностью.

Законодательство и судебная практика большинства государств устанавливают, что иностранец, совершая определенные сделки, не может ссылаться на свою недееспособность по личному закону, если он дееспособен по закону места заключения сделки (Германия, Италия и Греция).

Закон места исполнения обязательства ранее считался одним из самых оптимальных вариантов регулирования вопросов обязательственного статута. В соответствии с этой коллизионной привязкой договорные отношения регулируются правом того государства, на территории которого договор подлежит исполнению. Закон места исполнения сделки применяется к тому же кругу правоотношений, что и закон места совершения сделки. По отношению к автономии воли сторон эта формула прикрепления имеет субсидиарный характер: «Если соглашение отсутствует, считается, что стороны руководствуются в отношении содержания и последствий своего обязательства законом того государства, в котором это обязательство должно исполняться» (ст. 19 Гражданского закона Латвии (1937)).

Привязка к закону места исполнения сделки в основном применяется к определенным видам обязательств, что прямо оговорено в законе:

— к договору строительного подряда и договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ применяется

право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты (п. 4 ст. 1211 ГК РФ);

— при исполнении агентского соглашения должно приниматься во внимание право места его исполнения (ст. 9 Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям);

— «к наличию и объему обязательств, основанных на ценных бумагах, применяется право места их исполнения» (ст. 27.1 Указа о МЧП Венгрии);

— «закон места исполнения применяется к тем способам выполнения (обязательства), которые требуют судебного или административного вмешательства» (ст. 10.10 ГК Испании).

В современной доктрине и практике принята более узкая трактовка места исполнения обязательства: это место фактической сдачи товара или товарораспорядительных документов, место совершения платежа: «Если стороны не договаривались об ином, к исполнению договора применяется право страны, в котором принимается выполненная по договору работа» (ст. 549.9 ГК Монголии).

3.6.6. Закон места совершения правонарушения (*lex loci delicti commissi*)

Закон места совершения правонарушения (закон места причинения вреда) — одна из старейших коллизионных привязок, применяемых для регулирования обязательственных отношений внедоговорного характера, вопросов причинения вреда. В доктрине эта формула прикрепления иногда рассматривается как частный случай общего коллизионного принципа «закон места совершения акта».

Закон места совершения правонарушения означает, что обязательства внедоговорного характера определяются правом того государства, на территории которого был причинен ущерб. Прежде всего данная привязка применяется для регулирования деликтных обязательств и определения деликтного статута правоотношения: «В сфере деликтных и квазиделиктных обязательств применимым является только закон места деликта или квазиделикта» (ст. 30 Ордонанса о МЧП Мадагаскара).

Вопросы деликтного статута в праве разных государств имеют различное решение — разный возраст деликтоспособности, различные основания ответственности, ее ограничения и освобождения от нее, разные способы возмещения вреда, объем и размер возмещения, бремя доказывания вины потерпевшего или деликвента, ответственность без вины, возмещение морального вреда. Наиболее сложная проблема — определение понятия «место совершения правонарушения».

В общем праве место причинения ущерба традиционно понимается как место совершения вредоносного деяния (действия или бездействия), в континентальном праве — как место наступления вредоносных последствий. В настоящее время законодательство и судебная практика идут по пути сочетания обоих начал, конструируя привязку «закон места причинения вреда» (*lex loci damni*). Правоприменительные органы государств — членов ЕС применяют толкование Европейского Суда по делу *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace* (1976): под местом причинения вреда следует понимать как место совершения действия, лежащего в основе деликта, так и место проявления вредных последствий.

В Преамбуле Регламента ЕС Рим II отмечается, что принцип «закона места совершения правонарушения» является основным решением в сфере внедоговорных обязательств почти во всех государствах — членах ЕС, но практическое применение этого принципа варьируется. Такая ситуация служит источником неопределенности в отношении применимого права. Привязка к стране, где расположено место наступления прямого вреда, создает справедливый баланс интересов потерпевшего и деликвента, соответствует современной концепции гражданско-правовой ответственности и развитию института ответственности без вины.

Во Втором своде законов о конфликтах законов США указано, что место причинения ущерба — это территория штата, в котором произошло последнее событие, необходимое для того, чтобы считать лицо ответственным за гражданское правонарушение. В американской доктрине господствует позиция, согласно которой должен применяться закон места обнаружения вредных последствий. Американские суды регулируют деликтные отношения в соответствии с правом, «свойственным данному деликту»: «Любой вопрос в деликтных или квазиделиктных обязательствах регулируется правом штата, устремлениями которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу» (ст. 3542 ГК штата Луизиана).

Статья 11 Закона Великобритании о МЧП (различные положения) (1995) устанавливает:

«(1) Общим правилом является то, что применимым правом является право местности, в которой события, составляющие рассматриваемые правонарушение или деликт, случились.

(2) В случае, когда составные части этих событий случились в различных местах, применимое по общему правилу право следует принимать как являющееся:

(а) для иска с основанием в отношении личного вреда, причиненного лицу, или смерти, вытекающей из личного вреда, — правом местности, где лицо находилось, когда оно понесло вред;

(b) для иска с основанием в отношении вреда имуществу — правом местности, где имущество находилось, когда оно было повреждено;

(с) в любом другом случае — правом местности, в которой случились наиболее значимые составная часть или составные части этих событий».

Подавляющее большинство современных национальных кодификаций МЧП придерживается комплексного подхода к определению места совершения правонарушения — это как место совершения вредоносного деяния, так и место наступления вредоносных последствий: «К месту совершения противоправного действия относится место осуществления противоправного действия и место, где наступают последствия такого действия. Если такие места не совпадают, суд может выбирать между правовыми системами, в них действующими» (п. 11 Руководящих указаний Верховного народного суда КНР по некоторым вопросам применения Общих положений гражданского права (1986)).

В основном привязка к праву места совершения вредоносного деяния является генеральной, а привязка к праву места наступления вредоносных последствий — субсидиарной: к противоправным действиям применяется закон того государства, в котором имел место юридический факт. Когда все или некоторые вредные последствия наступают в другом государстве, применяется право этого государства (Закон о МЧП Румынии). Есть и иное решение — Кодекс МЧП Болгарии в качестве генеральной устанавливает привязку к праву места наступления вредоносных последствий, а применение права места совершения деликта прямо не предусматривается (ст. 105).

В некоторых юрисдикциях применение права места наступления вреда обусловлено определенными обстоятельствами:

1) требованием потерпевшего: «Внедоговорная ответственность подчиняется закону государства, на территории которого произведено вредоносное действие. Однако если вред производится в другом государстве, по требованию потерпевшего лица применимым является право этого государства» (ст. 70 Кодекс МЧП Туниса);

2) соответствие интересам слабой стороны отношения: «Если для потерпевшего это является более благоприятным, применимым следует признать право того государства, на территории которого наступил ущерб» (ст. 33.2 Указа о МЧП Венгрии);

3) деликвент предвидел (должен был предвидеть) наступление вредных последствий на территории данного государства: «Если вредные последствия наступили в другом государстве и причинитель должен был предвидеть их наступление в этом государстве, применяется право государства, в котором наступили вредные последствия» (ст. 133.2 Закона о МЧП Швейцарии);

4) закон места наступления вредных последствий предусматривает ответственность за данное деяние, а закон места его совершения — нет: «Если закон места, где возник вред, возлагает на причинителя вреда ответственность, но ее не возлагает закон места совершения действия или бездействия, которое вызвало вред, применимым является первый закон, если причинитель должен был предвидеть наступление вреда в упомянутом месте» (ст. 2097 ГК Перу).

В настоящее время закон места совершения деликта оценивается как «жесткая» коллизионная привязка, и в практике большинства государств наблюдается тенденция к отказу от ее применения. Практически все государства законодательно закрепили «презумпцию общего гражданства или domicilia», — если потерпевший и деликвент имеют общее гражданство, место жительства или обычное место пребывания в одном и том же государстве, применяется право этого государства (Канада, Португалия, Китай, Италия).

Основной принцип современного разрешения внедоговорных обязательств — возможность выбора законодательства, наиболее благоприятного для потерпевшего (по инициативе суда или самого потерпевшего): «Обязанность возмещения вреда подчиняется: а) праву страны, более благоприятному для потерпевшего...» (ст. 42.1 Закона о МЧП Грузии). Варианты выбора в разных юрисдикциях: закон места совершения вредоносного деяния, закон места наступления вредоносных последствий, личный закон (гражданства или domicilia) потерпевшего или деликвента, закон общего гражданства или общего domicilia, закон суда, принцип тесной связи, автономия воли сторон.

Во многих странах внедоговорные обязательства подчиняются не только традиционным привязкам деликтных отношений, но и автономии воли сторон: «После наступления события, приведшего к возникновению внедоговорного обязательства, стороны могут избрать право, которое будет применяться к этому обязательству» (ст. 42 ВЗ ГГУ). Предусматривается и возможность применения права на основе принципа «существенно более тесной связи». Выбор права по деликтам на основе критерия «более прочной связи» закреплён в законодательстве Австрии, Болгарии и Эстонии.

В российском праве положения ст. 1219 ГК РФ устанавливают «цепочку» коллизионных норм, позволяющую применять систему «гибкого» регулирования деликтных отношений:

— к обязательствам из причинения вреда применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда;

— когда в результате такого действия или обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны,

если причинитель предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране;

— к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, применяется право этой страны. Если стороны не являются гражданами одной и той же страны, но имеют место жительства в одной и той же стране, применяется право этой страны;

— после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда.

Российское законодательство не предусматривает установление права, применимого к обязательствам внедоговорного характера, на основе принципа наиболее тесной связи. Автономия воли сторон допустима, но ограничена правом страны суда. Такое ограничение предусмотрено не только в отечественном праве, но и в других государствах (Швейцария, Тунис).

3.6.7. Закон валюты платежа и закон валюты долга (*lex monetae*)

В денежных обязательствах различаются понятия «валюта долга» (денежная единица, в которой произведен заем) и «валюта платежа» (денежная единица, в которой производится уплата долга). Это позволяет выражать денежное обязательство в иностранной валюте, международных денежных или расчетных единицах, условных денежных или расчетных единицах. Реальный платеж, направленный на погашение денежного обязательства, производится в национальной валюте, иной иностранной валюте либо международных денежных единицах.

Закон валюты платежа и закон валюты долга — специальные коллизионные привязки для урегулирования вопросов, возникающих по поводу содержания денежных обязательств. Данные формулы прикрепления выработаны в германской доктрине и практике и не являются общепризнанными коллизионными привязками. В российском праве этих привязок нет. Отечественная доктрина МЧП в принципе негативно оценивает применение валютных привязок, считая, что их нельзя рассматривать как коллизионные принципы.

В зарубежной доктрине и практике признается, что закон валюты платежа (валюты долга) может успешно применяться для определения валютного статута правоотношения. Суть валютной привязки — если сделка заключена в определенной иностранной валюте, то во всех валютных вопросах она подчинена правопорядку того государ-

ства, которому принадлежит данная валюта: «Валюта платежа определяется правом государства, ее выпустившего» (ст. 126.1 Закона о МЧП Румынии).

Закон валюты платежа (валюты долга) связан с принципом номинализма, — содержание денежного обязательства, выраженного в определенной валюте, неизменно по своей сумме, невзирая на любые изменения в покупательной способности денег. Принцип номинализма ранее был закреплен в законодательстве и практике всех государств, и его всеобщий характер исключал возникновение коллизионных проблем. С начала XX в. в контракты стали включаться условия, направленные на то, чтобы гарантировать кредитору стабильность денежного содержания платежей. Первым подобным условием стала «золотая оговорка»: обязательство уплатить долг в сумме, эквивалентной определенному количеству золота указанных веса и пробы. В связи с этим возникли коллизионные проблемы подчинения денежных вопросов обязательств закону валюты долга.

«Золотая оговорка» широко применялась в первой половине XX в.: в 1920-х гг. США регулярно выпускали облигации с условием уплаты в денежных знаках, эквивалентных на момент платежа указанной в обязательстве сумме золотых долларов определенного веса и пробы. Однако «золотая оговорка» не стала эффективным способом гарантии ценностного содержания денежного обязательства, — действие оговорки может обесцениваться законом или судебной практикой, если валюта данной страны обесценивается вследствие отхода от золотого стандарта, девальвации или перехода к бумажному денежному обращению.

Закон США об аннулировании золотой оговорки (1933) установил отход доллара от золотого паритета и объявил, что все денежные обязательства в золотых долларах погашаются бумажными долларами по номиналу доллар за доллар; золотая оговорка была аннулирована и запрещена. К тому времени американская валюта широко использовалась в международных расчетах, поэтому в судебной практике европейских стран (Великобритания, Франция, Скандинавские страны) возникли коллизионные вопросы о применении к долгам, выраженным в золотых долларах, американского законодательства.

Английская судебная практика признала применение коллизионной валютной привязки. В решениях английских судов зафиксировано, что подчинение обязательства валюте определенного государства предполагает применение к вопросам денежного содержания этого обязательства законов того государства, которому принадлежит данная валюта. Практика французских судов продемонстрировала принципиально иной подход. Решения французских судов устанавливали, что по долгу, выраженному в золотых долларах, нет

оснований признавать аннулирование золотой оговорки в соответствии с Законом США 1933 г., если только общим статутом обязательства не является право США. Французские суды применяли привязку не к закону валюты долга (в данной ситуации — именно валюта долга, а не платежа), а к закону, которому подчинено обязательство в целом; привязка к закону валюты долга признания не получила.

Вопрос о платежном соотношении старой и новой денежных единиц может быть решен только законом того государства, которому принадлежит данная валюта; право других государств не содержит ответа на этот вопрос. Валютные изменения конкретного государства должны признаваться в других странах по всем долгам, выраженным в валюте такого государства. Таким образом, денежное содержание обязательств (и все вопросы его изменения) автоматически подчиняются закону валюты долга.

Закон валюты долга (валюты платежа) используется для локализации договора, установления его наиболее тесной связи с правом определенного государства. Выражение суммы долга в иностранной валюте в совокупности с другими условиями сделки (место исполнения указано в государстве валюты долга; сделка подчинена юрисдикции данного государства) могут показывать намерение сторон подчинить свою сделку в целом правопорядку этого государства.

Законодательство отдельных государств закрепляет коллизионную привязку «закон валюты платежа»: «К денежной единице применяется право государства эмиссии» (ст. 147.1 Закона о МЧП Швейцарии).

В Великобритании в случаях, «когда судебное решение выносится в отношении суммы, выраженной в валюте иной, чем стерлинги... суд может распорядиться о том, что процентная ставка, применимая к долгу, будет такой ставкой, какую суд сочтет надлежащей» (ст. 1 Закона о МЧП Великобритании). Вопросы денежного содержания обязательства, выраженного в иностранной валюте, решаются на основе судебного усмотрения. Суд вправе применить к данному вопросу не только английское право, но и право того государства, в чьей валюте заключено обязательство.

3.6.8. Закон суда (*lex fori*)

Закон страны суда — привязка односторонней коллизионной нормы, означающая применение «местного» права, права того государства, чей суд рассматривает дело. Правоприменительные органы государства должны руководствоваться правом своей страны, несмотря на то, что правоотношение связано с иностранным правопорядком. Коллизионный вопрос решается в пользу права того государства, на территории которого рассматривается частноправовой спор.

Закон страны суда — широко распространенная в практике формула прикрепления.

Изначальный текст ФГК содержал только односторонние коллизионные нормы и во всех случаях предусматривал применение исключительно права страны суда. В практике английских судов до недавнего времени разрешение спора на основе закона суда являлось общим правилом, а применение иностранного права — исключением.

В современном законодательстве (в том числе отечественном) формулировка «право страны суда» применяется довольно редко. Имеет место тенденция заменять этот термин выражением «монгольское право», «швейцарское право», «российское право». Смысл подобной замены неясен, и такая терминология не может быть признана удачной, поскольку ассоциируется с «юридическим национализмом». Существует общий коллизионный принцип «право страны суда», предполагающий применение национального права (если дело слушается в российском суде, то, соответственно, применяется российское право).

При определении права, подлежащего применению к частноправовым отношениям, связанным с иностранным правовым порядком, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с «местным» правом, если иное не предусмотрено законом (п. 1 ст. 1187 ГК РФ; ст. 3.1 Указа о МЧП Венгрии). В законодательстве большинства государств предусмотрено, что если «в разумные сроки» не удалось установить содержание иностранного права, суд решает дело на основании своего национального права: «Если судье... не удалось установить содержание иностранного права, применяется право, избранное с помощью иных сходных критериев... При их отсутствии применяется итальянское право» (ст. 14.2 Закона о МЧП Италии).

Как правило, национальное право применяется при решении вопросов ограничения и лишения дееспособности, безвестного отсутствия и объявления умершими иностранных физических лиц, расторжения брака: «Условия и юридические последствия объявления лица безвестно отсутствующим определяются по швейцарскому праву» (ст. 41.3 Закона о МЧП Швейцарии).

Терминология «право страны суда» используется главным образом в специальном законодательстве. В соответствии со ст. 424 КТМ РФ к возникновению морского залога на судно и очередности удовлетворения требований, обеспеченных таким залогом, применяется закон государства, в суде которого рассматривается спор. Закон КНР о морской торговле (1992) предусматривает применение права «места нахождения суда, рассматривающего дело»:

— к связанным с судном привилегированным требованиям;

— к возмещению ущерба, возникшего в результате столкновения судов в открытом море;

— к пределам ответственности за возмещение убытков на море.

Большинство национальных кодификаций МЧП предусматривает применение права страны суда в качестве альтернативной формулы прикрепления в двусторонних коллизионных нормах: например, в отношении обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения, стороны могут договориться о применении права страны суда (ст. 1223 ГК РФ). В современном законодательстве коллизионная привязка к праву страны суда имеет субсидиарный характер. После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда (ст. 132 Закона о МЧП Швейцарии).

Отсылка к закону суда привлекательна для правоприменительных органов, — она позволяет на законных основаниях применять местное право, что значительно упрощает и ускоряет процесс. Однако применение закона суда фактически не учитывает наличие иностранного элемента в правоотношении, может привести к извращению его содержания, некорректному разрешению спора, самое главное — к отказу за рубежом в признании и исполнении судебного решения.

Общепризнанная сфера действия закона суда — это МГП. Однако в настоящее время в международных договорах и национальных законах закрепляется возможность применения иностранного процессуального права при исполнении иностранных судебных поручений, признании и принудительном исполнении иностранных судебных решений, определении гражданско-процессуального статуса лиц.

3.6.9. Закон флага (*lex flagi, lex banderae*)

Коллизионный принцип «закон флага» представляет собой трансформацию привязки «личный (национальный) закон» применительно к воздушным и водным судам, космическим объектам: «Национальность морских судов определяется корабельным патентом, регистрационным свидетельством и флагом в качестве внешнего отличительного признака» (ст. 274 Кодекса Бустаманте). Правовой статус таких объектов регулируется законодательством государства, чей флаг несет воздушное или водное судно. Основная сфера применения закона флага — международные морские, речные и воздушные перевозки, торговое судоходство и мореплавание.

В некоторых случаях закон флага используется как привязка к закону места совершения акта: «Закон флага морского или реч-

ного судна или закон того государства, в котором было зарегистрировано воздушное судно, применяется к юридическим фактам и действиям, совершенным на борту, если в силу своего характера они регулируются законом места их совершения» (ст. 139 Закона о МЧП Румынии).

Закон флага применяется для решения следующих вопросов:

- полномочия, компетенция, права и обязанности капитана или командира судна;
- договор найма членов экипажа;
- ответственность судовладельца или авиапредприятия за действия командира (капитана) и экипажа;
- обязанности членов экипажа и внутренний судовой распорядок;
- вещные и обеспечительные права на суда;
- морская ипотека, привилегии и гарантии вещного характера;
- формы регистрации актов, на основании которых возникают, передаются или прекращаются вещные и обеспечительные права на суда;
- права кредиторов после продажи судна и погашение этих прав.

В КТМ РФ большое количество норм построено на основе применения закона флага: правовое положение членов экипажа, отношения между судовладельцами и членами экипажа (ст. 416), право на имущество, находящееся на затонувшем судне в открытом море (ст. 417), отношения, возникающие из столкновения судов, плавающих под флагом одного государства (ст. 420), распределение вознаграждения при осуществлении спасательных операций (ст. 423).

Водные и воздушные суда, космические объекты представляют собой «условную территорию», «условную недвижимость» государства флага, поэтому большинство отношений, возникающих на борту любых судов, в первую очередь предполагают применение именно закона флага: «Нормы относительно национальности... морских и воздушных судов относятся к международному публичному порядку» (ст. 283 Кодекса Бустаманте).

3.7. Закон автономии воли сторон (закон, избранный сторонами правоотношения, оговорка о применимом праве — *lex voluntatis*)

Закон автономии воли сторон — это основная коллизионная привязка по всем договорным обязательствам (торговым контрактам, договору перевозки, брачному контракту, трудовому контракту).

В Преамбуле Рим I (ст. 11) говорится: «Свобода сторон выбирать подлежащее применению право должна выступать одним из краеугольных камней системы коллизионных норм в области договорных обязательств». Автономия воли — самая «гибкая» коллизионная норма. Право сторон самим избрать применимое законодательство закреплено в судебной практике и законах практически всех государств. Автономия воли предопределяет диспозитивный характер коллизионной нормы, максимальную свободу сторон на выбор модели поведения (в том числе относительно выбора законодательства).

Принцип автономии воли занимает центральное место в национальных правовых системах; иные коллизионные привязки имеют вспомогательный характер и используются только при отсутствии выбора применимого права сторонами договора: «Договорные обязательства регулируются законом места жительства... договаривающихся сторон... законом места, где договор был заключен. Все это действует, если только стороны не договорятся» (ст. 19 ГК Египта).

Автономия воли играет в МЧП тройную роль — это источник МЧП, его основной специальный принцип и одна из коллизионных привязок. В случае применения автономии воли как коллизионной привязки суд при выборе права руководствуется намерением сторон, совершивших сделку.

Автономия воли сторон относительно выбора применимого права не может иметь неограниченный характер. Общий подход англо-американской системы права (решение по делу *Vita Food Products Inc v. Unus Shipping Co. Ltd*, 1939) — выбор права субъектами сделки должен быть добросовестным и законным. ГК штата Луизиана устанавливает (ст. 3540): «Вопросы договорных обязательств регулируются правом, избранным сторонами, или правом, на которое стороны ясно полагались, но исключительно в той мере, в какой это право не нарушает публичный порядок штата, чье право являлось бы иначе применимым».

Основные ограничения автономии воли сторон:

- выбор сторонами применимого к договору права не должен противоречить публичному порядку государства, на территории которого реализуется автономия воли;

- выбор сторонами применимого к договору права не должен быть сделан с целью обхода закона, т.е. с целью исключить применение к договору императивных норм (в том числе императивных коллизионных норм) той национальной правовой системы, отказ от использования которой стороны сформулировали посредством автономии воли;

- если договор наиболее тесно связан с правом другой страны, то выбор сторонами права не должен наносить ущерба применению

норм права этой другой страны, от которых не разрешается отступать посредством соглашения.

Одной из попыток ограничить автономию воли является теория, согласно которой автономия воли должна быть обусловлена наличием правопорядка, в пределах которого она допустима. Такая позиция была выражена в первой половине XX в. в законодательстве государств германской подсистемы континентального права¹. Суд прежде всего должен установить первичный статут правоотношения, т.е. по объективным признакам (независимо от воли сторон) определить, какое законодательство подлежит применению. При этом судья руководствуется коллизионными нормами своего национального права, как если бы стороны не выбрали применимого материального права. Затем суд обязан решить, не «наталкивается» ли автономия воли сторон на принудительные (императивные) нормы установленного судом первичного статута. Таким образом, *lex voluntatis* находится в прямой зависимости от *lex causae*. Эта теория до настоящего времени применяется в австрийских, немецких и швейцарских судах. В законодательстве большинства других государств предусмотрено, что если сделка имеет реальную связь с правом одного государства, а стороны выбрали право другой страны, то автономия воли не должна нарушать императивные нормы правопорядка, с которым правоотношение наиболее тесно связано (ст. 7.3 кн. 10 ГК Нидерландов).

Как коллизионная привязка автономия воли ранее применялась только к обязательственному статусу правоотношения. В настоящее время право, избранное сторонами, может определять формальный, вещный, деликтный и иные статусы отношения: «Условия формы правовой сделки устанавливаются законом, применимым к ее содержанию» (ст. 71 Закона о МЧП Румынии); «Влияние изменения стоимости валюты на размер обязательства определяется на основании права, применимого к такому обязательству» (ст. 38 Закона о МЧП Польши).

Законодательство некоторых государств ограничивает пространственные пределы автономии воли — стороны могут сделать выбор в пользу только той правовой системы, с которой правоотношение реально связано. Такой подход демонстрирует американская судебная практика. Верховный суд США в решении по делу *Allstate Insurance Co. v. Hague* сформулировал, что для признания законным выбора материального права какого-либо штата необходимо, чтобы этот штат имел «существенную связь» или «существенную совокупность связей», создающую интерес данного штата таким образом,

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

чтобы выбор его права не являлся ни произвольным, ни явно несправедливым.

Большинство стран предусматривает возможность неограниченного выбора права сторонами; даже приветствуется выбор права «нейтрального» государства (с которым сделка никак не связана). Презюмируется, что выбор такого права априорно ставит стороны в равное положение, поскольку право «третьей» страны в равной степени неизвестно сторонам. Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам (1994), устанавливает, что в качестве применимого права стороны могут избрать право любого государства, даже не являющегося участником Конвенции (принцип «универсальности»). Такая же позиция отражена и в регламентах ЕС, регулирующих вопросы права, применимого к обязательственным отношениям. Аналогичный подход закреплен в российском законодательстве. Судебная и арбитражная практика также признает действительным выбор сторонами права, не связанного с договором.

Право, избранное сторонами, представляет собой общий статут договора и регулирует:

- порядок заключения договора;
- действительность договора, основания его недействительности;
- права и обязанности сторон;
- толкование договора;
- приведение договора в исполнение;
- ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора;
- прекращение договора.

Регламент Рим I в ст. 3 «Свобода выбора» устанавливает, что договор регулируется правом, выбранным сторонами. Выбор должен быть прямо выражен или определенно вытекать из положений договора либо из обстоятельств дела. Посредством выбора стороны могут указать применимое право для договора в целом или для его отдельной части. Стороны в любое время могут прийти к соглашению, что договор будет регулироваться иным правом, чем то, которое регулировало его согласно предшествующему выбору. Любое изменение в определении применимого права, которое происходит после заключения договора, не должно затрагивать формальную действительность договора и наносить ущерб правам третьих лиц.

Право сторон договора на выбор применимого правопорядка закреплен в ст. 1210 ГК РФ. Положения этой нормы позволяют определить основное содержание принципа автономии воли:

- выбор применимого права может быть сделан при заключении договора или в последующем;

— избранное право может касаться всего договора или отдельных его частей;

— выбор применимого права должен быть явно выражен или определенно вытекать из условий договора и обстоятельств дела;

— выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу;

— выбор сторонами подлежащего применению права считается действительным, без ущерба для прав третьих лиц, с момента заключения договора.

Российский законодатель установил ограничение применения автономии воли в отдельных договорных отношениях, связанных с иностранным правом порядком. Выбор применимого права исключается в договорах о создании юридического лица с иностранным участием (ст. 1214 — применяется право страны, в которой согласно договору подлежит учреждению юридическое лицо); в договорах в отношении находящихся на территории РФ земельных участков, участков недр и иного недвижимого имущества (п. 2 ст. 1213 ГК РФ — применяется российское право).

Общепризнанная позиция современной западной доктрины и практики — субъекты всех договоров обладают автономией воли и вправе избрать иностранное право для регулирования «национальных» договорных отношений. В отечественной доктрине высказывается точка зрения, что правила ст. 1210 ГК РФ распространяются на «российские» договоры; российские лица могут подчинить любую сделку (в том числе не связанную с иностранным правом порядком) законодательству другого государства. С точки зрения интересов международного оборота эта позиция представляется оптимальной. Однако необходимо отметить, что вряд ли выбор иностранного права в качестве применимого к «внутренней российской» сделке будет признан правоприменительными органами РФ.

Положения ст. 1210 включены в разд. VI ГК РФ «Международное частное право». Сфера действия норм этого раздела определена в ст. 1186: гражданско-правовые отношения, осложненные каким-либо иностранным элементом. Право свободного выбора применимого к сделке законодательства другого государства принадлежит только субъектам гражданско-правовых договоров, имеющих объективную связь с иностранным правом порядком. Исключение могут составлять Интернет-договоры.

Отдельные национальные кодификации содержат прямой запрет выбора права сторонами отношения, не связанного с иностранным правом порядком: «Выбор права не осуществляется, если отсутствует иностранный элемент в правоотношениях» (ст. 5 Закона о МЧП Украины).

В отсутствие соглашения сторон о применимом праве российский суд разрешает спор на основе предписаний ст. 1211 ГК РФ, — к договору применяется право страны, с которым договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которым договор наиболее тесно связан, считается право того государства, на чьей территории находится место жительства или основное место деятельности центральной стороны правоотношения (контрагента, чье исполнение имеет решающее значение для содержания договора). В ст. 1211 ГК РФ перечислено 26 разновидностей гражданско-правовых контрактов, и по каждому определена субсидиарная коллизионная привязка, устанавливаемая на основе критерия реальной связи. Коллизионный вопрос в отношении договоров, не перечисленных в ст. 1211, решается по аналогии закона.

В судах западных государств (Великобритания, Франция, Австрия, США) при отсутствии в договоре оговорки о применимом праве устанавливается «гипотетическая», «подразумеваемая» воля сторон. Суд сам определяет, право какого государства стороны хотели бы применить к спорному отношению. Для установления «подразумеваемой воли сторон» используются критерии «локализации» договора; «справедливости»; «доброго, заботливого хозяина», «разумного» человека; тесной, реальной, разумной связи применимого права с конкретным фактическим составом. В западной доктрине и практике разработана «теория презумпций»: кто выбрал суд (арбитраж), тот выбрал право; закон, свойственный данному договору; общее гражданство (домицилий) сторон; право учреждения, обслуживающего клиентов в массовом порядке.

Презумпция «кто выбрал суд, тот выбрал право» используется не только для установления «подразумеваемой» воли сторон, но и как обстоятельство, свидетельствующее, что выбор права явно вытекает из условий договора. Например, ст. 12 Преамбулы Рим I устанавливает: «Соглашение между сторонами, направленное на предоставление одному или нескольким судам государства-члена исключительной юрисдикции по рассмотрению возникающих на основании договора споров, должно служить одним из факторов, который надлежит принимать во внимание для установления того, был ли выбор права явно выражен».

Отыскание закона, свойственного данному договору («собственное право контракта» — *the proper law of the contract*), представляет собой своеобразный прием разрешения коллизионных вопросов, выработанный в английской судебной практике. Английский суд пользуется принципом автономии воли как юридико-техническим приемом для того, чтобы путем отыскания «подразумеваемой» воли «разумного человека», «скрытых намерений сторон» решить

коллизионный вопрос применительно только к данному правоотношению, без создания прецедента. «Собственное право контракта» понимается как совокупность договорных условий и фактических обстоятельств, свойственных только данному договору, регулирующие определенные отношения между конкретными субъектами в конкретных фактических обстоятельствах. В английской доктрине утверждается, что «исследование намерений сторон на деле является исследованием не действительных намерений X и A, ибо таких намерений, возможно, на деле вовсе не существовало, а исследованием воли, которую выразили бы разумные люди, если бы они находились в положении X и A и если бы внимание таких разумных людей было обращено на обстоятельства, на которые X и A не обратили внимания»¹.

В настоящее время наблюдается процесс унификации коллизионного принципа автономии воли, например, в Гаагской конвенции 1986 г. установлено (ст. 7):

— договор купли-продажи регулируется правом, избранным сторонами;

— соглашение о выборе права должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и поведения сторон;

— выбор права может быть ограничен частью договора;

— стороны в любое время могут договориться о подчинении договора в целом или его части какому-либо иному праву, помимо права, ранее избранного сторонами как применимого к договору;

— любое изменение сторонами применимого права, имевшее место после заключения договора, не должно причинить ущерб действительности договора или правам третьих лиц.

В Регламенте Рим II закреплено: «Стороны могут выбирать право, подлежащее применению к внедоговорному обязательству: а) посредством соглашения, заключаемого ими после того, как произошел юридический факт, влекущий наступления вреда; б) когда все стороны занимаются коммерческой деятельностью, — также посредством соглашения, свободно заключаемого ими до того, как произошел юридический факт, влекущий наступление вреда. Данный выбор должен быть прямо выражен или определенно вытекать из обстоятельств дела и не наносить ущербам правам третьих лиц» (ст. 14 «Свобода выбора»).

Межамериканская конвенция 1994 г. подчеркивает: автономия воли сторон — это основа решения коллизионной проблемы. Возможен как прямо выраженный, так и подразумеваемый выбор права. Выбор права может относиться не только к контракту в целом,

¹ Dicey A. Conflict of Law. N.Y., 1932.

но и к его отдельной части. Для разных частей контракта допускается выбор различных правопорядков.

3.8. Закон наиболее тесной связи (*lex connectionis fermitatis*, the law of the real connection)

Закон наиболее тесной связи означает применение права того государства, с которым частное правоотношение наиболее тесно связано. Несмотря на неопределенность содержания и трудность правоприменения, эта формула прикрепления получает все большее распространение. Современное МЧП стремится к установлению максимально гибких критериев определения применимого права. Применение права того государства, с которым отношение наиболее тесно связано, представляет собой наиболее яркий пример проявления этой тенденции¹.

Наиболее тесная связь — абстрактный, «каучуковый» критерий, содержание которого может трактоваться принципиально различным образом. Подходы для определения какого-либо объективного критерия при установлении применимого права были обозначены в XIX столетии в «доктрине Савиньи» — отыскание для каждого юридического отношения той правовой сферы, к которой это отношение принадлежит по своей природе. Любая коллизионная норма отвечает на вопрос, «какой из разноместных... материальных законов применяется к данной категории правоотношений... ответ этот дается признанием обязательной силы за тем из законов, с которым данная категория правоотношения... всего теснее связана»². В процессе создания коллизионных норм законодатель должен определить — «к какому из двух законодательств правоотношение тянется сильнее»³.

Формула прикрепления к закону наиболее тесной связи сложилась в англо-американской доктрине и практике. Критерий наиболее тесной связи устанавливается посредством теории презумпций. В современной английской доктрине принцип тесной связи выражается в теории намерения и теории локализации. Теория намерения — правом, свойственным договору, является право, применение которого входило в намерение сторон. Теория локализации — пра-

¹ Кабатова Е. В. Новое коллизионное регулирование в проекте Гражданского кодекса // Журнал международного частного права. 1996. № 4.

² Нольде Б. Э. Очерк международного частного права / Лист. Ф. Международное право в систематическом изложении. Юрьев, 1909.

³ Брун М. И. Международное частное право: Курс, читанный в Московском коммерческом институте, 1910/11. М., 1911.

вом, свойственным договору, является право, в котором в максимальной степени группируются основные элементы договора.

В законодательстве (ст. 1-105 ЕТК США) и судебной практике США критерий наиболее тесной связи ограничивает пределы автономии воли и служит признаком для локализации договора при отсутствии выбора права сторонами. В американском конфликтном праве «наиболее тесная связь» определяется весьма своеобразно: «Любой вопрос в деле, имеющем связи с другими штатами, регулируется правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу. Этот штат определяется посредством оценивания силы и уместности имеющих отношение к делу устремлений всех вовлеченных штатов» (ст. 3515 ГК Луизианы). Схожая практика имеет место и в английских судах.

Германская доктрина права исходит из того, что правом, свойственным договору, является право, выбранное сторонами. При этом необходимо определить и правовую систему, которая имеет объективную и наиболее тесную связь с договором. Если выбор применимого права сторонами не сделан, применяется право, определяемое в соответствии с предписаниями Регламента Рим I (ст. 3.1.b ВЗ ГГУ).

В отечественной доктрине существует концепция, согласно которой принцип тесной связи имеет не столько коллизионную природу, сколько отражает сущность и природу МЧП: «Принцип наиболее тесной связи выступает как общий принцип, а не как результат применения коллизионной нормы... Если сравнить структуру обычной коллизионной нормы с привязкой “тесная связь”, то следует признать, что “тесная связь” очень мало на нее похожа. Привязка коллизионной нормы указывает на конкретную правовую систему, подлежащую применению. Если законодатель или практика отсылает к праву страны, с которой правоотношение тесно связано, то указание на конкретную правовую систему отсутствует. Применимое право должно быть определено судом или арбитражем. Подобный процесс коренным образом отличается от действия обычной коллизионной нормы. Это позволяет утверждать, что установление тесной связи — не результат применения коллизионной нормы, а результат применения общего принципа, используемого в современном МЧП»¹.

Большинство представителей российской доктрины подчеркивают коллизионную природу принципа тесной связи: «Следует заметить, что значение “гибкой” коллизионной нормы, отсылающей к праву страны, с которым отношение наиболее тесно связано, пере-

¹ Кабатова Е. В. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве // Международное частное право: современная практика : сб. статей / под ред. М. М. Богуславского и А. Г. Светланова. М., 2000.

росло рамки “рядового” коллизионного правила... Указанный принцип приобрел “статус” одного из основных коллизионных начал»¹. «Закон наиболее тесной связи становится главной, приоритетной коллизионной привязкой в отношении договорных обязательств после закона автономии воли»².

Принцип тесной связи (как и автономия воли) не может быть оценен однозначно. Структура коллизионной нормы с привязкой «выбор права сторонами договора» тоже мало похожа на структуру обычной коллизионной нормы. В данном случае также отсутствует указание на конкретную правовую систему. Применимое право установлено не законодателем, а сторонами договора. Подобный процесс также коренным образом отличается от действия обычной коллизионной нормы. Однако автономия воли не теряет свое качество коллизионной привязки, одновременно являясь источником МЧП и его главным специальным принципом.

В некоторых кодификациях МЧП критерий наиболее тесной связи используется в качестве общего подхода, общего коллизионного начала для регулирования всех частноправовых отношений, связанных с иностранным правовым порядком (ст. 41 ГК Португалии; ст. 1 Закона о МЧП Австрии). «Применение иностранного права исключено, если при учете всех обстоятельств судебного дела подлежащее применению право не обнаруживает никакой связи с судебным делом или частью судебного дела и наиболее тесная связь обнаруживается с правом другого государства» (ст. 1.11. ГК Литвы (2001 в ред. 2009)).

Во многих современных национальных кодификациях МЧП принцип наиболее тесной связи закреплен как коллизионная привязка, и установлены критерии определения права, наиболее тесно связанного с договором. Закон о МЧП Швейцарии определяет такой правовой порядок, как право государства, в котором сторона, обязанная совершить предоставление, определяющее существо обязательства, имеет место обычного пребывания (критерий «характерного предоставления»). Аналогичный подход закреплен в законодательстве Лихтенштейна, Квебека, Австралии.

Анализ нормативных актов и сравнение начала наиболее тесной связи с началом автономии воли сторон позволяют утверждать, что понятие «тесная связь» выступает в МЧП в двойственном качестве. Наиболее тесная связь одновременно является и коллизионной привязкой, и специальным принципом МЧП. В качестве коллизионной привязки правильнее говорить не о принципе, а о законе наиболее тесной связи.

¹ Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

Коллизионная привязка к закону наиболее тесной связи закреплена во многих международных соглашениях — в Конвенции о юрисдикции, применимом праве и признании решений об усыновлении (1965), Конвенции о кодексе поведения линейных конференций (1974), Конвенции о праве, применимом к режимам собственности супругов (1978).

Самым детальным и подробным образом закон наиболее тесной связи был определен в Римской конвенции 1980 г. (ст. 4): если стороны не выбрали применимое право, то им будет право того государства, с которым договор наиболее тесно связан. Наиболее тесная связь определялась посредством презумпций, основанных на концепции «характерного исполнения» (*characteristic performance*). Генеральная (общая) презумпция — договор наиболее тесно связан с правопорядком, в котором сторона, осуществляющая характерное исполнение, имеет в момент заключения договора свое обычное местожительство или местонахождение административного центра. Правопорядок, к которому принадлежит сторона договора, осуществляющая характерное исполнение, определяется посредством частных презумпций. Например, в сфере профессиональной предпринимательской деятельности — это страна места нахождения основного коммерческого предприятия стороны, осуществляющей такое исполнение.

Римская конвенция 1980 г. трактовала принцип тесной связи в свете концепции «характерного исполнения» и одновременно закрепляла самое гибкое понимание этого принципа, — в случае невозможности применить нормативно закрепленные презумпции применяется право страны, определяемое из обстоятельств дела: «... Если из обстоятельств дела в целом явствует, что договор имеет наиболее тесную связь с иной страной, чем вышеизложенные правила, то эти правила не применяются».

Регламент Рим I, заменивший Римскую конвенцию (в отношениях между всеми странами — членами ЕС, кроме Дании), предусматривает применение закона наиболее тесной связи как субсидиарную коллизионную привязку второй степени. Автономия воли сторон является генеральной коллизионной привязкой. При отсутствии выбора права применяется право страны, где находится обычное место жительства стороны, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (субсидиарная коллизионная привязка второй степени). В ст. 4 Регламента закреплены критерии выбора права для отдельных видов договоров:

- договор купли-продажи товаров регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства продавец;

- договор оказания услуг регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства поставщик услуг;
- договор, имеющий предметом вещное право на недвижимое имущество или аренду недвижимого имущества, регулируется правом страны, где находится недвижимое имущество;
- договор коммерческой концессии регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства правообладатель;
- договор о сбыте продукции регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства сторона, осуществляющая сбыт;
- договор купли-продажи товаров на аукционе регулируется правом страны, где имеет место купля-продажа на аукционе, если это место может быть определено.

В случае невозможности применить нормативно закрепленные частные презумпции договор регулируется правом страны, где находится обычное место жительства стороны, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (общая презумпция).

Применение закона наиболее тесной связи позиционируется в Рим I как «условие об изъятии». Если из обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной, чем та, которая может быть определена посредством частных или общей презумпций, то применяется право этой другой страны. Если применимое право не может быть определено перечисленными способами, то договор регулируется правом страны, с которой он имеет наиболее тесные связи. В Преамбуле Рим I говорится, что суды должны располагать определенной свободой усмотрения в целях установления права, которое имеет наиболее тесные связи с ситуацией. В частности, следует учитывать наличие тесных связей договора с другими договорами.

Принцип наиболее тесной связи на универсальном уровне был воспринят уже Венской конвенции 1980 г.: если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, ее коммерческим предприятием считается то, которое имеет наиболее тесную связь с договором и его исполнением (ст. 10). В международных соглашениях, принятых в конце 1980-х гг., разработаны различные виды генеральных презумпций для определения применимого права на основе принципа тесной связи:

— деловые отношения между сторонами (ст. 8 Гаагской конвенции 1986 г.);

— обстоятельства, известные сторонам или предполагаемые ими в тот либо иной момент до заключения или при заключении договора (ст. 3 Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге).

Большинство национальных кодификаций МЧП восприняло концепцию «характерного исполнения» так, как она была закреплена в Римской конвенции 1980 г. Применяется презумпция: договор наиболее тесно связан с тем правопорядком, на территории которого сторона, осуществляющая характерное исполнение, имеет свое обычное место жительства (для физических лиц) или место нахождения органа управления (для юридических лиц) либо основное место коммерческой деятельности (ст. 62 Кодекса МЧП Туниса; ст. 44 Закона о МЧП Украины).

В отечественной доктрине высказывается точка зрения, что в коллизионной привязке к закону наиболее тесной связи сконструированы три основных условия (частные презумпции)¹:

1) содержательное условие презумпции определяет в качестве квалифицирующего признака осуществление исполнения, являющегося характерным для данного договора;

2) субъектное условие презумпции состоит в связи с правом стороны, осуществляющей характерное исполнение;

3) временное условие включает связь с той страной, в которой сторона имеет в момент заключения договора свое обычное место жительства или административный центр.

Основанием презумпции принципа тесной связи является связь существа обязательства с его стороной, которая совершает характерное исполнение. Характерное исполнение — это совершение предоставления, определяющего существо обязательства. Данный критерий предполагает применение права, регулирующего основу правоотношения (закон существа сделки — *lex causae*). Привязка к закону существа обязательства закреплена в ГК Перу, в законах о МЧП Швейцарии, Украины, Польши. В российском законодательстве закон существа отношения сформулирован как право, подлежащее применению к соответствующему отношению (ст. 1208, 1218 ГК РФ).

В отечественном законодательстве формула прикрепления к закону тесной связи закреплена в п. 2 ст. 1186 ГК РФ: «... Применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано». Закон наиболее тесной связи применяется:

— если применимое право невозможно определить в соответствии с международными договорами, обычаями и законодательством РФ (п. 2 ст. 1186);

¹ Кудашкин В. В. Принцип тесной связи в международном частном праве: теория и практика // Законодательство и экономика. 2004. № 9.

— если невозможно определить применимое право в соответствии с правом страны, в которой действует несколько правовых систем (ст. 1188);

— если стороны не выбрали право, применимое к договору (ст. 1211, ст. 1213).

Понятия «закон наиболее тесной связи», «характерное предоставление», «закон существа отношения» имеют «гибкий» характер. Нормы, содержащие подобные понятия, называют «каучуковыми» — растяжимыми, предполагающими различное толкование и широкую свободу судейского усмотрения. Оценка наличия связи правоотношения с правопорядком какого-либо государства лежит в сфере судейского усмотрения. Оценка наличия связи правоотношения с правопорядком какого-либо государства лежит в сфере судейского усмотрения. Законодательное закрепление гибких коллизионных привязок приводит к тому, что коллизионные нормы создаются непосредственно правоприменителем. Такой подход увеличивает роль судов и вызывает опасения в злоупотреблении судейского усмотрения¹.

Согласно Концепции развития гражданского законодательства РФ одна из целей дополнений и изменений разд. VI ГК РФ преследует цель — расширение круга отношений, прямо регулируемых коллизионными нормами, с исключением необходимости определения применимого права на базе общего резервного критерия «тесной связи» (п. 2 ст. 1186) ввиду сложности его использования и трудной предсказуемости конечного результата.

Действительно, «каучуковые» нормы издавна свойственны западному праву, и благодаря многовековой судебной практике они имеют определенное содержание. В нашей стране отсутствует судебная практика применения подобных норм, и в настоящее время в российских судах их чрезвычайно трудно использовать без дополнительных разъяснений и толкований. Однако неразвитость практики, сложность использования и опасность судейского произвола не являются причинами, чтобы отказываться от механизмов, позволяющих наиболее корректно разрешить спор, связанный с иностранным правопорядком. Во всем мире применение критерия наиболее тесной связи имеет тенденцию к расширению, и законодатели других стран не опасаются сложностей, сопряженных с этим институтом. Представляется, что российскому законодателю нет необходимости отказываться от использования критерия наиболее тесной связи, который в настоящее время является не столько коллизионной привязкой, сколько принципом МЧП.

¹ Горшкова Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

3.9. Основные проблемы современного коллизионного права

«Гибкое» коллизионное регулирование. В настоящее время основной способ решения коллизионного вопроса — применение абстрактных, «гибких» правил, позволяющих учитывать конкретные обстоятельства данного фактического состава. Одновременно с закреплением гибких коллизионных привязок имеет место отказ от «жестких» коллизионных норм, основанных на каком-либо твердом критерии выбора права. В доктрине гибкие коллизионные правила называют «новым поколением» формул прикрепления¹.

Гибкие коллизионные привязки (закон наиболее тесной связи, собственное право контракта, собственное право деликта) появились в доктрине и судебной практике США. Эти привязки широко применяются в договорных и внедоговорных обязательствах. В 1962 г. в деле *Babcock v. Jackson* был подтвержден переход к системе коллизионных правил, в которой доминируют принципы наиболее тесной связи и «учета интереса». Эта позиция отражена в неофициальной кодификации коллизионного права — Втором своде законов о конфликтах законов США (1971). Общее коллизионное правило для деликтных и квазиделиктных обязательств — они подчиняются праву штата, политика и порядок которого, если его право не будет применено, окажутся существенно ущемленными (ст. 3542 ГК Луизианы).

В российской доктрине высказываются опасения по поводу последствий применения неопределенных по правовому результату гибких формул, предусматривающих сравнение не коллизионных норм, а анализ материально-правовых предписаний². Применение подобных формулировок расширяет свободу судебного усмотрения, может спровоцировать злоупотребления и коррупцию. Однако привязки к закону тесной связи и закону существа отношения в настоящее время закреплены в законодательстве подавляющего большинства стран (ст. 4 Закона о МЧП Австрии; ст. 15 Закона о МЧП Швейцарии; ст. 1186, 1188, 1211, 1213 ГК РФ); их повсеместное распространение — это правовая реальность и одна из специфических особенностей современного МЧП.

«Статутарное деление». В одном правоотношении присутствует система различных статутов: личный, вещно-правовой, обязательственный, формальный, деликтный, валютный, наследственный,

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Там же; см. также: Кабатова Е. В. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве // Международное частное право: современная практика : сб. статей / под ред. М. М. Богуславского и А. Г. Светланова. М., 2000.

брачный. Все они обладают особенностями и правовой спецификой. Правоотношение делится на статуты: основной (общий статут брака) и вспомогательные (статут формы брака, статут имущественных последствий брака). К каждому статуту применяется его «собственное» коллизионное регулирование, обуславливающее использование «собственного» материального права для каждого вспомогательного статута. Как правило, это право того государства, с которым данная часть правоотношения наиболее тесно связана. Цель подобного регулирования — максимально эффективное обеспечение выполнения решений национальных правоприменительных органов за границей; минимизация риска дать другой стороне кассационный или апелляционный повод по причине «неправильно выбранного судом права».

«Множественность коллизионных привязок». Отношение, связанное с иностранным правом порядком, далеко не во всех случаях подчиняется одному законодательству. Зачастую основной вопрос (существо отношения — права и обязанности сторон) привязаны к праву одного государства, а специальные вопросы (дееспособность, форма сделки) — к праву другого государства. Проявления множественности коллизионных привязок заключаются в следующем:

1. *Кумуляция (совмещение, объединение, сочетание) коллизионных привязок.* Отношение «привязано» не к одному и не последовательно, а одновременно к двум или более правом порядкам¹. Одна коллизионная норма права страны суда предполагает применение одновременно двух и более материальных норм права двух и более государств: «Условия вступления в брак для каждого вступающего в брак лица подчиняются праву страны, к которой принадлежит это лицо» (ст. 44.1 Закона о МЧП Грузии). Чаще всего кумуляция встречается в брачно-семейных отношениях.

В доктрине существует и иное понимание кумулятивных коллизионных норм — такие нормы устанавливают возможность применения иностранного права, но его нарушение не приводит к юридической недействительности отношения, если соблюдены требования права страны суда, например, положения ст. 1209 ГК РФ².

Международный коммерческий арбитраж (главным образом Международный арбитражный суд МТП) широко использует принцип «обратной кумуляции» — кумулятивное обращение к различным национальным системам коллизионного права. Арбитраж последовательно рассматривает коллизионные нормы всех правом порядков, связанных со спором. Если коллизионные нормы различных государств предписывают применение одного и того же материального права, арбитраж разрешает спор на его основе.

¹ Ануфриева Л. П. Указ. соч. М., 2004.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

2. *Расщепление коллизионной нормы* — это применение права разных государств к отдельным элементам одного и того же отношения:

— правоотношение в целом подчиняется одному правопорядку, а его отдельные вопросы — другому. Расщепление предполагает установление общей (генеральной) коллизионной привязки и субсидиарных привязок, исключающих действие общей. Например, наследственные отношения в целом подчиняются личному закону наследодателя, а наследование недвижимости предполагает отдельное коллизионное регулирование: в соответствии с законом места нахождения недвижимой части наследственного имущества (ст. 1224 ГК РФ);

— коллизионные нормы изначально предполагают подчинение разных элементов отношения разным правовым системам. Например, договор с участием потребителя — для определения размера возмещения может применяться право государства, где имел место ущерб. Право государства места заключения контракта на приобретение товара будет определять гарантийные сроки данного товара (ст. 1212 ГК РФ).

3. *Альтернативные коллизионные нормы* — отношение признается действительным, если оно удовлетворяет требованиям либо одного, либо другого правопорядка, прямо указанных в данной норме (ст. 419, 420 КТМ РФ). Множественность коллизионных привязок имеет место и в простых, и в сложных соподчиненных альтернативных коллизионных нормах, содержащих субсидиарные и генеральные привязки (ст. 1211, 1213 ГК РФ).

4. *«Парные» коллизионные привязки* — применимое право может быть прямо зафиксировано в норме, но может выводиться и косвенно, путем закрепленного в привязке принципа¹. Например, договор купли-продажи при отсутствии автономии воли сторон регулируется в соответствии с законом наиболее тесной связи (ст. 1211 ГК РФ). Критерий наиболее тесной связи либо непосредственно устанавливается в коллизионном предписании (право страны продавца), либо определяется косвенно, через формулу прикрепления к праву стороны, осуществляющей характерное предоставление (как правило — закон страны продавца).

5. *«Цепочки» («объединения», «ассоциации») коллизионных норм.* Законодатель устанавливает иерархию формул прикрепления в целях более детального регулирования одного и того же отношения. Для выбора права по одному вопросу используется система вза-

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

имосвязанных коллизионных норм: «(1) Личный закон человека — это закон того государства, гражданином которого он является... (2) Если лицо имеет несколько гражданств, и одно из них венгерское, то его личным законом является венгерский закон. (3) Личным законом лица, которое имеет несколько гражданств..., а также лиц без гражданства является закон государства, на территории которого они имеют местожительство...; если лицо имеет за границей несколько местожительств, личным законом такого лица является закон государства, с которым оно связано наиболее тесным образом. (4) Если лицо не имеет гражданства и места жительства, его личным законом является право страны места обычного пребывания. Если такое лицо имеет несколько мест пребывания, среди которых одно в Венгрии, его личным законом является венгерское право» (ст. 11 Указа о МЧП Венгрии).

В отдельных сферах МЧП подобные «системные образования» коллизионных норм приходят на смену обособленным коллизионным правилам¹. «Цепочки» коллизионных норм действуют как единый механизм, элементы которого взаимосвязаны и взаимообусловлены. «Для таких образований характерны: общее (генеральное) правило и многочисленные исключения..., разветвляющееся по направлениям; обращение к субсидиарным привязкам, их дифференциация; определение общих принципов, которым должны соответствовать привязки-исключения и субсидиарные привязки»².

Самостоятельность коллизионных привязок. Основное обязательство имеет свое собственное коллизионное регулирование; сопряженные с ним действия сторон, которые в совокупности могут квалифицироваться как самостоятельные сделки, предполагают применение иных коллизионных правил. Самостоятельное коллизионное регулирование прежде всего затрагивает связанные с основным контрактом расчеты посредством ценных бумаг, связанные с основным контрактом банковские сделки, односторонние сделки. Кроме того, самостоятельное коллизионное регулирование может затрагивать и некоторые существенные аспекты основного договора — например, договор в целом подчиняется праву, избранному сторонами. Однако юридические последствия молчания контрагента, который оспаривает, что он дал согласие на договор, регулируются личным законом этого контрагента (ст. 73, 83 Закона Румынии о МЧП).

Ранее самостоятельность коллизионного регулирования в основном имела место в акцессорных обязательствах. Современное законодательство придерживается позиции, что в отношении акцес-

¹ Там же.

² Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.

сорной сделки применяется право, которое регулирует основную сделку (ст. 29 Закона о МЧП Македонии (2007)). Зависимые правовые сделки, «чьи последствия зависят от существующего обязательства, рассматриваются согласно материальным нормам того государства, чьи нормы являются определяющими для этого обязательства... в особенности в отношении сделок, которые имеют предметом обеспечение или изменение обязательства» (ст. 49 Закона по МЧП Лихтенштейна).

Самостоятельности коллизионного регулирования противостоит теория «общей коллизионной привязки» — фактически связанные между собой сделки с хозяйственной точки зрения составляют единое целое, хотя юридически независимы друг от друга. Такая ситуация характерна в основном для смешанных договоров и рамочных контрактов. Современная тенденция — единое коллизионное регулирование комплексных отношений, применение к ним общей коллизионной привязки (п. 5 ст. 1211 ГК РФ).

Предварительный коллизионный вопрос. «Предварительный вопрос» имеет место, если суду нужно решить связанные с существом спора вспомогательные вопросы, влияющие на разрешение основного вопроса. Проблема предварительного вопроса может возникать как при материально-правовом, так и при коллизионном регулировании. Предварительный коллизионный вопрос называют первичным (например, при решении вопроса о расторжении брака проблема действительности брака является первичной). Предварительный коллизионный вопрос возникает, когда налицо взаимосвязанные отношения и от выбора права по одному из них зависит определение прав и обязанностей по другому, т.е. основное и дополнительное отношения регулируются разными коллизионными нормами¹.

Данную проблему можно проиллюстрировать на следующем примере. Советский гражданин, находясь в Тегеране (Иран), вступил в брак с иранской гражданкой с соблюдением формы брака по иранскому закону. Впоследствии он вернулся в СССР и в г. Тбилиси вступил в брак с советской гражданкой, скрыв факт наличия нерасторгнутого брака с другой женщиной. После смерти этого гражданина его первая жена, претендуя на наследство, возбудила в советском суде дело о признании второго брака недействительным. Суд вынес решение в пользу истицы. После этого в надлежащем порядке были оформлены ее права наследования². В этом деле основной вопрос — это вопрос о наследовании, а предварительный — вопрос действительности первого и второго браков.

Предварительный коллизионный вопрос может возникать, когда:

¹ Луцц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Там же.

- *lex causae* должно быть иностранное право;
- коллизионная норма иностранного права в части предварительного вопроса указывает иное право, чем коллизионная норма *lex fori*;
- материальные последствия применения норм, указанных коллизионной нормой *lex fori*, должны отличаться от материальных последствий применения норм, указанных коллизионной нормой *lex causae*.

В приведенном примере на наследование по закону претендовали наследники от первого и второго браков умершего наследодателя. Таким образом, решение основного вопроса (наследственного статута) находилось в прямой зависимости от решения проблем брачно-семейного статута. Предварительный коллизионный вопрос — это вопрос действительности первого и второго браков. Коллизионное регулирование брачно-семейного и наследственного статуты принципиально различно — по общему правилу, брачный статут подчиняется закону общего места жительства супругов, наследственный — закону последнего постоянного места жительства наследодателя. Несмотря на это решение вопроса о действительности браков предопределило разрешение основного спора (спора о наследстве).

Возможны предварительные вопросы второй или даже третьей степени. В частности, вопрос наследования (главный вопрос) может регулироваться иностранным правом, которое признает наследственные права только за законными детьми (первый предварительный вопрос). Законность детей может зависеть от действительности заключенного ранее брака — это второй предварительный вопрос. Действительность заключенного брака зависит от действительности развода в третьем государстве одного из родителей — третий предварительный вопрос.

Ранее в доктрине высказывалась точка зрения, что коллизионный вопрос о том, право какого государства должно быть применено для ответа на предварительный вопрос, следует разрешать по закону той страны, которому подчинен основной вопрос, т.е. по *lex causae*¹. Эта позиция подвергается обоснованной критике: «Коллизионная норма *lex causae* не может применяться потому, что обстоятельства, связанные с предварительным вопросом, возникают, как правило, раньше, чем обстоятельства, связанные с основным вопросом. Заключение брака, рождение ребенка (предварительные вопросы) происходят раньше, чем смерть наследодателя и открытие наследства. Предварительный вопрос привязан к основному, но он может быть так же далек от *lex causae*, как и от *lex fori*. Основной вопрос чаще всего является продолжением предварительного, и именно его

¹ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

нужно подчинять в той части, которая касается коллизионных норм, предварительному вопросу»¹.

В современной доктрине господствует точка зрения, что предварительный коллизионный вопрос имеет самостоятельное коллизионное регулирование, самостоятельную коллизионную привязку. С материально-правовой точки зрения предварительный вопрос также должен решаться вне зависимости от материального права, применимого для решения основного вопроса². Например, если для узаконения внебрачного ребенка предварительным вопросом является вопрос признания отцовства, то оба статута (узаконения и признания) имеют самостоятельное и материально-правовое, и коллизионное регулирование. Такой подход закреплён и в законодательстве: «Вопросы предшествующие, предварительные и побочные, которые могут возникнуть по поводу основного вопроса, не должны обязательно разрешаться в соответствии с правом, которое регулирует этот последний вопрос» (ст. 6 Закона о МЧП Венесуэлы).

Самостоятельное коллизионное регулирование основного и предварительного вопросов может привести к возникновению «хромающих» отношений: узаконение внебрачного ребенка на территории Германии гражданами Ирака (основной вопрос) регулируется немецким правом и является законным, а признание отцовства (предварительный вопрос) регулируется иракским правом, которое запрещает признание незаконнорожденных детей. В подобном случае устранение «хромающих» отношений производится путем адаптации (отказу от принципа самостоятельности коллизионных привязок либо путем создания судом новой материально-правовой нормы).

Адаптация (приспособление) коллизионной нормы. Проблема адаптации (приспособления) коллизионной нормы возникает, когда суд на основании коллизионного правила *lex fori* должен применить законы нескольких государств. Кумуляция коллизионных норм может привести к подчинению одного отношения двум и более правопорядкам, предусматривающим различное коллизионное регулирование. При совместном применении коллизионных норм нескольких правопорядков может возникнуть противоречие, затрудняющее правовое регулирование. Законодательство отдельных стран учитывает эту проблему: «Когда различные аспекты одного и того же правоотношения регулируются различными системами права, они должны быть применены согласованным образом, с приложением усилий осуществить устремления, преследуемых каждой из упомя-

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002; Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.

нутых систем права. Трудности, вызванные единовременным применением таких правовых систем, разрешаются за счет... требований справедливости в конкретном деле» (ст. 14 ГК Мексики).

Чаще всего эта проблема встречается в сфере семейных отношений при разном гражданстве супругов. Несовместимость правового регулирования здесь связана с тем, что «смешанные» браки предполагают обязательный учет личного закона каждого из супругов (и ребенка) и «дробное» (дифференцированное) регулирование вопросов брачно-семейного статуса. Не менее часто подобные сложности имеют место при столкновении статуса наследования и статуса, регулирующего имущественные отношения супругов. Как правило, проблемы противоречий национального коллизионного регулирования устраняются посредством именно материально-правовой адаптации (принцип «наименьшего сопротивления»).

Адаптация коллизионной нормы производится в целях избежать противоречия при применении принципиально различных установлений законодательства нескольких государств. Если суд в силу постановлений национального коллизионного права должен применить нормы нескольких несовместимых правопорядков, то в такой ситуации целесообразно «адаптировать» коллизионную норму. Например, внебрачный ребенок немецкой гражданки признан в добровольном порядке его отцом-французом. Генеральной коллизионной привязкой немецкого права при определении статуса ребенка, рожденного вне брака, является закон обычного местопребывания ребенка (ст. 19 ВЗ ГГУ). Субсидиарно применяются закон гражданства отца, закон гражданства и обычного местопребывания матери (ст. 20, 22, 23). По французскому праву добровольное признание отцовства или материнства является действительным, если оно было сделано в соответствии с личным законом осуществившего его лица либо личным законом ребенка (ст. 311-17 ФГК).

Суд может избрать коллизионно-правовое решение и попытаться найти единую, соответствующую требованиям и немецкого, и французского права коллизионную привязку. Однако более целесообразно материально-правовое решение. Из положений законодательства различных государств суд в разовом порядке должен создать материальное правило, представляющее собой правоприменимое целое, как если бы такая норма была творением одного законодателя. Такая норма является «разовой» (*ad hoc*) и применяется только для решения данного конкретного спора¹.

Подстановка (замещение) — это замена какого-либо национального элемента в отношении иностранным элементом. Нормы национального материального права регулируют отношения вну-

¹ Луниц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

три страны. Регулируемые правоотношения могут иметь связь с иностранным правовым порядком (например, удостоверение иностранным нотариусом договора о приобретении недвижимости, которое по форме должно соответствовать местному праву). Внутренние правоотношения могут подчиняться иностранному закону в качестве предварительного коллизионного вопроса (например, усыновление по иностранному праву в рамках основного вопроса — наследования местной недвижимости).

Возникает вопрос, может ли наличие иностранного элемента повлечь за собой правовые последствия, аналогичные применению внутренней материальной нормы. При положительном ответе на этот вопрос происходит «подстановка». Условие ее применения — иностранный правовой институт по своим последствиям и функциям равнозначен правовому институту внутреннего права, который подлежит замещению («конкретная эквивалентность»). Все зависит от цели подлежащего замещению элемента.

Например, соответствие удостоверения швейцарским нотариусом договора о покупке земельного участка на территории ФРГ предписаниям немецкого права зависит от того, насколько швейцарский нотариус ведет себя так, как это положено немецкому нотариусу, выполняющему аналогичные функции. Швейцарский нотариус должен при подписании документа соблюдать процессуальное право, соответствующее по своим принципам требованиям немецкого процессуального права о нотариальном засвидетельствовании. Критерием соответствия выступает обязанность нотариуса проверить документы с точки зрения требований закона, дать разъяснения по правовым вопросам, удостоверить личности участников, составить протокол переговоров, зачитать вслух, подтвердить и подписать удостоверяемый документ¹.

«Хромающие» отношения — сложнейшая проблема современного МЧП, самая опасная с практической точки зрения «коллизия коллизионных норм» (коллизия коллизий). По праву одной страны определенные отношения являются юридически действительными (порождают юридические связи), а по праву другой страны эти же самые отношения не имеют правовых последствий (являются юридически ничтожными). Главная причина хромающих отношений — скрытые коллизии коллизий, т.е. одинаково сформулированные объем или привязка коллизионной нормы в разных государствах понимаются по-разному. Основная область возникновения хромающих отношений — сферы брачно-семейного и наследственного права.

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.

Например, гражданское состояние лица в одних странах определяется по закону страны гражданства, а в других — по закону domicilia. Вследствие этого может получиться, что одно и то же лицо в одном государстве будет считаться умершим вследствие безвестного отсутствия, а в другом — считаться находящимся в живых. Одни и те же мужчина и женщина могут в одной стране считаться супругами, тогда как в другой стране их союз будет рассматриваться как внебрачное сожительство. Ввиду принципиального различного регулирования вопросов наследования одно и то же имущество в одном государстве может считаться перешедшим по наследству к одному лицу, а в другом государстве — к другому лицу¹.

Хромающие отношения часто имеют место в сфере внешней торговли, порождая проблемы «двойной» национальности (отсутствия национальности) юридических лиц, признания действительности сделок с точки зрения формы. Например, сделка с участием российского лица, совершенная в Великобритании в устной форме и соответствующая английскому праву, в России с точки зрения формы должна быть признана недействительной.

Хромающие отношения представляют собой серьезный фактор дестабилизации международной жизни и создают чрезвычайно негативные последствия для внешнеторговых связей. Несходства в коллизионном праве различных стран являются факторами, создающими дезорганизацию международного оборота². Основные способы уменьшения таких отношений — гармонизация национального коллизионного права и унификация коллизионных норм.

М. И. Брун писал, что основной целью МЧП является «повсеместная защита субъективных гражданских прав», повсеместное признание прав частных лиц, возникших на основании иностранного закона³. В настоящее время данная мысль закреплена законодательно: «[Цель принятия закона]... защищать законные права и интересы сторон» (§ 1 Закона о МЧП Китая). Эта цель полностью может быть достигнута только при наличии единообразия коллизионных норм всех стран, при «гармонии законов». В такой ситуации суды различных стран, исходя из определенных коллизионных критериев, в каждом конкретном случае будут руководствоваться внутренним правом одной и той же страны, т.е. каждый иск будет разрешаться по одним и тем же законам, независимо от того, в каком суде он предъявляется.

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Там же.

³ Брун М. И. Международное частное право: Курс, читанный в Московском коммерческом институте, 1910/11. М., 1911.

В нынешних условиях, когда суды различных стран руководствуются различными коллизионными началами, конечное разрешение дела часто зависит от того, в какой стране будет предъявлен иск по данному правоотношению. Если стороны желают получить совет по поводу своей правовой позиции, их адвокат не в состоянии дать недвусмысленный ответ, а часто обязан сказать: «Мой ответ зависит оттого, будет ли иск предъявлен в суде страны X или страны Y. Согласно коллизионным нормам страны X применяются, скажем, внутренние законы Швейцарии, по которым спорная претензия является обоснованной; согласно же коллизионным нормам, действующим в стране Y, решающим является французский внутренний закон, по которому эта претензия не основательна». Если стороны только желают знать, «кто из них прав», то самый эрудированный и способный адвокат должен сообщить: «На Ваш вопрос невозможно дать ответа, хотя нет ни малейшего сомнения относительно закона»¹.

Не случайно в Преамбуле Рим I подчеркивается: нормальное функционирование внутреннего рынка требует, чтобы в интересах увеличения предсказуемости исхода судебных разбирательств и повышения определенности в отношении применимого права коллизионные нормы разных государств указывали одно и то же национальное право независимо от страны, где подан иск.

В доктрине отмечается еще целый ряд **серьезных проблем современного коллизионного права**²:

1. Противоречие между стремлением к правовой определенности и потребностью гибкого регулирования. Ранее правовая определенность гарантировалась использованием заранее известных коллизионных норм с жесткой привязкой. Современные кодификации закрепляют гибкое регулирование — критерий наиболее тесной связи, нормы с презумпциями, позволяют судье прибегать к кумулятивному применению различных правопорядков.

2. Проблема установления содержания иностранного права. Суд в силу коллизионной нормы должен применить иностранное право, однако на практике национальный суд практически не способен знать иностранное право и применять его так же правильно, как и свое собственное.

3. Противоречие между стремлением к правовому единообразию на международном уровне и желанием законодателя защитить национальные интересы.

¹ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

² Жильцов А. Н., Муранов А. И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия / Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2001; Мерезко А. А. Международное частное право на пороге XXI века: проблемы и перспективы // Юридическая практика. 2000. № 22 (128).

4. Право конкретного государства применяется к отношениям, которые имеют место вне территории этого государства

5. Коллизионная норма отсылает к материальной норме национального права, созданной для регулирования внутренних отношений, не связанных с иностранным правопорядком.

6. Противоречие между использованием специально сформулированных коллизионных правил и «коллизионными подходами» (методологиями, отрицающими необходимость специальных правил и предлагающими общие формулы определения применимого права, которые применяются *ad hoc* в зависимости от конкретных обстоятельств).

7. Противоречие между стремлением применять указываемое коллизионной нормой материальное право (не учитывая его содержания) и стремлением учитывать содержание, цели и смысл иностранного закона для решения вопроса о его применении.

Для решения этих проблем предлагается следующее¹:

1. Активизировать процесс унификации коллизионных и материально-правовых норм.

2. Разработать и принять универсальную конвенцию, содержащую коллизионные нормы, созданные на основе «основных принципов МЧП», и международные коллизионные нормы, получившие распространение в практике международных судов и коммерческих арбитражей. Центральное положение такой конвенции — правоотношения, возникшие и признаваемые законными в одном государстве, должны признаваться законными и в другом государстве.

3. В государствах создать особую категорию национальных судов — «судов, международного частного права», состоящих из специально подготовленных высококвалифицированных судей. В случае необходимости применения норм иностранного права данные суды смогут непосредственно обращаться за помощью в аналогичные суды других стран.

4. Создать международный суд МЧП по типу Международного суда ООН, в компетенцию которого входило бы решение наиболее сложных коллизионных вопросов, возникающих в практике национальных судов.

3.10. Коллизионное регулирование Интернет-отношений

Сеть Интернет представляет собой одно из основных средств коммуникации и одновременно — среду для реализации широкого спек-

¹ Мережко А. А. Международное частное право на пороге XXI века: проблемы и перспективы // Юридическая практика. 2000. № 22 (128).

тра общественных отношений (экономических, торговых, социальных, образовательных). Любое правоотношение в Интернете изначально, по определению, имеет трансграничный характер в связи с глобальным и трансграничным характером самой Сети. Даже если правоотношение целиком и полностью происходит в пространстве RU, это отношение реализуется посредством всемирной информационной сети и тем самым автоматически имеет в своем составе иностранный элемент. Ввиду этого любое Интернет-отношение, имеющее частноправовой характер, потенциально является объектом регулирования МЧП.

С точки зрения МЧП для целей правового регулирования прежде всего должна быть произведена территориальная и правовая локализация отношения (установление связи данного отношения и той страны, право которой должно применяться). Иностранный элемент в Интернет-отношениях есть всегда, и он может проявляться самым разнообразным образом:

- 1) сервер находится на территории иностранного государства;
- 2) сервисный провайдер имеет гражданство иностранного государства или постоянное место жительства на территории иностранного государства;
- 3) электронная сделка заключается лицами разных государств;
- 4) ущерб в результате использования веб-сайта причинен на территории иностранного государства;
- 5) информация, размещенная на веб-сайте, нарушает законы иностранного государства об охране прав интеллектуальной собственности.

В любом Интернет-отношении может быть множество различных иностранных элементов. Например, объект в сети Интернет размещен на Интернет-сайте, доменное имя которого говорит о его принадлежности одному государству, а сервер, поддерживающий данный Интернет-сайт, находится на территории другого государства. Лицо может осуществлять коммерческую деятельность на Интернет-сайте своего государства и продавать цифровой товар с сервера в иностранном государстве. Стороны могут вступать в правоотношение по поводу объекта, находящегося на иностранном Интернет-ресурсе, использовать услуги иностранного сервисного провайдера. Более того, иностранные характеристики Интернет-правоотношения могут быть созданы искусственно самими субъектами в целях размещения веб-сервера в странах с наиболее благоприятным законодательством и подчинения правоотношения «наиболее благоприятному» правопорядку.

В силу отсутствия территориальных границ и универсальности доступа начала МЧП, основанные на связи с физической террито-

рией, в Интернете в принципе не применимы. С точки зрения МЧП существенным фактором является не столько физическое местоположение вещи, сколько решение вопроса, — какой закон наделил лицо правом на данную вещь, по закону какого государства это право возникло, почему на регулирование данного отношения может претендовать не один, а несколько правопорядков¹. Концепция «наиболее тесной связи частноправового отношения с правопорядком двух и более государств» представляет собой оптимальный вариант для локализации Интернет-отношений, иностранные характеристики которых могут быть обнаружены фактически во всех структурных элементах правоотношения. Во вненациональной среде сети Интернет только применение принципа наиболее тесной связи способно обеспечить достаточную гибкость и эффективность коллизионно-правового регулирования.

Однако сразу же возникает проблема — поскольку Интернет-правоотношения зачастую связаны с территориями множества государств, то очень сложно установить, какая из существующих связей является «наиболее тесной». Это может привести либо к судебному произволу при выборе применимого права, либо к выбору нескольких правопорядков, что чрезвычайно затруднит и замедлит разрешение и без того сложного спора.

В связи с этим в доктрине появилась концепция «генерального иностранного элемента». Под «генеральным иностранным элементом» понимается иностранное лицо — субъект отношения. Другие виды иностранного элемента включают в себя модификации «генерального иностранного элемента» — «персонализированный юридический факт» (действие, квалифицируемое как юридический факт, должно быть совершено иностранным лицом, чтобы считаться совершенным как бы на территории иностранного государства) и «персонализированное имущество» (имущество должно принадлежать иностранному лицу, для того чтобы считаться как бы находящимся на территории иностранного государства). Если в Интернет-правоотношении отсутствует «генеральный иностранный элемент», то вопрос о применимом праве ставиться не должен и спор из такого правоотношения должен разрешаться по праву страны суда².

Более прагматичной представляется точка зрения, что в основании связи между правопорядками двух или более государств должно быть конкретное обстоятельство, с которым юридические нормы

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Мальцев А. С. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных правоотношений, возникающих в процессе электронного взаимодействия : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

связывают данное правоотношение. На выполнение этой задачи нацелен юридический факт, лежащий в основе правоотношения. Возникновение любого правоотношения обусловлено конкретным юридическим фактом — фактическим обстоятельством (событием или действием), иностранные характеристики которого вызывают наступление определенных правовых последствий. Между фактическим обстоятельством и правовыми системами двух или более государств должна наблюдаться юридическая связь. Юридический факт должен играть «роль квалифицирующего признака правоотношения международного характера в сети Интернет»¹.

Интернет-правоотношение имеет международный характер, если обстоятельства его возникновения, изменения или прекращения вызывают наступление правовых последствий, предусмотренных нормами нескольких правовых порядков. Связь правоотношения с правовыми порядками двух и более государств отражает юридический факт, являющийся основанием возникновения соответствующего правоотношения, юридическое значение которому придается в рамках правовых порядков соответствующих государств.

В совместной Декларации Европейского совета и Европейской комиссии в отношении ст. 15 Регламента Брюссель I говорится, что один лишь факт доступности Интернет-сайта не является достаточным для установления юрисдикции; необходимо, чтобы Интернет-сайт приглашал к заключению дистанционных договоров, и чтобы договор был реально заключен на расстоянии любыми средствами. В этом отношении используемые Интернет-сайтом язык или денежная единица не имеют значения.

В доктрине выдвигается предложение — для установления наиболее тесной связи Интернет-отношения с правом какого-либо государства применять концепцию «целенаправленной деятельности». Способы электронной передачи информации подразделяются на «активные» (электронная почта, ICQ, СМС/ММС рассылка) и «пассивные» (веб-сайт, ftp-сайт). Деятельность может считаться «направленной», если для передачи информации получателю использовались «активные» способы электронной передачи информации. При «пассивном» способе передачи информации «направленность» деятельности может проявляться: язык сайта, валюта платежа, регистрация сайта в национальных поисковых системах или национальной зоне адресации доменных имен, размещение рекламы сайта или помещение ссылки на сайт в национальных публикациях².

¹ Горшкова Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² Мальцев А. С. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных правоотношений, возникающих в процессе электронного взаимодействия : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

Концепция «целенаправленной деятельности» представляет интерес, но критерий определения «целенаправленности» следует предложить иной — «национальность правовых последствий». Практически любое Интернет-отношение (в особенности в случае возникновения судебного спора, для целей разрешения которого и определяется иностранный элемент) имеет правовые последствия в реальном мире. Как правило, «национальность последствий» установить можно — личный закон провайдера, пользователя, собственника ресурса; место нахождения сервера, место наступления вредоносных последствий, закон страны суда. Определение связи Интернет-отношения с иностранным правом порядком по критерию «национальности правовых последствий» может облегчить разрешение Интернет-споров.

Любое отношение частноправового характера, как-то связанное с иностранным правом порядком, априорно находится в сфере действия МЧП. Другой вопрос — есть ли необходимость в зависимости от конкретных обстоятельств дела устанавливать применимое право, решать коллизионный вопрос. Может иметь место ситуация, когда связь Интернет-отношения с иностранным правом порядком является «невидимой», на применении иностранного права не настаивает ни один из участников спора, все обстоятельства дела связаны с территорией государства суда. В этом случае решение коллизионного вопроса не имеет никакого смысла; суд должен применять свое собственное право (можно говорить об имплицитной отсылке к праву страны суда).

На практике установить связь Интернет-отношения с правом иностранного государства бывает весьма затруднительно. Можно предложить следующее решение:

1. Если связь с иностранным правом порядком является явной, «видимой» (нарушены иностранные права на средство индивидуализации) или стороны настаивают на применении иностранного права порядка, необходимо решать вопрос о применимом праве на основе коллизионных норм страны суда, раскрывающих содержание принципа тесной связи применительно к конкретному отношению.

2. Если связь с иностранным правом порядком «видимо» не проявляется, нужно решать вопрос с точки зрения прагматического подхода:

- решение суда потенциально должно быть признано и исполнено на территории иностранного государства — суду следует решать коллизионный вопрос и устанавливать применимое право;

- решение суда априорно исполняется на территории данного государства — следует применять право страны суда.

Применительно к Интернет-отношениям возникают две основные традиционные проблемы МЧП: юрисдикции какого государства подчинено Интернет-правоотношение; право какого государства подлежит применению. Самый простой способ предотвращения коллизий законов и коллизий юрисдикций — институт автономии воли сторон. Как правило, в Интернет-отношениях стороны почти всегда имеют возможность выбрать применимое право и место рассмотрения спора.

В зарубежной доктрине отмечается появление транснационального права электронного бизнеса (*lex informatica*), которое предоставило возможность динамичного и гибкого регулирования Интернет-отношений путем соблюдения принципов, обычаев, правил и практик, принятых во всем мире. *Lex informatica* определяется как свод правил проведения торговых операций, применяемых к транснациональным операциям электронной коммерции. Эти правила создаются для участников транснациональных электронных транзакций, применяются онлайн-арбитрами при разрешении споров, исходя из намерений сторон и официального анализа сравнительного права. *Lex informatica* — продукт частного децентрализованного процесса законотворчества, происходящего из размышлений акторов, участвующих в транснациональных сделках электронной коммерции и в информационных сетях¹.

Определение *lex informatica* исходит из концепции *lex mercatoria*, действенного и давнего регулятора международной коммерческой деятельности. Однако формирование «общего Интернет-права» по аналогии с *lex mercatoria* — процесс во многом неупорядоченный и чрезвычайно длительный. Принятие универсальной международной конвенции по регулированию Интернета представляется неосуществимой задачей ввиду принципиальных различий в национальном законодательстве и судебной практике. Всеобщее признание Интернет особой юрисдикцией и создание универсальной системы «киберсудов» может иметь место только в отдаленной перспективе.

Унификация коллизионных норм представляет собой оптимальный вариант решения коллизионных проблем в Интернете. Однако и в этой области отсутствует единство мнений, и существуют проблемы. Можно выделить два противоположных подхода:

1) специфика сети Интернет требует разработки специальных правил, непосредственно предназначенных для определения права, подлежащего применению к Интернет-отношениям;

¹ Patrikios Antonis. Роль международного арбитража онлайн в регулировании трансграничной торговли // http://www.sciencedirect.com/science?_ob=ArticleURL&_udi

2) закрепленные в международном и национальных правопорядках критерии определения применимого права и разграничения юрисдикции применимы и к Интернет-отношениям.

В доктрине высказывается позиция, что ввиду особой природы отношений в сети Интернет следует отказаться от использования жестких коллизионных привязок. Оптимальное решение — применение автономии воли сторон и критерия «тесной связи», который позволяет выявить действительную связь правоотношения с территорией конкретного государства¹.

Традиционно используемые в МЧП привязки «закон места нахождения», «закон места заключения», «закон места причинения» в Интернет-отношениях приобретают иное звучание и используются в сочетании со специальными коллизионными привязками (например, «место нахождения сервера»). «Место нахождения сервера» — это место расположения коммуникационной системы (оборудования и программного обеспечения). Место расположения оборудования квалифицируется как место нахождения сервера, если оборудование или расположенное на нем программное обеспечение находятся во владении определенного лица и с их помощью совершаются действия, имеющие решающее значение для Интернет-отношения. Привязка «место нахождения веб-сервера» может быть использована при идентификации лица, являющегося стороной Интернет-отношения.

Директива ЕС об электронной коммерции (2000) упоминает еще одну специальную коллизионную привязку — «место учреждения провайдера» (п. 19 Преамбулы). Организация-провайдер может быть зарегистрирована в одном государстве, оказывать услуги в другом государстве или на территории нескольких государств, экономические и правовые последствия оказания услуг могут иметь место во всем мире. Определение места учреждения провайдера необходимо для установления юрисдикции по делу с его участием и во многом сходно с определением личного статута юридического лица.

При определении места учреждения провайдера наряду с местом регистрации должна учитываться фактически осуществляемая провайдером экономическая деятельность. В Директиве специально подчеркивается, что местом учреждения компании, оказывающей услуги с использованием Интернет-сайта, является не место нахождения технологической инфраструктуры и не место, откуда возможен доступ к сайту, а то место, где компания осуществляет свою экономическую деятельность. Если провайдер зарегистрирован в нескольких

¹ Леанович Е. Б. Проблемы правового регулирования Интернет-отношений с иностранным элементом // http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=3851&Itemid=51

местах, следует определить, в каком именно оказывается услуга. Если это определить невозможно, местом учреждения провайдера считается место, в котором провайдер осуществляет основную деятельность, связанную с оказанием профессиональных услуг.

Для определения места учреждения провайдера Директива использует не только формальный признак места регистрации, но и принцип места осуществления экономической деятельности, и принцип наиболее тесной связи с правоотношением.

На сегодняшний день большинство исследователей склоняется к тому, что коллизионное регулирование Интернет-отношений должно развиваться не по линии выработки специальных Интернет-привязок, а по линии использования имеющихся и закрепленных в законодательстве коллизионных норм. Одновременно квалификация правовых понятий при решении коллизионного вопроса должна осуществляться с непременно́м учетом специфики сети Интернет.

Для определения права, применимого к форме сделки, необходимо определить, что является местом совершения сделки в сети Интернет. Местом совершения Интернет-сделки следует считать место жительства физического лица либо основное место деятельности юридического лица, являющегося оферентом. Место совершения односторонней Интернет-сделки — это место жительства физического лица либо основное место юридического лица, совершившего сделку. Аналогичная позиция выражена в Типовом законе ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996):

1. Местом отправления электронного сообщения является место жительства или место нахождения коммерческого предприятия отправителя.

2. Местом получения электронного сообщения является место жительства или место нахождения коммерческого предприятия получателя сообщения.

Форма Интернет-сделки, порядок и способы ее подписания должны регулироваться правом, избранным сторонами сделки. Возможность регулирования формального статута отношения на основании автономии воли сторон предусмотрена во многих национальных кодификациях МЧП (Австрия, Турция, Украина, ФРГ). В сделках, совершенных в процессе электронного взаимодействия, свободный выбор сторонами права, применимого к форме сделки, существенно упростит разрешение коллизий по вопросу юридической силы электронных документов.

Автономия воли в принципе должна быть генеральной коллизионной привязкой ко всем вопросам Интернет-сделки, прежде всего — к вопросам ее обязательственного статута. При отсутствии выбора сторонами применимого права применяется право страны, с которой

договор наиболее тесно связан. В большинстве случаев Интернет-договор наиболее тесно связан с правом страны той стороны, которая осуществляет решающее исполнение. В Интернет-договорах решающим будет исполнение, осуществляемое услугодателем (лицом, предоставляющим доступ к информационному ресурсу; лицом, размещающим информацию; лицом, предоставляющим для использования свое дисковое пространство). Таким образом, в Интернет-договорах право основного места деятельности стороны, осуществляющей характерное исполнение, — это право страны основного места деятельности услугодателя (провайдера услуг электронной почты, услуг хостинга).

Общая презумпция наиболее тесной связи с правом стороны, осуществляющей решающее исполнение договора, может быть опровергнута, если из обстоятельств дела следует более тесная связь договора с иной страной. Наиболее тесная связь договорного отношения с определенным правопорядком может быть установлена посредством использования частных презумпций¹:

1. Договор, заключенный в режиме он-лайн, но исполненный в режиме оф-лайн (в реальном мире) — поставка «физических» товаров, выполнение работ, оказание услуг, должен регулироваться правом места исполнения договора.

2. Договор о распространении контекстной рекламы в сети Интернет должен регулироваться правом страны, на граждан или жителей которой направлена реклама (в соответствии с критерием «направленной деятельности»).

3. Договор об уступке права на доменное имя должен регулироваться правом страны регистратора доменного имени.

Применительно к «потребительским Интернет-сделкам» электронная оферта или реклама считается полученной потребителем в стране его проживания, если контрагент потребителя довел оферту или рекламу до сведения потребителя целенаправленным образом. Местом совершения действий потребителя, необходимых для заключения Интернет-договора, следует считать место жительства потребителя.

При определении права, применимого к обязательствам вследствие причинения вреда, необходимо различать «внесетевой» (проявляющийся физически — нарушение нормальной работы в результате «заражения» компьютерным вирусом) и «внутрисетевой» (полностью нематериальный — распространение в Интернете порочащих и не соответствующих действительности сведений) вред. Эффект

¹ Мальцев А. С. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных правоотношений, возникающих в процессе электронного взаимодействия : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

«внутрисетевого» вреда можно делить на «простой» (действия причинителя затрагивают конкретного потерпевшего) и «сложный» (действия причинителя затрагивают третьих лиц, знакомящихся с вредоносной информацией).

Законом места причинения вреда можно считать¹:

1) закон государства, с территории которого лицо, причинившее вред, подключилось к Интернету;

2) закон места, где находится компьютер получателя вредоносного сообщения;

3) закон того места, откуда вредоносная информация стала доступной неопределенному кругу лиц;

4) закон места нахождения сервера.

Место совершения Интернет-деликта необходимо определять по месту нахождения сервера, с которого вводится незаконный материал, либо совершаются противоправные действия, связанные с воздействием на компьютерную систему. Место вреда, причиненного в сети Интернет, необходимо определять альтернативно — и как «место действия» (основное место деятельности или место жительства причинителя вреда), и как «место результата» (основное место деятельности или место жительства потерпевшего при «простом» эффекте; место жительства третьих лиц при «сложном» эффекте причинения вреда).

К обязательствам из причинения вреда при нарушении прав на результаты интеллектуальной деятельности должно применяться *lex protectionis* — законодательство государства, предоставившего защиту соответствующему праву на результаты интеллектуальной деятельности.

Наиболее известная форма недобросовестной конкуренции в сфере использования информационных технологий — это «киберсквоттинг» («захват доменов»), т.е. регистрация доменных имен, совпадающих с чужими товарными знаками или фирменными наименованиями. К «киберсквоттингу» как форме недобросовестной конкуренции, связанной с нарушением прав на результаты интеллектуальной деятельности, подлежит применению право страны, предоставившей защиту соответствующему праву на результаты интеллектуальной деятельности.

Другая форма недобросовестной конкуренции в сфере использования информационных технологий — ненадлежащая электронная реклама (практика «оплаченных ссылок» или «купленных ключевых слов»), вводящая пользователей в заблуждение относи-

¹ Мальцев А. С. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных правоотношений, возникающих в процессе электронного взаимодействия : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

тельно релеватности результатов поиска. Понятие «рынка, затронутого недобросовестной конкуренцией» применительно к Интернет-правоотношениям следует понимать как сферу реализации товаров и услуг потребителям, проживающим в определенной стране. К обязательствам, возникающим вследствие ненадлежащей электронной рекламы, подлежит применению право страны, потребители которой введены в заблуждение такой рекламой.

Неосновательное обогащение в сети Интернет выражается в приобретении безналичных денежных средств («электронных денег») и имущественных прав без соответствующего правового основания. Определение понятия «место неосновательного обогащения»¹:

1. Место нахождения денежных средств или «электронных денег». Предполагается, что «электронные деньги» физически находятся в соответствующем учреждении. К правоотношению из неосновательного обогащения будет применимо право страны места нахождения банка (либо оператора иной платежной системы).

2. Место совершения действия, приведшего к неосновательному обогащению. В сети Интернет место совершения действия следует отождествлять с основным местом деятельности или местом жительства лица, совершившего действие. К обязательству возратить средства, неосновательно полученные или сбереженные вследствие ошибочного платежа, применяется право страны основного места деятельности или места жительства потерпевшего, производшего платеж.

3. Место неосновательного обогащения можно устанавливать на основании признаков наиболее тесной связи (обстоятельства, вызвавшие неосновательное обогащение — например, ошибка банка-корреспондента).

4. Основное место деятельности или место жительства приобретателя в момент, когда он получил возможность распоряжаться объектом неосновательного обогащения.

В Интернет-отношениях стороны, принадлежащие к одному государству, и совершающие Интернет-сделку, все обстоятельства которой связаны только с данным государством, должны иметь право выразить автономию воли в пользу применения иностранного правопорядка. Сам факт заключения сделки в Интернете (транснациональной, глобальной среде) автоматически связывает ее с правопорядками других государств. Любая Интернет-сделка находится в сфере действия МЧП, и свободное право сторон избрать иностранный правопорядок на основе их волеизъявления — генеральная коллизионная привязка международных договорных отношений.

¹ Там же.

Одновременно необходимо учитывать, что выбор права сторонами Интернет-отношения может быть реализован далеко не во всех случаях. Стороны не всегда смогут по объективным (выбор применимого права возможен в обязательственных отношениях) или субъективным причинам (просто могут не договориться) совершить свой выбор. Кроме того, осуществленный сторонами выбор права еще не означает полного решения коллизионного вопроса — суд может ограничить действие соглашения о применимом праве императивными нормами страны суда либо использовать оговорку о публичном порядке. В отсутствие выбора права или при невозможности применения избранного правопорядка коллизионное регулирование должно быть основано на принципе наиболее тесной связи, которая должна устанавливаться судом в каждом конкретном случае исходя из условий сделки и фактических обстоятельств дела.

В настоящее время судебная практика демонстрирует принципиально различные подходы при решении коллизионного вопроса в Интернет-спорах. Например, в судебной практике США выявились два противоположных подхода относительно выбора компетентного правопорядка в Интернет:

1. Главный критерий — домицилий истца или основное место его предпринимательской активности (судебные решения: *Playboy Enterprises v. Chuckleberry*; *CompuServe v. Patterson*; *U.S. v. Thomas*). Во всех трех случаях суды применили закон места получения сообщения в Интернет (который совпадал с законом суда).

2. Главный критерий — закон места отправления Интернет-сообщения (судебные решения: *Religious Technology Center v. Lerma*; *Religious Technology Center v. F.A.C. T. Net, Inc.*).

В ФРГ к «он-лайнovým» спорам, которые имеют последствия для Германии, всегда применяется немецкое право. Немецкие суды рассматривают дела, касающиеся как отечественных, так и зарубежных сайтов. Если веб-сайт на китайском языке, это может послужить причиной отказа применять немецкое право на том основании, что немцы не понимают содержание сайта.

Следует признать, что пока ни судебная практика, ни законодательство не в состоянии создать систему непротиворечивых и единообразных коллизионных норм для решения коллизионных проблем в Интернет¹. В законодательстве о МЧП отдельных стран закреплены только коллизионные нормы, определяющие право, применимое к ответственности за нарушение личных прав: «Если посредством Интернета... нарушаются такие личные права, как право на имя, право на собственное изображение, право на добрую деловую репу-

¹ Мережко А. А. Международное частное право в киберпространстве // URL: <http://www.e-com-libr.com.ua/>

тацию и право на частную жизнь, применяется право обычного местопребывания потерпевшего» (§ 46 Закона о МЧП Китая).

Контрольные вопросы

1. Как можно определить понятие, структуру и функции коллизионных норм?
2. Что представляют собой основные виды коллизионных норм?
3. Что представляют собой основные типы формул прикрепления?
4. Какие атрибуты закона автономии воли можно выделить?
5. Что представляет собой закон тесной связи как коллизионная привязка?
6. Какие особенности имеет коллизионное регулирование Интернет-отношений?

В результате освоения этой темы студент должен:

знать:

- механизм установления содержания иностранного права;
- порядок применения и толкования норм иностранного права;
- теории квалификации коллизионной нормы;
- теорию отсылок в международном частном праве;
- защитные оговорки в международном частном праве.

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

4.1. Установление содержания иностранного права

Процесс регулирования частноправовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, состоит из двух стадий. Первая стадия — решение коллизионного вопроса, выбор применимого права на основе предписаний коллизионных норм права страны суда. Вторая стадия — применение избранного права. Если компетентным признан иностранный правопорядок, неизбежно возникнове-

ние специфических вопросов — определение общих понятий права другого государства, установление его содержания, особенности толкования и применения.

В МЧП существует презумпция применения иностранного права. Презюмируется и необходимость установления его содержания. Установление содержания иностранного права может представлять собой чрезвычайно сложную задачу. Например, при рассмотрении дела «Соединенные Штаты против Митчелла (United States v. Mitchell)» суд для определения вопросов иностранного права изучил affidavits и экспертные заключения австралийского судьи, министра сельского хозяйства Перу, адвоката из Южной Африки; удостоверенный перевод высших декретов Боливии; иностранные судебные решения; учебные комментарии к обзору законодательства Филиппин; информацию, полученную судебным клерком в телефонном разговоре с Торговым представительством Гонконга; информацию, представленную одной из сторон. Суд также предпринял собственный независимый анализ права Югославии¹.

При установлении содержания иностранного права возникают следующие проблемы:

- кто должен устанавливать содержание иностранного права;
- как установить это содержание;
- какие юридические последствия могут возникнуть, если содержание иностранного права не будет установлено?

Правоприменительный процесс основан на общем принципе «судья знает право» (*iura novit curia*): суд и другие правоприменительные органы знают свое национальное право и применяют его. Обязанность сторон — приводить факты и доказывать их, а обязанность суда — оценивать доказательства и применять соответствующие правовые нормы. Если отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному правопорядку, то судья изначально не может знать его содержания.

Более того, по сей день является чрезвычайно актуальным высказывание М. Вольфа (1945): «Добросовестный судья будет рад, если нормы международного частного права позволяют ему применять закон его собственной страны. Эта правовая система ему хорошо знакома, и, применяя ее, он уверен в том, что не оставит без внимания новые законы или последние судебные решения. Если он должен применять иностранное право, он в значительной мере зависит от того, что ему скажут сведущие лица, никогда точно не зная, правильны ли их показания. Он может, конечно, пытаться самостоятельно выяснить постановления иностранного права, но, если он даже и владеет языком, он никогда не может быть уверен в том, что

¹ Тимохов Ю. А. Иностранное право в судебной практике. М., 2004.

его интерпретация, скажем, какого-нибудь иностранного кодекса правильна и что в его распоряжении находятся все существенные законы, решения и пособия. Он действует в качестве судьи, но он знает об иностранном праве не больше, а часто и меньше студента первого курса страны, о которой идет речь. Поэтому нельзя особенно упрекать судей и законодателей, если они склонны предпочтительно применять право своей страны»¹.

Общий концептуальный подход к пониманию иностранного права: суд устанавливает содержание иностранного права *ex officio* (по должности) по собственной инициативе и в силу обязанности, возложенной на него законом; суд применяет иностранное право как систему юридически обязательных предписаний. Суду, а не сторонам, ссылающимся на иностранное право в обоснование своих требований, вменяется обязанность по выяснению содержания иностранных предписаний. Цель установления содержания иностранного права — определение нормативно-правовой основы будущего судебного решения, а не выявление фактических обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения дела.

Иностранное право применяется в том объеме, в каком оно применяется в его «родном» государстве «родным» судом. В законодательстве большинства государств закреплён специальный механизм установления содержания иностранного права:

1) бремя установления содержания иностранного права возложено на суд. Суд *ex officio* должен запросить информацию о содержании иностранного права, но может использовать информацию, предоставленную сторонами. Обязанность устанавливать содержание иностранного права не может быть возложена на стороны (Германия, Мексика): «(1) При применении права иностранного государства суд или другой орган устанавливает содержание его норм согласно их официальному толкованию, практике применения и доктрине в соответствующем иностранном государстве... (3) Лица, принимающие участие в деле, имеют право подавать документы, подтверждающие содержание норм права иностранного государства, на которые они ссылаются в обоснование своих требований или возражений, иным образом содействовать суду или другому органу в установлении содержания этих норм» (ст. 8 Закона о МЧП Украины);

2) содержание подлежащего применению иностранного права устанавливается судом по должности; одновременно суд вправе потребовать содействия сторон и возложить на них обязанность установить содержание иностранного права (Австрия, Тунис): «Содержание иностранного закона устанавливается судебной

¹ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

инстанцией при помощи свидетельств, полученных от органов государства, которые его издали, на основании заключения какого-либо эксперта или другим адекватным способом. На сторону, которая ссылается на иностранный закон, может быть возложена обязанность привести доказательства его содержания» (ст. 7 Закона о МЧП Румынии);

3) при рассмотрении споров из определенных видов деятельности либо по определенным притязаниям бремя установления содержания иностранного права может быть возложено на стороны: «Содержание иностранного права устанавливается судом. При этом суд может обратиться за содействием к сторонам. При рассмотрении имущественных дел доказывание содержания иностранного права может быть возложено на стороны» (ст. 16.1 Закона о МЧП Швейцарии);

4) бремя установления содержания иностранного права во всех случаях возложено на стороны (Великобритания).

В Германии суды строго придерживаются принципа «*jura novit curia*». Требование стороны не может быть отвергнуто на том основании, что иностранное право ею не доказано: «Обращение суда за информацией к сторонам никогда не понимается как означающее отказ суда от установления иностранного права. Обращение к сторонам скорее представляет собой следствие обязанности суда установить иностранное право, а не ограничение этой обязанности»¹. Европейская доктрина рассматривает немецкую судебную практику как образец в плане установления содержания норм иностранного права. Это обусловлено прежде всего тем, что соответствующую работу осуществляет суд, а не стороны.

В законодательстве ФРГ сформулированы положения относительно установления содержания иностранного права:

1. Существование такого права устанавливается судом по должности, а стороны должны помогать суду в этом процессе.

2. При установлении судом содержания неизвестной ему нормы иностранного права суд прибегает к помощи экспертов и использует механизм, установленный в международных договорах ФРГ.

Кассационный суд *Франции* в решении по делу *Amerfond* (1993) указал, что содержание иностранного права должна доказывать сторона, заявившая о его применении: «Та сторона, которая полагает, что применение иностранного права, к которому отсылает коллизийная норма, приведет к результатам, отличающимся от тех, которые были бы получены при применении французского права, обязана показать это отличие посредством предоставления сведений

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

о содержании иностранного права». В решении Кассационного суда Франции от 27 января 1998 г. закреплено противоположное начало: содержание иностранного права устанавливает суд, если именно он заявил о необходимости его применения¹.

Французский судья обязан устанавливать содержание иностранного права в случаях:

1. Он обязан применить коллизионную норму («сфера, где стороны не могут распоряжаться своими правами»).

2. Судья воспользовался своим правом применить коллизионную норму.

В *Великобритании*, начиная с решения лорда Мансфильда (1774), установлением содержания иностранного права должны заниматься стороны.

Распределение бремени доказывания иностранного права влияет на качество привлекаемых доказательств. Судебная практика показывает, что при установлении содержания иностранного права предпочтение отдается неофициальным процедурам, не связанным с обращением в министерство юстиции или с использованием правовой помощи. Это более простые процедуры, но степень их надежности невелика. В странах, где установление содержания иностранного права — обязанность судей, такие процедуры осуществляются более эффективно.

Основные доказательства иностранного права — заключения экспертов. Их содержание и качество в большой степени зависят от того, кто именно — суд или стороны — осуществляет поиски эксперта. В Испании наиболее часто используется совместное заключение двух известных юристов. В *Великобритании* иностранное право обычно доказывается свидетельскими показаниями.

Во Франции используется *certificat de coutume* — документ, подтверждающий содержание иностранного права, составленный на французском языке торгово-промышленной палатой иностранного государства, иностранным юристом или дипломатом. *Certificat de coutume* — это внесудебная экспертиза. В современной французской доктрине отмечается, что на практике такие сертификаты часто составляются юристами, назначаемыми по ходатайству заинтересованной стороны, и отражают только благоприятные для нее нормы: «Процедура предоставления *certificat de coutume* на практике весьма уязвима. Составитель стремится поддержать точку зрения того, кто обратился к нему»².

Кассационный суд Франции в решении по делу от 6 марта 2000 г. указал: если стороны не высказывают возражений против содержа-

¹ Там же.

² Mayer P., Heuzé V. *Droit international privé*. Montchrestien, 9 éd., 2007.

ния информации об иностранном праве, закрепленной в *certificat de coutume*, задачу суда по установлению содержания иностранного права можно считать завершенной. Кассационный суд дал понять, что *certificat de coutume* может использоваться в качестве основного доказательства только при наличии соглашения сторон.

Основные недостатки законодательного обременения сторон обязанностью по установлению содержания иностранного права¹:

- эксперты, приглашенные сторонами, высказываются в пользу той стороны, которая их пригласила и оплатила услуги;

- сложность проверки профессиональной квалификации экспертов;

- процесс установления содержания иностранного права приобретает состязательный характер;

- стороны обременяются несвойственными им функциями доказывания. Круг доказательств иностранного права становится более узким;

- санкцией за неустановление содержания иностранного права является применение национального права, что противоречит природе правоприменения.

Судебная практика большинства государств показывает, что предпочтение отдается «смешанной» системе: обязанность по установлению содержания иностранного права принадлежит суду, но в виде исключения в определенных ситуациях такой обязанностью обременены стороны.

Российское законодательство закрепляет общий принцип: установление содержания норм иностранного права — обязанность правоприменительного органа, которая возложена на него законом (ст. 1191 ГК РФ; ст. 14 АПК РФ; ст. 166 СК РФ). Обязанности по установлению содержания норм иностранного права имеют не только суды общей юрисдикции, арбитражные и третейские суды, но и иные органы, уполномоченные применять иностранное законодательство. Статья 1191 ГК РФ, в которой употребляется только термин «суд», содержит общую норму. В ст. 166 СК РФ кроме судов упоминаются органы записи актов гражданского состояния и «иные органы», применяющие иностранное семейное право.

Участие сторон в процессе установления содержания иностранного права предопределяется их собственной волей; стороны вправе, но не обязаны предпринимать какие-либо действия по установлению содержания иностранного права. Участвующие в деле лица по собственной инициативе могут предоставлять информацию о содержании иностранного права, иным образом помогать суду при опре-

¹ Толстых В. Л. Указ. соч.

делении содержания применимого иностранного права (абз. 2 п. 2 ст. 1191 ГК РФ; абз. п. 1 ст. 166 СК РФ).

По спорам, связанным с предпринимательской (п. 2 ст. 1191 ГК РФ) и иной экономической (ч. 2 ст. 14 АПК РФ) деятельностью, суд может возложить бремя установления содержания иностранного права именно на стороны. В российской доктрине отмечается, что данные нормы противоречат иным положениями действующего законодательства, в частности, положениям процессуальных законов о доказательствах и доказывании¹. Кроме того, возможна ситуация, что при рассмотрении требований из предпринимательской деятельности суды будут уклоняться от принятия минимальных мер по установлению содержания иностранного права.

В 1968 г. под эгидой Совета Европы заключена Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства. Конвенция установила специальную процедуру и специальный механизм, призванные облегчить процесс установления содержания иностранного права, позволить судам одного государства получить необходимую информацию из других стран. На первый взгляд, положения Конвенции имеют чисто технический характер, однако они направлены на разрешение одной из самых сложных проблем МЧП и МГП — установление содержания норм подлежащего применению иностранного законодательства.

В Конвенции закреплена обязанность государств-участников создать специальные органы (или возложить дополнительные обязанности на уже существующие структуры), которые должны предоставлять судам других государств информацию о местном праве. Информация передается безвозмездно. Соответствующие ведомства занимаются сбором информации об иностранном и национальном праве; отвечают на запросы иностранных и национальных органов о содержании национального и иностранного права; направляют запросы в компетентные органы иностранных государств о содержании права данных государств.

Западная доктрина не слишком высоко оценивает Европейскую конвенцию: «Практическая польза Конвенции незначительна. Не только передача ходатайств о предоставлении информации отнимает много времени и сил... но полученный результат гораздо менее значительнее по сравнению с заключением эксперта. Конвенция предлагает аналогично французскому «*certificat de coutume*» (свидетельствованию об обычном праве) лишь ответы на абстрактные правовые вопросы (ст. 7)... Без знания судебных актов и... ситуации по применению права сообщенные иностранные нормы не могут быть ничем

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого, И. В. Елисеева. М., 2002.

иным, как элементами мозаики... в конечном итоге в очень редких случаях дают законченную и убедительную картину. Опасность неправильного понимания ... чрезвычайно велика»¹.

Положения российского законодательства о порядке и способах установления содержания иностранного права определяют механизм этого процесса — дипломатический порядок, официальные запросы через министерство юстиции, непосредственные сношения судов разных государств друг с другом и иными компетентными органами. Российские суды вправе обращаться с запросами о содержании иностранного права в Министерство юстиции РФ и иные компетентные органы РФ, в иностранные компетентные органы, научно-исследовательские учреждения, дипломатические и консульские представительства России в других государствах, привлекать экспертов (абз. 1 п. 2 ст. 1191 ГК РФ). Указом Президента РФ от 13 октября 2004 г. № 1313 установлены полномочия Минюста России по взаимодействию с органами государственной власти иностранных государств и международными организациями по осуществлению обмена правовой информацией с иностранными государствами.

Главный способ установления содержания норм иностранного права — самостоятельная исследовательская деятельность суда. Содержание норм иностранного права устанавливается судом непосредственно на основе текстов иностранных законов и судебных решений, в соответствии с официальным толкованием, практикой применения и доктриной соответствующего государства (п. 1 ст. 1191 ГК РФ). Суд может основываться только на текстах иностранных законов, переведенных на русский язык (ч. 4 ст. 75 АПК РФ).

На практике российские суды при установлении содержания иностранного права практически лишены поддержки каких-либо государственных органов. Суды вынуждены пользоваться недостоверными источниками, упрощенно толковать и применять иностранное право или вообще уклоняться от его применения. Должным образом установить содержание иностранного права зачастую удастся только в тех случаях, когда лицо, участвующее в деле, в этом заинтересовано и несет бремя доказывания содержания иностранного закона.

Национальные суды далеко не всегда имеют реальную возможность установить содержание иностранного права. Кроме этого, в иностранном законе может просто отсутствовать необходимое предписание. В таких случаях, как правило, суд применяет свое собственное право. Теоретическое обоснование этой позиции: коллизия — норма отсылает к иностранному закону, так как данное правоотношение тесно связано именно с ним. Если существование или

¹ Шак Х. Международное гражданское процессуальное право / пер. с нем. М., 2001.

содержание иностранного закона не могут быть установлены, то цель коллизионной нормы остается не достигнутой. В подобной ситуации суд вправе разрешать дело на основе своего внутреннего права¹.

Lex fori применяется не потому, что оно имеет наиболее тесную связь с правоотношением, и не в силу презумпции идентичности отечественного и иностранного права, содержание которого не установлено. Связь между правом страны суда и отношением может вообще отсутствовать. Не имея возможности обратиться к иностранному праву, судья применяет свое национальное. В этом проявляется субсидиарная функция *lex fori*. Основание применения права страны суда в данном случае — не выполнение предписания коллизионной нормы, а невозможность реализации этого предписания.

Законодательство большинства государств предписывает: при невозможности установить содержание иностранного права применяется закон страны суда (Австрия, Польша, ФРГ, Швейцария). Например, ст. 5.3 Указа о МЧП Венгрии — если содержание иностранного права не может быть установлено, применяется венгерское право. Есть и другое решение — закрепляется обязанность суда по установлению содержания иностранного права, но отсутствует указание, какое право должен применять суд, если его усилия не увенчались успехом (ст. 43 Кодекса МЧП Болгарии).

В ГК Португалии закреплено: «При невозможности установить содержание применимого иностранного закона следует прибегнуть к закону, который является субсидиарно компетентным, и необходимо использовать такой же образ действий всегда, когда не является возможным установить фактические или правовые элементы, от которых зависит выявление применимого закона» (ст. 23.2). Законодатель ориентирует суд не на применение португальского права (закона суда), а на установление иного иностранного правопорядка, наиболее тесно связанного с делом. Аналогичное правило установил итальянский законодатель.

Российское гражданское и арбитражно-процессуальное законодательство предусматривает (п. 3 ст. 1191 ГК РФ; п. 3 ст. 14 АПК РФ): если содержание норм иностранного права, несмотря на все принятые меры, не может быть установлено в разумные сроки, применяется российское право. Семейное законодательство не оперирует понятием «разумные» сроки; российское право применяется, если все предпринятые судом меры не привели к установлению содержания иностранного права (п. 2 ст. 166 СК РФ).

Законодатель декларирует применение российского права, несмотря на решение коллизионного вопроса в пользу иностранного

¹ Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 1. Общая часть : учебник. М., 2000.

права, если все предпринятые в соответствии с законом действия не помогли в «разумные» сроки установить содержание иностранного права. Положения российского законодательства не дают четкого представления ни о временном факторе, ни о том, насколько настойчив должен быть суд, устанавливая содержание иностранного права. Необходимо установить более четкие критерии, препятствующие необоснованному уклонению судей от применения иностранного права или необоснованному отказу от его применения. Кроме того, следует иметь в виду, что по спорам, для разрешения которых необходимо установить содержание иностранного права, должны применяться более длительные сроки рассмотрения дел и принятия решения судом.

В связи с тем, что содержание иностранного права может не быть установлено, возникает проблема: допустим ли отказ в иске по этой причине? В государствах, законодательство которых обязывает суд к установлению содержания иностранного права, отказ в иске не допустим (Япония, Грузия, Австрия, Венгрия). В США неспособность доказать иностранное право автоматически не ведет к отказу в иске. В странах, которые придерживаются позиции, что устанавливать содержание иностранного права обязаны стороны, допускается отказ в иске в случае неустановления содержания иностранного права (Великобритания, Франция).

В России устанавливать содержание иностранного права обязан суд. Ответственность за невыполнение этой обязанности не может быть возложена на стороны. Даже в случае обременения стороны обязанностью установить содержание иностранного права, российский судья не вправе оставить иск без рассмотрения, если стороны не смогут представить требуемых доказательств.

4.2. Применение и толкование норм иностранного права

Юридическая категория «применение права» в МЧП обозначает специфическое явление — применение иностранного права. Иностранное право — это волеизъявление иностранного суверена; применение иностранного права возможно только в соответствии с предписаниями коллизионной нормы или на основе соглашения сторон.

Правоприменительный орган, руководствуясь предписаниями своей национальной коллизионной нормы или соглашением сторон, устанавливает, правопорядок какого государства должен регулировать частноправовое отношение с иностранным элементом. Если применимым является правопорядок другого государства, необхо-

димо определить перечень и содержание соответствующих норм, дать им толкование, выявить специфику реализации.

В МЧП существует постулат — *нормы иностранного права должны определяться, применяться и толковаться таким образом, как если бы дело рассматривалось в суде той страны, чье право подлежит применению*. При этом необходимо учитывать, что на применении иностранного права не может не сказаться фактор его действия в правовом поле другого государства.

Применение иностранного права в различных юрисдикциях основано на двух противоположных подходах: оценка права другого государства как права или как факта. Считается, что правовые нормы известны суду, а фактические обстоятельства должны доказываться в процессе рассмотрения дела. Если процесс имеет состязательный характер, — бремя доказывания лежит на самих сторонах. Восприятие иностранного права как факта предполагает, что ссылки на него — это ссылки на какие-либо фактические обстоятельства, доказывание которых возлагается на стороны. Суд только оценивает доказательства; средства и способы доказывания определены в национальном процессуальном праве, которым руководствуется правоприменитель.

Если иностранное право понимается как особая правовая система, то для разрешения спора необходимо обратиться ко всей совокупности норм данного государства, т.е. его правопорядку в целом. Применение иностранного права — это применение иностранного правопорядка, а не отдельных законодательных положений другой страны. Восприятие иностранного права как права предполагает, что стороны заинтересованы в установлении его содержания и применении, однако все действия в этой сфере принимаются судом.

Позиция, господствующая в континентальной правовой системе, — иностранное право понимается как комплекс юридически обязательных предписаний, имеющих такой же характер, что и национальная правовая система. Иностранное право рассматривается как юридическая категория, а не как обстоятельство, подлежащее доказыванию наряду с другими обстоятельствами дела. К установлению содержания иностранного права не применимы, например, нормы ст. 56 ГПК РФ и ст. 65 АПК РФ об обязанности лиц, участвующих в деле, доказывать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основания своих требований и возражений.

В Италии суд применяет иностранное право по должности и как свое собственное объективное право. Вопросы иностранного права — это вопросы права, а не факта: «Установление содержания иностранного права осуществляется судом. В этих целях помимо

средств, предусмотренных международными конвенциями, может использоваться информация, полученная через Министерство юстиции; судьи могут также делать запросы экспертам или в специализированные учреждения» (ст. 14.1 Закона о МЧП Италии).

В ФРГ действующее иностранное право требует доказывания только в случае, если оно не известно немецкому суду. В рамках собственной компетентности суда иностранное право не требует доказывания (аналогичное положение содержит ст. 14 ВЗ ГК Бразилии). Суд, устанавливая содержание норм иностранного права *ex officio*, не вправе ограничиваться доказательствами, представленными сторонами, а обязан использовать и другие источники, самостоятельно принимать все необходимые меры для установления такого содержания. Иностранное право для немецкого суда представляет собой именно право, а не фактическое обстоятельство.

Континентальная правовая система демонстрирует и иной подход: процессуальное законодательство Испании рассматривает иностранное право как объект доказывания (ст. 281 ГПК) — объектами доказывания являются обычай и иностранное право; иностранное право должно быть доказано в части своего содержания и юридической силы теми средствами, которые суд сочтет необходимыми. Стороны не обязаны инициировать ни применение коллизийной нормы, ни процесс доказывания иностранного права. В недавнем прошлом суды оставляли жалобу без рассмотрения, если иностранное право не было доказано. В настоящее время испанская судебная практика придерживается позиции, что «судья может и должен в силу своего должностного положения исследовать применимую иностранную норму»¹.

Большинство стран англосаксонской правовой семьи придерживаются отношения к иностранному праву как к факту. Суд применяет только свое собственное право, но может признать субъективные права, возникшие под действием иностранного права. Иностранное право — это фактическое обстоятельство, которое наряду с другими фактами выступает доказательством по делу. Стороны обязаны представить доказательства, в том числе и относительно содержания иностранного права. Суд не применяет иностранное право как юридически обязательные предписания, а оперирует им как фактом по делу. Стороны могут ссылаться на иностранное право, но оно должно быть доказано как фактическое обстоятельство (*as a fact*). Во всех странах, придерживающихся такой трактовки, признается особый, нормативный характер этого факта.

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

В английской доктрине высказывается мнение, что единственным законом, применяемым судьей, является закон места рассмотрения дела (право страны суда). Права, которые обязан защищать суд, возникают только на основе этого закона. Если в деле есть иностранный элемент, то иностранное право является фактом, который суд обязан принять во внимание. Суд должен попытаться создать и принудительно осуществить право, по возможности аналогичное тому, которое было бы создано иностранным судом, рассматривающим данное дело как внутреннее (не отягощенное иностранным элементом). Если заинтересованная сторона не инициирует применение иностранного права, то суд выносит решение на основе английского права¹.

Специфика процессуального права Великобритании — презумпция тождества содержания иностранного и английского права. Однако эта презумпция применяется в пределах, в которых данное тождество не оспаривается стороной, ссылающейся на иностранное право. Если подобная ссылка отсутствует или различие не доказано, суд может вынести решение на основе английского права, даже когда отношение связано исключительно с иностранным государством. Иностранное право считается вопросом факта, но это «вопрос факта особого рода»². Английское право в английских судах доказывается так же, как и другой факт (свидетельскими показаниями), но по существу речь идет именно о праве — Апелляционный суд Великобритании практически не ставит под сомнение факты, установленные судом первой инстанции. Однако эта практика не распространяется на споры, в которых «фактами» являются установленные судом нормы иностранного права.

Акт о порядке представления доказательств по гражданским делам (1972) предусматривает, что за некоторыми исключениями содержание иностранного права не может быть доказано:

- цитированием более раннего решения английского суда, в котором шла речь о той же иностранной правовой норме;
- непосредственно текстом иностранного закона, представленного на заключение судьи;
- ссылкой на решение иностранного суда, в котором освещалось содержание и действие данной нормы.
- не является «надлежащим доказательством» решение суда какого-либо третьего государства, содержащее суждение о необходимом иностранном праве.

Применение в английских судах иностранного права обусловлено выяснением его содержания с помощью «надлежащих доказа-

¹ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М, 1982.

² Там же.

тельств». Бремя установления содержания и доказывания иностранного права возложено на сторону, которая ссылается на это право. Как правило, содержание иностранного права доказывается посредством экспертных свидетельских показаний. Заинтересованная сторона обычно привлекает специалиста (подданного Великобритании), желательно, работавшего в соответствующем иностранном государстве и специализирующегося в данной отрасли права. Специалист, имеющий процессуальный статус свидетеля, устно доказывает существование иностранного права, основываясь на своей практической деятельности. Для большей весомости своих доказательств специалист вправе «заглянуть в текст иностранного закона», но доказательством являются именно устные показания свидетеля, а не официальный сборник иностранных нормативных актов.

В Великобритании наблюдается тенденция отказа сторон от возбуждения коллизионного вопроса. Обычно стороны ратуют за применение коллизионных норм только в случае, когда действительно существует конфликт между английским и иностранным правом. В английских судах вопрос выбора применимого права имеет факультативный характер. Некоторые авторы называют эту систему «добровольным выбором права», когда стороны по сути и не пытаются доказывать иностранное право¹.

В США презумпция тождества национального и иностранного права используется применительно к государствам системы «общего права». Если лицо, которое ссылается на иностранный правовой порядок, отрицает такое тождество, или очевидно, что тождество отсутствует, американский суд самостоятельно определяет его содержание в установленном порядке. По общему правилу, в США бремя установления содержания иностранного права возложено на суд.

Федеральные правила гражданского процесса (1966) предусматривают, что суд при установлении содержания иностранного права учитывает любые имеющие значение материалы (аффидевиты, заявления под присягой), независимо от того, кем именно они представлены и допускаются ли федеральными нормами о доказательствах. То, что определит суд, квалифицируется как «решение суда по вопросу о праве» (ст. 44.1).

Процессуальное законодательство отдельных штатов (например, штата Нью-Йорк) требует от судов оценивать иностранное право как «общеизвестный факт», не требующий доказательств, если заинтересованная сторона представит необходимые материалы (тексты законодательных актов, судебные решения).

¹ Бирюкова Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

Нормативная основа применения иностранного права в России — гражданское, семейное, арбитражное процессуальное и гражданское процессуальное законодательство, КТМ РФ, Основы законодательства РФ о нотариате, Закон о МКА. В качестве источника информации об иностранном праве российские суды используют иностранные нормативные акты, нормы прецедентного права государств *common law*, заключения специалистов. При разрешении гражданских дел российские суды применяют иностранное право в соответствии с федеральным законом или международным договором РФ (ч. 5 ст. 11 ГПК РФ). В арбитражном процессе применение иностранного права может быть обусловлено и соглашением сторон (ч. 5 ст. 13 АПК РФ). Отсутствие в ст. 11 ГПК РФ указания на то, что иностранное право может применяться по соглашению сторон, противоречит ст. 1210 ГК РФ, которая устанавливает право участников гражданских отношений самим избрать применимое законодательство.

В России иностранное право применяется правоприменительными органами *ex officio* и рассматривается как право, а не как факт. Предписания суду относиться к иностранному праву как праву императивно закреплено в законодательстве. Российские суды применяют не только иностранное законодательство, но и правовые обычаи, и судебную практику, и доктрину иностранных государств в тех пределах, в каких они признаются источниками права у себя на родине.

Российские суды должны применять иностранное право, к которому отсылают отечественные коллизионные нормы, независимо от того, ссылаются ли стороны на какой-либо иностранный закон. Суд может привлечь стороны для содействия в установлении содержания норм иностранного закона, может назначить экспертизу, обратиться к компетентным органам с соответствующим запросом. Все эти положения распространяются на основания и порядок применения иностранного права при рассмотрении дел в негосударственных правоприменительных органах (третейских судах).

Российские правоприменительные органы обязаны учитывать общее требование: иностранное право должно применяться так, как это имеет место у него «на родине». Суд, перед которым поставлена задача решить дело на основе иностранного закона, должен встать на точку зрения иностранного судьи, проникнуться его правосознанием, и решить дело так, как решил бы его данный иностранный суд, применяя свое собственное право. Этот вывод вытекает из общего подхода к применению иностранного закона.

Практическая реализация этого правила представляет собой наибольшую сложность в МЧП, — насколько суд одного государства, знающий и применяющий *ex officio* (по должности) только свое собственное национальное право, способен истолковать и применить

иностранное право так, как применял бы его суд соответствующего иностранного государства. Способен ли в принципе суд одного государства проникнуться правосознанием суда другой страны, встать на точку зрения иностранного суда? Насколько, например, французский или германский судья способен встать на точку зрения английского или американского судьи? Необходимо учитывать и различную правовую ментальность в странах Западной Европы, государствах бывшего СССР, в странах Азии, Африки и Латинской Америки.

В законодательстве некоторых стран установлено право отказать в признании и исполнении иностранного судебного и арбитражного решения по причине неправильного применения права в иностранном суде или арбитраже. Поскольку очень трудно представить, что судья одного государства сможет действительно проникнуться правосознанием иностранного судьи и встать на его точку зрения, то практически всегда есть возможность отказать в признании и исполнении иностранных судебных решений под предлогом неправильного применения права. Основная задача судьи, рассматривающего частноправовой спор, связанный с иностранным правопорядком, — максимально защитить интересы частных лиц, т.е. принять такое решение, которое было бы признано и исполнено на территории другого государства.

Законодательство многих государств не содержит специальных норм о принципах применения иностранного правопорядка (Лихтенштейн, Россия, Франция). Одновременно можно привести немало примеров законодательного закрепления норм, устанавливающих требования к применению иностранного закона: Закон о МЧП Австрии (ст. 3) подчеркивает, что иностранное право подлежит применению так, как оно применяется в сфере действия страны происхождения. ГК Мексики (ст. 14) содержит положение, что иностранное право применяется так, как его применил бы соответствующий иностранный судья. «Судье надлежит применять иностранный закон так, как он толкуется в правопорядке, которому он принадлежит. Толкование иностранного закона подлежит надзору кассационного суда» (ст. 34 Кодекса МЧП Туниса). Своеобразное правило закреплено в Законе о МЧП Венесуэлы: «Иностранное право... применяется согласно принципам, которые действуют в соответствующем иностранном государстве, и таким образом, чтобы были осуществлены цели, преследуемые венесуэльскими коллизионными нормами» (ст. 2).

На том, что иностранное право должно толковаться и применяться так, как в государстве его происхождения, настаивала в 1929 г. Постоянная палата международного правосудия. В решении Палаты по делу о сербских и бразильских займах (в процессе

применялось и сербское, и бразильское право) подтверждено правило, что внутреннее право не должно применяться способом иным, чем оно применяется в государстве, где является действующим правом. При применении внутреннего права определенного государства не должно быть никаких сомнений в том, что оно должно применяться так же, как применяется в соответствующем государстве. Любой вопрос, который может возникнуть в процессе применения иностранного права, должен решаться только в соответствии с его предписаниями¹.

От правильного применения иностранного права зависят реализация и эффективность норм МЧП. Неправильное применение иностранного закона может привести к пересмотру и отмене принятого судебного решения, к отказу в признании и принудительном исполнении иностранного судебного и арбитражного решения.

В отношении последствий неправильного применения или толкования иностранного права государства придерживаются диаметрально противоположного подхода:

— в Бельгии, Нидерландах, Франции, ФРГ в компетенцию высших судебных органов государства не входит контроль за применением судами иностранного права, поэтому неправильное применение иностранного права не является основанием для пересмотра судебного решения;

— в государствах — членах Международного симпозиума о Кодексе Бустаманте (Австрия, Греция, Италия, Польша, страны Латинской Америки) неправильное применение иностранного права является основанием для пересмотра судебного решения. В Законе о МЧП Швейцарии предусмотрено: федеральный суд пересматривает решение нижестоящих судов, если при вынесении решения не было применено иностранное право, подлежащее применению по нормам *швейцарского МЧП* (т.е. согласно предписаниям коллизионных норм швейцарского права), или если решение неправильно исходит из того, что содержание иностранного права установить не удалось. В Кодексе МЧП Болгарии установлено: «Неприменение иностранного права, а также и неправильное его толкование и применение являются основанием для обжалования» (ст. 44).

Российское законодательство предусматривает, что неправильное применение норм материального права представляет собой основания для отмены или изменения судебного или арбитражного решения в апелляционном и кассационном порядке (ст. 270, ч. 2 ст. 288 АПК РФ, ст. 330 ГПК РФ). Понятие «неправильное применение или нарушение норм материального права» определяется как неприменение закона, подлежащего применению; применение закона,

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

не подлежащего применению; неправильное истолкование закона. Это понятие включает в себя и неправильное применение норм иностранного права. Правоприменительный орган, не применяющий иностранный закон, применение которого предписывает российская коллизионная норма, тем самым нарушает постановления российского законодателя. Нарушение предписаний российских коллизионных норм — один из поводов для отмены, изменения или пересмотра судебного решения вышестоящими судебными инстанциями.

Решения международных коммерческих арбитражей (любых третейских судов) являются окончательными и не подлежат отмене, поэтому рассмотренные положения применимы только к судам общей юрисдикции и государственным арбитражным судам. Неправильное применение иностранного права в третейском разбирательстве может служить основанием для отказа в исполнении арбитражного решения по жалобе заинтересованной стороны или протесту уполномоченных органов.

4.3. Квалификация коллизионной нормы

Применение любой правовой нормы невозможно без ее толкования: установление ее смысла и связи с фактическими обстоятельствами, в которых норма должна быть применена. Юридическая квалификация фактов в соответствии с правовой нормой и сферой ее применения является одним из аспектов толкования права. Конкретные приемы и правила толкования должны соответствовать правовой системе того государства, правовая норма которого толкуется и применяется. Результаты толкования не должны противоречить основным целям и принципам права и его нормативным предписаниям.

Проблема квалификации входит в общий вопрос о толковании коллизионной нормы. Процесс квалификации законодательно не регулируется, но определены требования к конечному результату квалификации. Это отражается в мотивировочной части судебных решений. Неправильная квалификация может послужить основанием для отмены или изменения решения суда.

В МЧП понятие квалификации имеет в виду квалификацию отношения на основании коллизионной нормы. Квалификация представляет собой сжатую формулировку, обобщающую большое количество норм материального права, или выражающую общий принцип МЧП¹. Квалификации подлежат и объем, и привязка коллизионной нормы. Например, применение правила «правоспособность коммерческой компании определяется законом места ее учреждения» (ст. 16

¹ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

Закона о МЧП Южной Кореи) предполагает квалификацию понятий «коммерческая компания», «правоспособность коммерческой компании», «место учреждения коммерческой компании».

Особенность квалификации в МЧП — на каждом этапе разрешения частноправового спора, связанного с иностранным правом порядком, квалификация осуществляется по разным правилам. Процесс рассмотрения спора из частноправового отношения международного характера подразумевает наличие трех стадий, связанных с определением применимого права, — квалификация, выбор применимого права, применение избранного права. Три стадии процесса определения применимого права выводятся из концепции существования трех разновидностей коллизии коллизий¹:

- коллизии относительно объема коллизионной нормы;
- коллизии относительно привязки коллизионной нормы;
- коллизии, связанные с тем, что одинаково сформулированные в коллизионных нормах понятия в разных государствах понимаются по-разному.

Коллизии коллизий часто называют «скрытыми коллизиями», поскольку в данном случае имеют место такие несовпадения в праве различных государств, которые не лежат на поверхности, а являются неявными, «завуалированными». Впервые на проблему «скрытых коллизий» в XIX в. обратили внимание немецкий юрист Ф. Кан и французский юрист Э. Бартэн. Оба автора пришли к выводу, что коллизионные нормы различных стран, даже использующие одинаковую терминологию, могут содержать скрытые коллизии, которые способны породить проблемы «конфликта квалификаций».

Основная сложность заключается в том, что наличие в законодательстве разных государств одинаково сформулированных коллизионных норм не является гарантией, что в качестве компетентного будет определено одно и то же национальное право. Например, гражданская дееспособность физических лиц определяются правом их местожительства (ст. 13 ГК Мексики, ст. 35 Закона о МЧП Швейцарии). Однако по мексиканскому закону лицо может обладать двумя или большим числом мест жительства (ст. 32), а по швейцарскому — «никто не может иметь одновременно несколько мест жительства» (ст. 20). Применение одинаково сформулированных коллизионных норм разнонациональными судами приводит к разным решениям по однородным делам. Суды руководствуются своими собственными юридическими представлениями, национальной правовой ментальностью.

¹ Бирюкова Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве : дис. канд-та юрид. наук. М., 2007.

Кроме того, в коллизионных нормах законодатель часто использует абстрактные, обобщенные формулировки, априорно нуждающиеся в дополнительном толковании. В частности, «личным законом юридических лиц является закон, определяемый их национальностью» (ст. 9.11 ГК Испании); «существование и правоспособность юридического лица определяется законом государства, в котором оно как таковое признается» (ст. 2394 ГК Уругвая (1868, ред. 1941)). Сразу же возникают вопросы: что представляет собой национальность юридических лиц, по каким критериям она определяется, что значит — закон государства, в котором юридическое лицо признается как таковое? На все эти вопросы можно ответить только после того, как произведена квалификация правовых понятий.

Квалификация и выбор применимого права объединяются в понятие «первичная квалификация». Стадия применения избранного судом права — это «вторичная квалификация» (т.е. квалификация, не являющаяся предпосылкой для разрешения коллизионного вопроса). Результат первичной (коллизионно-правовой) квалификации — это решение коллизионного вопроса, отсылка к определенному национальному правопорядку. Применение материально-правовой нормы любой правовой системы предполагает материально-правовую квалификацию — квалификацию с целью определить права и обязанности субъектов правоотношения. Материально-правовая (вторичная) квалификация всегда осуществляется по *lex causae*, т.е. на основе права, которое суд определил в качестве компетентного.

Материально-правовая квалификация осуществляется самостоятельно. «Если применимым является иностранное право, оно... принимает на себя решение этой задачи. Не имеет... значения, как материальные нормы иностранного права называются, к какому институту они относятся, являются ли они нормами материальными или процессуальными. Мы должны забыть об отечественном правопорядке и поступать так, как поступил бы иностранный судья при рассмотрении данной ситуации... т.е. не заботиться о квалификациях отечественного правопорядка»¹.

Наиболее серьезные трудности порождает *первичная квалификация*. Проблема квалификации коллизионных правовых понятий существует на стадии выбора права, при решении коллизионного вопроса и применении отечественных коллизионных норм. Выбор применимого права непосредственно зависит от того, правовые понятия какой страны будут использованы при решении коллизионного вопроса.

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

Для применения коллизионной нормы необходимо раскрыть содержание имеющихся в ней юридических понятий, соотнести их с фактическими обстоятельствами дела, т.е. произвести квалификацию. Квалификация является составным элементом всякой конфликтной нормы¹. Коллизионная норма связывает национальное право с иностранным, поэтому проблема квалификации сводится к тому, с точки зрения права какого государства необходимо толковать юридические категории, содержащиеся в самой коллизионной норме. Соответственно, решение спора зависит от того, в соответствии с правом какого государства будет осуществляться квалификация при определении применимого права.

В отечественной литературе данная проблема иллюстрируется следующим примером. Российская гражданка составила в России завещание в пользу своего сына от первого брака. Позднее она переехала на постоянное местожительство в Англию, где вышла замуж за англичанина. После ее смерти супруг-англичанин обратился в российскую нотариальную контору, претендуя на имущество умершей жены. В выдаче свидетельства о праве на наследство ему было отказано ввиду наличия завещания в пользу другого лица. Супруг обратился с иском в российский суд, обосновывая свои претензии тем, что по английскому праву последующий брак отменяет предыдущее завещание².

В данном примере действительность завещания оспаривалось вступлением в брак, т.е. фактические обстоятельства дела относятся как к семейному, так и к наследственному статусу. Какую коллизионную норму необходимо применить — норму, определяющую применимое право к семейным отношениям, или норму, определяющую компетентный правопорядок по наследственным отношениям? Для ответа на этот вопрос необходимо дать юридическую квалификацию фактических обстоятельств дела, — к какому статусу (наследственному или семейному) относится возможность отмены завещания вступлением в новый брак. Однако сразу же возникает проблема — с точки зрения какого права (английского или российского) должна быть произведена юридическая квалификация.

В российском праве отсутствует институт отмены завещания фактом вступления в брак. Если при квалификации применяется российское право, то все фактические обстоятельства относятся только к наследственному статусу. Применению подлежит п. 2 ст. 1224 ГК РФ («способность лица к составлению... завещания... опре-

¹ Пилленко А. А. Очерки по систематике частного международного права. СПб., 1911.

² Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004.

деляется по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания»); соответственно, завещание действительно, и супруг-англичанин не вправе претендовать на наследство.

Если те же фактические обстоятельства будут квалифицироваться по английскому праву, то отмена завещания посредством вступления в брак относится к последствиям брака, т.е. входит в семейный статус отношения. В таком случае для решения коллизионного вопроса российский суд должен обратиться к коллизионным нормам семейного права — применить п. 1 ст. 11 СК РФ («взаимоотношения между супругами определяются правом государства, на территории которого супруги имеют совместное место жительства»). Компетентным является английское право, т.е. завещание является недействительным, и второй супруг должен получить наследство¹.

Аналогичные проблемы возникают при разграничении сделок (коммерческих или гражданских), разграничении вопросов контрактной и деликтной ответственности, при определении места заключения договора, гражданско-правовой и брачной дееспособности.

Согласно общему коллизионному принципу деление вещей на движимые и недвижимые (объем коллизионной нормы) регулируется законом места нахождения вещи (привязка коллизионной нормы). Если квалификация объема коллизионной нормы производится по российскому праву, необходимо учитывать предписания ст. 130 ГК РФ. В частности, деньги и ценные бумаги квалифицируются как движимое имущество. Если квалификация производится по испанскому праву, деньги и ценные бумаги исключаются из разряда движимых вещей. Кроме того, в Испании недвижимыми вещами признаются машины, минеральные удобрения, инструменты и приспособления, предназначенные для обработки земли. По российскому праву такие вещи являются движимыми. Сервитуты в Испании считаются недвижимыми вещами, а в России относятся к категории имущественных прав².

В МГП возникают проблемы «процессуальной» квалификации — квалификация какого-либо института гражданского процесса в качестве материально-правовой или процессуально-правовой категории. Процессуальная квалификация может предопределять решение коллизионного вопроса. Например, по английскому праву исковая давность — это процессуальная категория, по российскому — материально-правовая. Если суд рассматривает спор между российским

¹ Там же.

² Бирюкова Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

покупателем и английским продавцом и квалифицирует исковую давность в соответствии с российским правом, этот вопрос подчиняется английскому праву (закону страны продавца). Если суд квалифицирует исковую давность в соответствии с английским правом (как институт процессуального права), он обязан применить российские нормы об исковой давности, потому что в соответствии со ст. 398.3 ГПК РФ и ст. 253.1 АПК РФ по общему правилу российский суд применяет свое процессуальное право.

На практике квалификация зачастую используется как способ обхода принципов и основ МЧП, чтобы избежать применения «неудобного» правопорядка. Подобная цель достигается:

— применением «избавительных средств» (*escape devices*) или манипуляционных прикрытий» (*manipulative cover-ups*), широко известных англо-американской судебной практике¹. Обращение к таким средствам объясняется соображениями справедливости, удобства, целесообразности. Суд, установив, что в результате квалификации компетентным будет признано право государства, применение которого приведет к «нежелательному результату», осуществляет переквалификацию (квалификация обязательственного статуса в качестве деликтного). Применение «избавительных средств» позволяет изменить решение о выборе компетентного права;

— выбором удобного суда (*forum shopping*). Практически всегда суд применяет коллизионные нормы своего национального права. Коллизионные нормы с большой долей вероятности указывают правопорядок, применимый в конкретной ситуации. Стороны спора могут заранее просчитать исход дела в зависимости от обращения в суд того или иного государства. На основании такого расчета выбирается суд, в котором дело будет разрешено наиболее благоприятным образом;

— «подменой ярлыков» (*change of labels*). В соответствии с процессуальным законодательством США стороны при подаче иска вправе самостоятельно квалифицировать правоотношение. Обозначение истцом той или иной правовой категории основания иска может предопределить исход спора. Часто возникают ситуации, когда истцы квалифицируют основание иска как деликтное отношение, тогда как на самом деле речь идет о нарушении контракта.

В МЧП существует **теория «конфликта квалификаций»**. Конфликт квалификаций связан с коллизией коллизий (скрытыми коллизиями). В праве разных государств текстуально одинаковые правовые понятия (дееспособность, форма сделки, личный закон) имеют принципиально различное содержание. Конфликт квалификаций — одна из наиболее сложных, глубинных коллизий, так как

¹ Там же.

при применении терминологически одинаковых понятий решение по одному и тому же делу в судах разных стран может быть прямо противоположным. **Конфликт квалификаций** — это коллизия между текстуально одинаковыми юридическими понятиями, входящими в состав разнонациональных коллизионных норм.

Существуют следующие теории разрешения конфликта квалификаций:

1) *Квалификация по закону суда (lex fori)*, т.е. по национальному праву того государства, чей правоприменительный орган рассматривает дело. Коллизионная норма как норма национального права использует национальные юридические категории, свойственные данной правовой системе. Поскольку коллизионный вопрос решается на основе коллизионного права страны суда, то и квалификация должна производиться именно по закону суда. Квалификация отношения по праву страны способна обеспечить единство понимания коллизионной нормы и единый правоприменительный результат; невозможно квалифицировать отношение по иному праву, поскольку вопрос о выборе этого права до применения коллизионной нормы еще не решен¹. Сторонниками квалификации по закону суда выступали Ф. Кан, Э. Бартэн, А. Батифоль, Л. Раапе.

Основной недостаток квалификации по закону суда — игнорирование того, что правоотношение связано с территорией других государств и что коллизионный вопрос может быть решен в пользу выбора иностранного права. Квалификация по *lex fori* — одна из причин возникновения «хромающих» отношений. Применение «*lege fori* может привести к абсурдной ситуации, когда ни один из браков не будет квалифицироваться в Швейцарии как брак... если он заключен за рубежом»².

Квалификация по *lex fori* порождает правовую нестабильность: одно и то же понятие может быть квалифицировано различными способами в зависимости от того, суд какого государства рассматривает спор. Такая квалификация может привести к *forum shopping*. Одновременно квалификация по *lex fori* не дает ответа на вопрос, как квалифицировать правовой институт, не известный местному праву: «Квалификации *lege fori* присущ один серьезный недостаток. В российском праве могут вообще отсутствовать правовые категории, аналогичные иностранным (например, понятие «отцовской власти», свойственное семейному праву многих латиноамериканских стран), и тогда квалификация *lege fori* оказывается невозможной»³.

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

² *Niederer W. Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR. Zurich, 1956.*

³ Елисеев И. В. Гражданско-правовое регулирование международной купли-продажи товаров. СПб., 2002.

Квалификация по закону суда, как правило, имеет место в процессе первичной квалификации, т.е. это квалификация коллизионных понятий страны суда. Она производится на стадии выбора права, когда еще неизвестно, в пользу какого правопорядка будет решен коллизионный вопрос.

Законодательство и судебная практика многих государств придерживаются квалификации по *lex fori* (Испания, Египет, Сирия). В решении Кассационного суда Франции по делу Caraslanis от 22 июня 1955 г. подчеркивается: «Вопрос о квалификации заключения брака должен быть решен по французскому праву...». В Законе о МЧП Румынии (ст. 3) установлено: «Когда определение применимого права зависит от квалификации, которая должна быть дана какому-либо правовому институту или какому-либо правоотношению, во внимание принимается правовая квалификация, установленная румынским законом».

2) *Квалификация по праву того государства, с которым отношение наиболее тесно связано (lex causae)*, т.е. по праву существа отношения. Поскольку в МЧП существует презумпция применения иностранного права, то должна существовать и презумпция квалификации правовых понятий по иностранному праву. Если коллизионная норма отсылает к праву иностранного государства, то суд должен применить это право так, чтобы субъективные права, возникшие под действием данной правовой системы, получили наиболее эффективную защиту. Исследовать подлежащее применению иностранное право без обращения к его квалификациям — значит не рассматривать иностранное право таким, как оно есть¹.

Квалификация по *lex causae* позволяет избежать основных недостатков квалификации по закону суда, — иностранные правовые понятия квалифицируются в «родных» для них правовых категориях. Квалификация коллизионной нормы в соответствии с иностранным правом направлена на то, чтобы не допустить извращения его правовых понятий, которые могут возникнуть при квалификации по закону суда. Если отношение, рассматриваемое судом, связано с иностранным государством и должно регулироваться его правопорядком, необходима и квалификация правовых понятий по праву данного иностранного государства.

Однако коллизионная норма нацелена именно на определение применимого иностранного права. Только применение коллизионной нормы позволяет установить компетентный правопорядок. Поэтому при квалификации по *lex causae* возникает вопрос, — если применимое право определяется при помощи коллизионной нормы, то в соответствии с правом какого государства следует осуществлять

¹ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

квалификацию содержащихся в ней понятий? До применения коллизионной нормы неизвестно, право какой страны должно регулировать данное отношение. В свою очередь, от квалификации отношения зависит выбор коллизионной нормы. Как можно квалифицировать отношение по *lex causae*, если еще неизвестно, к какому праву отошлет коллизионная норма, и какой правопорядок будет являться *lex causae*?

Теория квалификации по *lex causae* содержит исходное положение, согласно которому иностранная материальная норма, подлежащая применению в силу отсылки к ней отечественной коллизионной нормы, не должна быть извращена путем применения к ней чуждых иностранной правовой системе понятий, толкований, квалификаций. Это исходное положение представляется ценным и правильным. Однако если фактический состав связан с двумя или более странами, доктрина квалификации по *lex causae* не дает достаточного основания для конкретных выводов. Квалификация по *lex causae* практически невозможна в случае кумуляции коллизионных норм. Существует и проблема разрыва (*problem of gap*): если каждую потенциально применимую норму квалифицировать в соответствии с правовой системой, к которой она принадлежит, то все нормы могут оказаться непригодными для конкретной ситуации¹.

Даже если иностранный закон «и будет решать существо спора, то только после того, как коллизионная норма страны суда укажет на его применение, а она может действовать только после квалификации»². Квалификация по иностранному праву — это, как правило, вторичная квалификация, которая имеет место после выбора права, когда коллизионный вопрос решен в пользу применения иностранного права. По существу, здесь речь идет не о квалификации коллизионных понятий, а о квалификации юридических категорий материального права. При решении коллизионного вопроса в пользу иностранного права все материальные правовые понятия должны определяться именно в его национальных категориях.

Первичная квалификация по иностранному праву возможна, если все фактические обстоятельства связаны с правом одного государства, а дело по какой-либо причине рассматривается в суде другого государства. Кроме того, юридические понятия, требующие квалификации и связанные с фактическими обстоятельствами правоотношения, могут быть в принципе неизвестны местному праву (например, понятия «траурный год», «вдовья доля» в российском праве) или

¹ Бирюкова Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

² Иссад М. Международное частное право. М., 1989.

известны в ином терминологическом обозначении и с иным содержанием. В такой ситуации целесообразна квалификация по *lex causae*.

Можно сконструировать следующую ситуацию. Гражданин Российской Федерации, постоянно проживающий в Испании, и гражданка Испании, постоянно проживающая во Франции, вступили в брак на территории провинции Арагон (Испания). Совместного места жительства супруги не имели. После смерти мужа обнаружилось завещание в пользу его детей от первого брака. В состав наследственной массы входило движимое имущество, находящееся в Арагоне. Российские наследники обратились в российский суд, однако вдова предъявила свои притязания на часть имущества, ссылаясь на свое «право вдовства» (ст. 16.2 ГК Испании).

В соответствии с российской коллизионной нормой (абз. 1 п. 1 ст. 1224 ГК РФ) отношения по наследованию определяются правом страны, где наследодатель имел последнее место жительства, т.е. по испанскому праву. При этом из всего комплекса наследственных отношений выделяется вопрос о «праве вдовства». По испанскому законодательству этот вопрос входит в семейный статут отношения. Если квалифицировать право вдовства по испанскому праву (как вопрос семейного статута), то российский суд должен применить п. 1 ст. 161 СК РФ («личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов, не имевших совместного места жительства, определяются на территории Российской Федерации законодательством Российской Федерации»). Применимым оказывается российское право, в соответствии с которым вдова не может претендовать на удовлетворение своих притязаний.

Российскому законодательству понятие «право вдовства» в принципе неизвестно, поэтому все аспекты данного дела относятся к наследственному статуту. Квалификация отношения на основе российского законодательства определяет испанское право в качестве статута наследования. Применение испанского права влечет за собой признание наследственных прав вдовы.

В данном случае применимое право известно заранее, так как все обстоятельства дела связаны с территорией Испании. Кроме того, в деле есть институт, не известный российскому законодательству, но известный испанскому. В такой ситуации наиболее корректной будет квалификация по *lex causae*. Если российский суд квалифицирует «право вдовства» по испанскому праву (т.е. как вопрос семейного статута), он истолкует и применит испанское право так, как его в Испании истолковал бы и применил испанский судья.

Сторонниками квалификации по *lex causae* выступали М. Вольф, Дж. Чешир. В законодательстве некоторых государств закреплена возможность первичной квалификации по *lex causae*. Вводный закон

к ГК Бразилии предусматривает, что для квалификации имущества и регулирования имущественных отношений применяется закон страны местонахождения вещи (ст. 8). Для квалификации и регулирования обязательств применяется закон страны, в которой они возникли (ст. 9).

3) В основе теории «автономной» квалификации лежит попытка трактовать юридические понятия, которыми оперирует коллизионная норма, автономно, т.е. независимо от национального материального права данной страны. Эта теория основана на том, что коллизионная норма, национальная по своей природе, связывает отечественное право с иностранным, и данное обстоятельство нельзя игнорировать. Для выполнения роли связующего звена между правовыми порядками разных государств коллизионная норма должна использовать общие для всех правовых систем понятия, которые устанавливаются при помощи сравнительного правоведения. Необходимо разработать особые внесударственные понятия, основываясь на наработках сравнительного правоведения, т.е. создать особую систему понятий, общих для всех или большинства государств¹. Создание системы основных понятий «общего характера» устранил все проблемы, возникающие при квалификации.

Теория автономной квалификации пользуется большой популярностью в доктрине права. Л. А. Лунц писал, что коллизионная норма должна быть выражена посредством обобщенных юридических понятий — общих для различных правовых систем². Некоторые ученые предлагают использовать метод квалификации, основанный на сочетании права страны суда и общих понятий, — объем коллизионной нормы должен использовать общие для всех правовых систем правовые понятия, а квалификация юридических категорий коллизионной привязки должна производиться в соответствии с законом суда³.

Идея создания коллизионных норм, состоящих из юридических понятий, общих для большинства правовых систем, имеет позитивный характер. Такие коллизионные нормы смогли бы выполнять свою функцию выбора компетентного права наилучшим образом. Проблема — где найти общие для всех правовые понятия? Их выработка — задача сравнительного правоведения. Однако сразу же возникает еще более сложная проблема, — кто именно должен производить сравнительный анализ права разных государств и устанавливать общие для всех правовые понятия? Сравнительный анализ — это задача доктрины, выводы которой не имеют для суда юри-

¹ Рабель Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения. Екатеринбург, 2000.

² Лунц Л. А. Квалификация в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980.

³ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

дически обязательного характера. Хотя доктрина и является источником права, и судьи обращаются к ней при разрешении споров, но для решения коллизионного вопроса и определения применимого права необходимо использовать формулировки правовых понятий, закреплённые законодательно.

Судья в процессе правоприменительной деятельности вправе произвести сравнительный анализ права тех государств, с которым связано данное отношение, выделить общие юридические категории и на их основе применить отечественную коллизионную норму. Но возможно ли обязать судью заниматься сравнительным правоведением в процессе рассмотрения дела, связанного с иностранным правопорядком? Сравнительный анализ, произведённый конкретным судьей, — это его частное, субъективное мнение, которое может быть полностью противоположным мнению другого судьи по аналогичному делу.

При всей своей привлекательности теория автономной квалификации большинством юристов воспринимается как недостижимый идеал: «Если бы даже было возможно изобрести исчерпывающую систему правовых категорий, охватывающую все существующие в мире институты и оставляющую незаполненными отделения, которые должны быть заполнены будущими институтами, то это едва ли могло бы быть достигнуто без изменения самих законов»¹.

На сегодняшний день автономная квалификация как способ толкования коллизионных норм не может быть основой деятельности национальных правоприменительных органов. Однако с точки зрения будущего права этой теории следует уделить особое внимание, так как общие понятия, которые должны лежать в основе коллизионных норм, безусловно, существуют, и их необходимо устанавливать. Основной способ определения и создания подобных понятий — унификация и гармонизация коллизионного и материального права, формирование и развитие регионального и универсального МЧП. Юридически автономная квалификация возможна не столько в национальном, а непосредственно в международно-правовом пространстве². В настоящее время метод автономной квалификации является оптимальным для международного коммерческого арбитража.

В некоторых юрисдикциях учитывается автономная квалификация и требования международного права: «Квалификация осуществляется согласно понятиям тунисского права, если она имеет задачей выявить коллизионную норму, позволяющую определить применимое право. Для целого квалификация анализ составных частей юридического института, неизвестного тунисскому праву, осуществ-

¹ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

² Богуславский М. М. Указ. соч.

вляется в соответствии с иностранным правом, которому он принадлежит. При квалификации надлежит учитывать различные международные юридические понятия и особенности международного частного права. Квалификацию в рамках международных договоров надлежит осуществлять исходя из конкретных понятий данных международных договоров» (ст. 27 Кодекса МЧП Туниса). Аналогичное решение предлагает и Кодекс МЧП Болгарии (ст. 39), в котором подчеркивается, что при осуществлении квалификации необходимо учитывать международный элемент в регламентируемых отношениях и особенности МЧП.

Однако в основном современный законодатель использует для квалификации сочетание *lex fori* и *lex causae*: «При определении права, подлежащего применению, суд основывается на толковании юридических понятий в соответствии с правом Республики Армения, если иное не предусмотрено законом. Если юридические понятия, требующие правовой квалификации, не известны праву Республики Армения или известны под другим названием или с другим содержанием и не могут быть определены путем толкования по праву Республики Армения, то при их правовой квалификации может применяться право иностранного государства» (ст. 1254 ГК Армении).

ГК РФ содержит специальную норму — ст. 1187 «Квалификация юридических понятий при определении права, подлежащего применению»:

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

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

В этой статье речь идет о квалификации юридических понятий при определении применимого права. Положения ст. 1187 относятся как к квалификации понятий объема коллизионной нормы, так и к квалификации понятий ее привязки. Основной метод, закрепленный законодателем, подразумевает квалификацию коллизионных норм в соответствии с «российским правом», т.е. квалификация должна осуществляться по *lex fori*.

Многие представители отечественной доктрины отмечают, что положения ст. 1187 не дают необходимых конкретных представлений об объекте квалификации; неясно, о квалификации понятий, содержащихся в каких нормах (коллизионных процессуальных или мате-

риальных), идет речь; может ли ст. 1187 применяться к квалификации в отношении «условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела»¹.

Статья 1187 устанавливает общую норму относительно квалификации права. Специальные нормы, касающиеся квалификации, содержатся в других статьях ГК РФ (ст. 1191, 1208, 1210, 1215, 1218). Правила, предусмотренные специальными нормами, не вполне соответствуют предписаниям ст. 1187. Во многих случаях априорно признается необходимость использовать нормы «применимого» (т.е. возможно, не российского, а иностранного) права при квалификации коллизионных понятий. Установления ст. 1208, 1215, 1218 определяют обязанность суда учитывать положения «применимого» права на первой стадии решения коллизионного вопроса — при квалификации понятий объема коллизионной нормы. По существу, в отношении договоров, процентов по денежным обязательствам, исковой давности российский законодатель закрепил квалификацию по *lex causae*, а не по *lex fori*.

Пункт 2 ст. 1187 указывает на возможность квалификации по иностранному праву, если «юридические понятия, требующие квалификации, не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом». Применение иностранного права для квалификации коллизионных норм предусмотрено в случаях, когда:

- понятия не известны российскому праву;
- понятия известны российскому праву, но с другим содержанием;
- понятия известны российскому праву, но в ином значении.

Квалификация неизвестных российскому праву юридических понятий, норм и правовых институтов производится по *lex causae*. Это соответствует современным тенденциям правового регулирования, однако отечественный законодатель не сумел избежать наиболее существенных пороков данного метода квалификации. В частности, если спорное отношение связано с несколькими иностранными правопорядками, на его регулирование могут претендовать правовые системы двух или более государств. Российский суд вряд ли сможет определить, от понятий какого именно иностранного права российские юридические понятия отличаются своим «словесным обозначением либо содержанием». Кроме того, необходимо учитывать, что отечественному праву обычно неизвестны не отдельные юридические понятия, а целостные правовые институты.

¹ Бирюкова Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве : дис. канд. юрид. наук. М., 2007; Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

При разработке нормативного регулирования вопросов квалификации российскому законодателю следовало бы взять за образец положения, например, ст. 27 Кодекса МЧП Туниса. С точки зрения юридической техники законодательные определения этого североафриканского государства намного более грамотны, чем предписания ст. 1187 ГК РФ.

Мобильный конфликт — это изменение территориального положения какого-либо элемента привязки коллизионной нормы. Мобильный конфликт может возникать только тогда, когда отношение носит длящийся характер (договорные отношения, семейные отношения), и не может возникать, когда реализация субъектами отношения своих прав и обязанностей не растянута во времени (наследственные отношения, форма сделки). Проблема мобильного конфликта возникает только на допроцессуальной стадии отношения. После начала процесса изменения привязки не учитываются в силу презумпции завершенности фактического основания иска. Ситуации мобильного конфликта:

1. Обстоятельство, закрепленное в коллизионной привязке, в момент реализации субъектами отношения их прав и обязанностей локализовано в одном государстве. В момент рассмотрения спора это обстоятельство локализовано в другом государстве. В данном случае изменения не учитываются, поскольку они произошли после завершения объективной стороны правоотношения: «Последующее изменение являющихся определяющими для привязки к какому-либо... правопорядку условий не оказывает на уже законченные фактические составы никакого влияния» (ст. 7 Закона о МЧП Лихтенштейна). Аналогичное решение закреплено и в Законе о МЧП Австрии.

Например, обязанность опекуна принять опеку определяется по личному закону лица, назначаемого опекуном (п. 2 ст. 1199 ГК РФ). Если после принятия опеки российский опекун меняет гражданство или место жительства, все равно все споры из обязанности принять опеку в судах других государств должны рассматриваться по российскому праву.

2. Обстоятельство, закрепленное в коллизионной привязке, претерпевает изменения в процессе реализации субъектами прав и обязанностей. Например, супруги долгое время проживают совместно в одном государстве, где приобретают различное (движимое и недвижимое) имущество, затем переезжают в другое государство на постоянное жительство. По общему правилу, личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. Какое право в данном случае определяет их имущественные права?

Такой мобильный конфликт вызывает серьезные трудности. Варианты его разрешения:

— применение права, действующего на момент возникновения отношения: «Положения настоящей главы не применяются к ранее сложившимся юридическим составам» (ст. 34 Ордонанса Мадагаскара). Однако подобное решение может не соответствовать интересам государства, на территории которого отношение локализовано в момент рассмотрения спора. Кроме того, отношение объективно может быть в большей степени связано с «новым» правопорядком: «Нелепа ситуация, когда человек, заключивший брак в государстве, которое не признает разводы, имеет приобретенное право на расторжение брака, далее если в дальнейшем он меняет гражданство и местожительство»¹;

— применение по аналогии норм, регулирующих конфликт законов во времени. По общему правилу акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие: «Последующее изменение обстоятельств, на основании которых определено применимое право, не имеет обратного действия» (ст. 42 Кодекса МЧП Болгарии). Данное решение также предполагает применение права, действующего на момент возникновения отношения;

— применение норм нового правопорядка, т.е. права того государства, в котором локализовано обстоятельство, закрепленное в коллизионной привязке, локализовано на момент рассмотрения спора. «Если применимое право определяется в соответствии с гражданством, местом постоянного проживания или местом обычного проживания, то принимаются во внимание гражданство, место постоянного проживания, место обычного проживания по месту подачи иска» (ст. 3 Кодекса МЧП Турции). Однако необходимо учитывать, что изменение обстоятельства привязки может быть вызвано сознательным желанием стороны подчинить отношение более благоприятному правопорядку. В такой ситуации изменение привязки представляет собой обход закона. Кроме того, это может привести к *forum shopping*;

— применение права, в каждом конкретном случае установленного по принципу наиболее тесной связи. «Применимый закон определяется... исходя из составной части привязки, существующей на момент возникновения юридической ситуации, или... существующей на момент, когда возникают последствия этой юридической ситуации» (ст. 29 Кодекса МЧП Туниса). Такой подход является оптимальным.

¹ Batiffol H., Lagarde P. Droit International Prive. Paris, 1983.

Некоторые государства закрепили уточняющие положения, которые фиксируют для коллизионной нормы момент, на который должна оцениваться локализация обстоятельства привязки. Например, «к объявлению умершим безвестно отсутствующего лица применяется право государства, гражданином которого он являлся в то время, когда пропал без вести» (ст. 16 Закона о МЧП Словении (1999)). В соответствии со ст. 13 ГК Египта «последствия брака, включая те, которые касаются имущества, подчиняются закону гражданства мужа на момент заключения брака». В ст. 46.1 Закона о МЧП Италии установлено, что «правопреемство в случае смерти регулируется национальным законом наследодателя на момент его смерти». Если коллизионная норма фиксирует момент, на который должно определяться обстоятельство, закрепленное в привязке коллизионной нормы, проблема мобильного конфликта не возникает¹.

Российское законодательство не содержит положений о разрешении мобильного конфликта. Представляется, что в случае возникновения этой проблемы следует по аналогии применять абз. 1 п. 2 ст. 1186 ГК: «Если... невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано».

4.4. Теория отсылок в международном частном праве

Одной из наиболее сложных проблем МЧП является проблема «скрытых коллизий». Эти коллизии представляют собой основную причину конфликта квалификаций. В данной ситуации коллидируют не материальные, а коллизионные нормы права разных государств. Проблема усугубляется тем, что друг другу противоречат не коллизионные нормы в целом, а их формулы прикрепления. Скрытые коллизии принято называть «коллизии коллизий», т.е. столкновение коллизионных принципов².

Коллизии коллизий возникают, когда один и тот же термин применяется к разным по существу явлениям (личный закон индивида понимается либо как закон гражданства, либо как закон domicile). Скрытые коллизии (коллизии коллизий) могут иметь позитивную и негативную форму. Позитивные коллизии коллизий — два и более правопорядка одновременно претендуют на регулирование одного и того же отношения. Негативные коллизии коллизий — ни

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

один из возможно применимых право порядков не соглашается регулировать спорное правоотношение. Например, если спор касается правоспособности англичанина, domiciliрованного во Франции, то возникает отрицательная коллизия, так как правила французского закона признают компетентным английский закон, а правила английского закона признают компетентным французский закон.

Скрытые коллизии лежат в основе теории отсылок: обратной отсылки и отсылки к третьему закону (*renvoi* первой и второй степеней). Обратная отсылка означает, что избранное на основе коллизийной нормы страны суда иностранное право отказывается регулировать спорное отношение и отсылает обратно к закону суда (отсылка первой степени). Отсылка к третьему закону имеет место в случае, когда избранный иностранный право порядок не содержит материального регулирования данного отношения, а предписывает применить право третьего государства (отсылка второй степени, называемая также «трансмиссией»). Гипотетически возможны и дальнейшие отсылки — к праву четвертого, пятого и т.д. государств. Проблема отсылок представляет собой самостоятельный институт МЧП и обозначается обобщающим термином «институт обратной отсылки».

Определение отсылок закреплено в законодательстве отдельных государств: «Обратная отсылка — повторная отсылка коллизийной нормы права иностранного государства к право порядку государства, коллизийная норма которого отослала к данному иностранному право порядку; отсылка к праву третьего государства — отсылка коллизийной нормы права иностранного государства, определенной в соответствии с настоящим Законом, к праву третьего государства» (ст. 1 Закона о МЧП Украины).

Причинами появления отсылок являются не только скрытые коллизии, но и сам характер коллизийной нормы: это норма абстрактного, общего характера, отсылающая к иностранному право порядку в целом, к иностранной правовой системе, в том числе к коллизийному праву¹. Коллизийное право имеет национальную природу и является составной частью внутригосударственного права. Избранное иностранное право представляет собой единую систему, куда входит и коллизийное право этого государства. Непосредственная причина возникновения отсылок — негативные коллизии коллизий.

Вопрос об отсылке в европейской судебной практике впервые возник в середине XVIII в. Первое теоретическое обоснование этой проблемы было разработано после решения французского Кассационного суда 1882 г. по делу Форго. В названном деле (рассмотрение которого длилось в 1876—1882 гг.) речь шла о судьбе денеж-

¹ Там же.

ных капиталов во французских банках, оставшихся после смерти г-на Форго (баварского подданного, внебрачного ребенка), прожившего всю жизнь во Франции. С точки зрения французского закона, Форго не считался имеющим домицилий во Франции, а рассматривался как сохранивший баварский «домицилий по происхождению». Форго не оставил завещательного распоряжения, и на наследование по закону претендовали его баварские родственники по боковой линии, ссылавшиеся на баварское наследственное право, которое допускало наследование после внебрачных детей.

В дело от имени французской казны вступил прокурор, доказывавший, что к наследству Форго должен быть применен французский закон, с точки зрения которого родственники внебрачного ребенка не наследуют *ab intestato*, так что имущество как выморочное должно поступить в распоряжение французской казны. Соответственно, спорным был вопрос, какой закон о наследовании должен применить французский суд — французский или баварский.

Французская коллизионная норма отсылала к баварскому праву, поскольку наследование в движимом имуществе обсуждается по закону домицилия происхождения. Баварское право содержало коллизионное правило, по которому наследование в движимом имуществе подчинено закону фактического домицилия. Таким образом, если отсылку французской коллизионной нормы понимать как отсылку к баварскому праву в целом, то надо было руководствоваться и баварской коллизионной нормой, которая в данном случае «отсылала обратно» к французскому праву. Французский Кассационный суд в решении 1882 г. «принял обратную отсылку» и применил материальное французское право¹.

Это решение до сих пор является своеобразной точкой отсчета при определении времени становления института обратной отсылки. В наше время признается, что «обратная отсылка способствует более эффективной координации правовых систем», представляя собой наиболее наглядный пример взаимодействия коллизионных норм различных правопорядков². Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства — это своего рода проявление баланса между необходимостью применять иностранный закон (*lex extraneae*) и желанием применить свое собственное право (*lex fori*).

Значимость проблемы отсылок подчеркнута в резолюции Института международного права «О применении иностранного международного частного права» (1998): теория отсылок призвана играть важную роль в обеспечении гармонизации права. Задача МЧП — отыскать правовую систему, наиболее подходящую к кон-

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Бендевский Т. Международное частное право. М., 2005.

кретному правоотношению. Выполнению этой задачи служат все институты МЧП, в том числе и теория отсылок. Институт международного права высказался за унификацию правил применения этой теории на международной основе.

Необходимость унификации правил об отсылках на международном уровне признается довольно давно. Гаагская конвенция о регулировании коллизий между национальным законом и законом domicilia (1955) представляет собой одну из попыток разрешить проблему «скрытых» коллизий в формуле прикрепления «личный закон». Эта попытка не увенчалась успехом, — Конвенция не вступила в силу и не оказала заметного влияния на национальное законодательство¹.

В современной доктрине МЧП проблема отсылки сводится к следующим основным положениям: 1) отсылает ли коллизийная норма страны суда к иностранному праву в целом, включая его коллизийные нормы, или только к материальным нормам этого права; 2) в случаях, когда иностранный закон не признает себя компетентным, подлежит ли применению обратная отсылка или отсылка к праву третьей страны; 3) при решении каких вопросов следует принимать отсылку². Практически единогласно утверждается, что теория отсылок — это одна из наиболее сложных проблем современного МЧП. В англо-американской литературе отмечается, что отсылка может использоваться в качестве одного из «избавительных средств»³.

В подавляющем большинстве государств проблема отсылок урегулирована в законодательстве о МЧП. Самое подробное регулирование в настоящее время содержится в ГК Португалии (1966) (ст. 17—19). Проблема отсылок имеет принципиально различное правовое регулирование в законодательстве разных стран:

1) *государства, допускающие применение всей системы отсылок в полном объеме* (в том числе отсылок третьей, четвертой и т.д. степеней), пока не будет выявлено право, предусматривающее материальное регулирование спорного отношения: «(1) Отсылка к иностранному правопорядку охватывает также его отсылочные нормы. (2) Если иностранный правопорядок отсылает обратно, то применяются австрийские материальные нормы (правовые нормы, исключая отсылочные нормы); в случае последующей отсылки определяющими, при соблюдении последующих отсылок, являются материальные нормы того правопорядка, который, со своей стороны, далее не отсылает или, соответственно, к которому отсылка производится

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Кисиль В. И. Механизмы коллизийного регулирования в международном частном праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук. Киев, 2001.

³ Бирюкова Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

в первый раз обратно» (§ 5 Закона о МЧП Австрии). Сходные положения закреплены в законодательстве Португалии, Болгарии;

2) государства, право которых позволяет применять отсылки первой и второй степени, но только в виде исключения (Мексика), либо такая возможность оговорена какими-либо абстрактными условиями, например: «Если имеет место отсылка к праву какого-либо другого государства, то применяется также его международное частное право, насколько это не противоречит смыслу отсылки» (ст. 4 ВЗ ГГУ);

3) государства, предусматривающие возможность применения только обратной отсылки (отсылки к праву страны суда), — Венгрия, Испания, Япония. «Если иностранный закон... отсылает... к румынскому закону, то применяется румынский закон... Отсылка, производимая иностранным законом к праву другого государства, последствий не имеет» (ст. 4 Закона о МЧП Румынии);

4) государства, предусматривающие возможность применения отсылок первой и второй степеней, либо только обратной отсылки в случаях, конкретно оговоренных в законе: «(1) Обратная отсылка к швейцарскому праву или отсылка к праву третьего государства принимается лишь в случаях, предусмотренных настоящим Законом. (2) Обратная отсылка иностранного права принимается в случаях отсылки к швейцарскому праву, регулирующему вопросы гражданского состояния» (ст. 14 Закона о МЧП Швейцарии);

5) государства, по общему правилу запрещающие применение отсылки, с оговоркой о ее применении в установленных законом случаях (Азербайджан, Литва, Украина). «По смыслу настоящего закона, если не установлены особые положения, отсылка к праву государства является отсылкой к правовым нормам этого государства, с исключением норм международного частного права» (ст. 16 Кодекса МЧП Бельгии);

6) государства, законодательство которых полностью запрещает применение отсылок (Греция, Перу, Китай). «Отсылка к праву государства является отсылкой к правовым нормам этого государства, исключая нормы его международного частного права» (ст. 5 кн. 10 ГК Нидерландов);

7) государства, законодательство которых в принципе не содержит регулирования этого вопроса (Алжир, Аргентина, Таиланд).

Большинство государств мира либо в законодательстве, либо в судебной практике (Великобритания, США, Канада) применяют институт отсылок в ограниченном объеме. Английской судебной практике известен особый вид «двойной отсылки»: в одном из дел обратная отсылка была применена дважды, — сначала английский суд принял отсылку от иностранного закона (закона домини-

лия) к закону суда (закону гражданства), потом, наоборот, от закона суда — к иностранному закону. В итоге, «за законом, подлежащим применению, нужно было трижды переходить через Ла-Манш, тогда как в предшествующих делах приходилось за ним только дважды переправляться»¹.

Чаще всего признают только обратную отсылку, отказываясь от отсылки к праву третьего государства. Причина — практическая целесообразность: обратная отсылка на законном основании позволяет суду применять свое собственное право, что упрощает процесс разрешения спора. Обратная отсылка по существу представляет собой возможность отказаться от применения иностранного права. Отсылка к праву третьего государства такой возможности не предоставляет, а наоборот, усложняет процесс выбора компетентного правопорядка.

Вне зависимости от того, как именно вопросы отсылки решаются в законодательстве конкретного государства, международные договоры с участием этого государства по вопросам применения отсылок всегда имеют приоритетное действие: «В случае применения международного договора (конвенции) ... вопросы обратной отсылки и отсылки к третьему закону решаются в соответствии со статьями международного договора (конвенции)» (ст. 1.14.5 ГК Литвы).

Особое значение проблемы отсылок имеет для признания и исполнения иностранных судебных решений. В национальном законодательстве предусматривается возможность отказать в признании и исполнении иностранного судебного решения по причине неправильно выбранного права. Правильность выбора права устанавливается на основе *коллизийного права* того государства, на чьей территории должно быть выполнено судебное решение, а не на основе коллизийного права государства, чей суд принял данное решение. Если решение вынесено без учета предписаний *иностранных коллизийных норм*, — это может послужить достаточным основанием для отказа в его исполнении за границей. Точно так же неправильное применение права (с точки зрения местных коллизийных норм) может быть кассационным или апелляционным поводом. Например, «решение по гражданскому делу... может быть отменено кассационной инстанцией, если... не было применено иностранное право, подлежащее применению в силу *швейцарского МЧП*» (ст. 68 Приложения к Закону о МЧП Швейцарии).

Российская доктрина демонстрирует положительное отношение к применению отсылок, особенно обратной отсылки. Иная точка зрения выражена в отечественном законодательстве, — любая отсылка

¹ Корецкий В. М. Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. М., 1948.

к иностранному праву рассматривается как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву (п. 1 ст. 1190 ГК РФ). Россия входит в группу государств, законодательство которых устанавливает общий запрет применения отсылок. Исключение — обратная отсылка иностранного права может применяться в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физических лиц (п. 2 ст. 1190). ГК РФ признает только отсылку первой степени и только в определенных законом случаях.

Представляется, что эту норму следует толковать как диспозитивную, поскольку отказ от признания отсылки к праву третьего государства противоречит некоторым международным обязательствам РФ. Россия является участницей Женевской конвенции о разрешении некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях (1930) и Бернской конвенции о международных железнодорожных перевозках (1980) (КОТИФ). Женевская конвенция допускает обратную отсылку и отсылку к третьему закону по вопросам векселеспособности индивида; КОТИФ допускает обратную отсылку и отсылку к третьему закону по вопросам ответственности железной дороги за причинение вреда жизни и здоровью пассажиров. Эти положения имеют приоритетное действие по сравнению со ст. 1190 ГК РФ.

Решение российского законодателя по проблеме отсылок нельзя признать удачным. Во всяком случае, обратную отсылку к российскому закону следовало бы признавать без ограничений. Н. И. Марышева приводит очень интересный пример. При усыновлении в России гражданином Эстонии, проживающим в Москве, ребенка, имеющего российское гражданство, суд в силу п. 1 ст. 165 СК РФ должен применить законодательство государства, гражданином которого является усыновитель, т.е. законодательство Эстонии. Согласно ч. 1 ст. 63 Закона о МЧП Эстонии к усыновлению применяется право государства места жительства усыновителя. Поскольку усыновитель живет в России, с позиции эстонского Закона к усыновлению следует применить российское право. Приняв обратную отсылку эстонской коллизионной нормы, российский суд решит дело на основании российского семейного права. Отказ принять отсылку на том основании, что коллизионная норма СК РФ имеет в виду применение только эстонского материального, а не коллизионного права, приведет к применению эстонского семейного права¹.

Право и практика всех государств устанавливают общее исключение из применения отсылок: они не применимы в тех отношениях, где допустима автономия воли сторон (прежде всего, в обязательственных отношениях). Теория отсылок не совместима с автономией

¹ Марышева Н. И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007.

воли, так как стороны при выборе права имеют в виду конкретное материально-правовое регулирование. Применение отсылок способно извратить автономию воли, поскольку установления коллизионного права могут предопределить применение права другого государства, что не соответствует намерениям сторон. Несовместимость отсылок с автономией воли представляет собой общепризнанное положение: «(1) Если иностранное право, подлежащее применению..., предписывает применение к правоотношению польского права, то применяется польское право. (2) Положения п. 1 не применяются, если применимое право... является результатом выбора права сторонами» (ст. 5 Закона о МЧП Польши).

Отсылки в принципе не применяются в договорном праве, независимо от того, сделали ли стороны оговорку о применимом праве, либо компетентный правопорядок установлен судом на основе субсидиарной коллизионной привязки или какой-либо презумпции. Это правило закреплено и в международных соглашениях (Гагская конвенция 1986 г.; Межамериканская конвенция 1994 г.). Положения об отсылке содержатся в ст. 10 Гагской конвенции о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (2005), ст. 24 Регламента Рим II, ст. 12 Протокола о законе, применимом к алиментным обязательствам, подписанный 27 ноября 2007 г. Гагской конференцией международного частного права. Все эти международные конвенции не допускают применения отсылок, закрепляя понятие «применимое право» как материальные нормы соответствующего компетентного правопорядка: «Применение указанного настоящим Регламентом права любой страны означает применение действующих в этой стране норм права, за исключением ее международного частного права» (ст. 24 Рим II).

4.5. Коллизионная взаимность

В коллизионном праве существует понятие коллизионной взаимности, которая отличается от материальной и формальной. Коллизионная взаимность представляет собой взаимное применение права, т.е. суд одного государства применяет право другого государства только при условии, что иностранный суд ведет себя точно так же. По общему правилу, при рассмотрении частноправовых споров, связанных с иностранным правопорядком, коллизионная взаимность не должна учитываться: «Суд применяет иностранное право независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к аналогичным отношениям право Республики Армения» (ст. 1257 ГК Армении).

Иностранное право подлежит применению в национальных судах независимо от того, применяется ли право данного государства за границей, поскольку такое применение предписано постановлениями национального коллизионного права, а не коллизионной взаимностью. Исключение из этого правила — взаимное применение права непосредственно обусловлено в законе или в международном договоре: «Применение иностранного закона не зависит от условия взаимности, если только последующие положения или специальные законы не предусматривают иного» (ст. 6 Закона о МЧП Румынии). В законодательстве большинства государств закреплена презумпция существования коллизионной взаимности (ее наличие предполагается, а вот отсутствие необходимо доказать): «Если нормативный акт требует наличие взаимности, ее существование предполагается до доказывания обратного» (ст. 47.2 Кодекса МЧП Болгарии).

В российском законодательстве установлено: «1. Иностранное право подлежит применению в Российской Федерации независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к отношениям такого рода российское право, за исключением случаев, когда применение иностранного права на началах взаимности предусмотрено законом. 2. В случае, когда применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, если не доказано иное» (ст. 1189 ГК РФ).

Таким образом, юридическая обязанность применения иностранного права не зависит от необходимости доказывать взаимность. В российской доктрине отмечается: «Положения п. 1 ст. 1189, формирующие правила поведения общего характера, категорически закрепляют отсутствие требования о взаимности при допущении применения на территории РФ иностранного права. Иными словами, речь как раз идет не о взаимности как особой категории международного частного права, а об отдельной норме, пусть существенной, но имеющей конкретное предназначение и цель — безусловное санкционирование применения иностранного права»¹.

Положения ст. 1189 ГК устанавливает запрет на требование взаимности в отношении применения иностранного права. Кроме того, неприменение закона, подлежащего применению (в том числе, иностранного), является нарушением и основанием для апелляции: «Нормы материального права считаются нарушенными или неправильно примененными в случае, если:

- суд не применил закон, подлежащий применению;
- суд применил закон, не подлежащий применению;
- суд неправильно истолковал закон» (ст. 363 ГПК РФ).

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

4.6. Оговорка о публичном порядке

В законодательстве всех государств предусмотрены случаи отказа в применении иностранных правовых норм. Наиболее распространенный способ отказа — оговорка о публичном порядке. Такая оговорка представляет собой «защитную меру»; англо-американская доктрина и практика относят ее к «избавительным средствам».

Проблема публичного порядка (*ordre public*) связана с самыми сложными правовыми механизмами МЧП. Это вопросы соотношения публичного и частного интересов, пределов вмешательства государства и его судебной системы в отношения между частными лицами, возможности сочетания автономии воли сторон с императивными нормами национальных законов, допустимости применения иностранного закона на территории другого государства¹.

Основополагающее начало МЧП — применение иностранных правовых норм не должно нарушать основ местного правопорядка. Иностранное право, подлежащее применению, может базироваться на принципах, полностью противоречащих правовой системе страны, суд которой рассматривает спор. Любое государство, допуская применение иностранного права на своей территории, устанавливает порядок и пределы такого применения.

В этих целях выработан особый институт — оговорка о публичном порядке, содержащаяся в праве всех государств и представляющая собой общепризнанный принцип МЧП. В самом общем виде оговорку о публичном порядке можно определить следующим образом: избранное на основе отечественной коллизионной нормы иностранное право не применяется и субъективные права, возникшие на его основе, не признаются, если такое применение или такое признание противоречат публичному порядку данного государства.

Законодательство всех государств основано на единой точке зрения — *в применении иностранной правовой нормы может быть отказано, если последствия ее применения не совместимы с публичным порядком данного государства* (например, в России — заключение полигамного брака, запрет заключения брака до истечения «вдовьего года»). Недопустимо утверждение о том, что право одного государства противоречит праву другого государства (это нарушение принципов невмешательства во внутренние дела другого государства и суверенного равенства государств). Национальному публичному порядку могут противоречить не само иностранное право в целом (как целостная правовая система), а только последствия применения его норм.

¹ Карабельников Б. Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений : научно-практич. комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года. М., 2001.

Понятие оговорки о публичном порядке давно известно судебной практике, законодательству и доктрине. В 1824 г. английский судья лорд Мансфильд отметил, что «к публичному порядку апеллируют только тогда, когда все другие возражения отвергнуты», поскольку оговорка о публичном порядке «есть дикая лошадь, оседлав которую никогда не знаешь, куда она понесет». Решение английской Палаты Лордов (1853): под публичным порядком следует понимать такой принцип, согласно которому никому не должно дозволяться делать то, что способно нанести вред основам любого общества.

В доктрине разработаны различные *определения публичного порядка*.

1. Это «совокупность моральных, экономических и социальных принципов, представляющих особый интерес, который надлежит защищать без каких-либо исключений»¹.

2. Это «основополагающие, системообразующие нормы и принципы, обеспечивающие стабильность экономической, политической, социальной, правовой сфер государства, причем на правовой аспект публичного порядка в значительной степени оказывает влияние моральная, культурная, религиозная составляющие жизни конкретного общества»².

3. «Публичный порядок (public policy)... представляет собой некие фундаментальные и ненарушаемые принципы права и справедливости»³.

В доктрине публичный порядок делится на *внутренний и международный; позитивный и «негативный»; материально-правовой и процессуальный*. Европейская правовая доктрина использует категории «публичный порядок Сообщества» и «действительно международный публичный порядок».

Материально-правовой публичный порядок имеет в виду, что признание иностранных материальных норм не должно приводить к последствиям, несовместимым с основами национального правопорядка. *Процессуальный публичный порядок* подразумевает, что признание и исполнение решений иностранных правоприменительных органов не должно приводить к последствиям, несовместимым с основами национального правопорядка.

Позитивный публичный порядок — это существование определенной категории внутренних правовых норм, которые в силу их особой

¹ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982.

² Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

³ Траснов Р. А. Международный коммерческий арбитраж: понятие и критерии применения оговорки о публичном порядке // URL: <http://www.roche-duffay.ru/articles/disputes.htm>

важности не могут быть обойдены за счет применения иностранного права. *Негативный публичный порядок* — иностранное право не применяется, если такое применение противоречит предписаниям особо значимых установлений национального правопорядка.

Внутренний публичный порядок устанавливается каждым государством самостоятельно и имеет в виду только внутригосударственные отношения. *Международный публичный порядок* — это нормы права, принятые национальным законодателем с учетом его международных обязательств. Международный публичный порядок должен соблюдаться при применении иностранных законов, признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений. Во французской судебной практике отмечается: «Международный публичный порядок... может означать только французскую концепцию международного публичного порядка... совокупность ценностей, нарушение которой французский правопорядок не может допустить даже в международных делах»¹.

О различном содержании международного и внутреннего публичного порядка свидетельствует постановление Кассационного суда Франции от 21 июня 1950 г. по делу «Мессажри маритим». Для защиты национальной валюты во Франции в начале XX в. были запрещены договорные условия о фиксации цен контракта в привязке к курсу золота. Несмотря на данный запрет, Кассационный суд посчитал, что аналогичное условие, включенное в международный коммерческий контракт, сохраняет свою силу².

Международный публичный порядок устанавливает для прав и обязанностей, вытекающих из иностранных актов, более «льготный режим», предполагающий некий правовой компромисс во имя обеспечения международного сотрудничества³. Международный публичный порядок любого государства может быть и процессуальным, и материальным и состоит из основополагающих принципов, императивных норм, международных обязательств⁴.

Ассоциация международного права в 2002 г. утвердила Рекомендации по применению государственными судами положения о публичном порядке при признании и приведении в исполнение международных арбитражных решений. Цель Рекомендаций —

¹ Хвесеня В. М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3.

² Крохалев С. В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции : дис. ... канд. юрид. наук. Екатеринбург, 2005.

³ Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

⁴ Хвесеня В. М. Указ. соч.

обеспечить последовательность и предсказуемость в толковании и применении публичного порядка. При признании или приведении в исполнение международных арбитражных решений следует применять не «национальный публичный порядок», а более узкий критерий — международный публичный порядок» данной страны.

Указание на международный публичный порядок призвано отграничить публичный порядок, применимый к международным арбитражным решениям, от публичного порядка, применимого к внутренним арбитражным решениям. Доктрина международного публичного порядка — международные арбитражные решения по частноправовым спорам должны приводиться в исполнение даже тогда, когда в принудительном исполнении внутреннего третейского решения следовало бы отказать по основанию нарушения публичного порядка.

Существо действующего международного правопорядка выражается в документах, принадлежащих к *lex mercatoria*: Проект международной конвенции ООН о незаконных платежах (1979), Руководящие принципы ОЭСР для многонациональных предприятий (1976), Рекомендации ОЭСР о предложениях странам — членам ОЭСР по принятию эффективных мер, противодействующих коррупции иностранных чиновников (1994), Резолюция Совета Европы по разработке международной программы действий против коррупции (1994), рекомендации Международной торговой палаты, касающиеся вымогательства и коррупции в операциях международной торговли (1977), документы Базельского комитета о передаче информации, связанной с банковской тайной, в случаях отмывания денег¹.

Понятие международного публичного порядка широко используется в Кодексе Бустаманте (более 40 статей содержат указание на международный публичный порядок). К международному публичному порядку относятся положения о неотчуждаемости приданого (ст. 192); принудительном отчуждении в целях общественного блага (ст. 194); размере торговых процентов (ст. 257); национальности водных и воздушных судов (ст. 284).

Законодательство некоторых государств содержит указание на международный публичный порядок: в приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного за границей, должно быть отказано, если оно содержит постановления, «приведение в исполнение которых приведет к результату, который очевидно несовместим с принципами международного публичного порядка Португалии»

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. д-ра юрид. наук. М., 2004.

(ст. 1096.1 ГК Португалии). Аналогичное положение закреплено в процессуальном законодательстве Франции.

В подавляющем большинстве национальные законы, регулирующие вопросы МЧП, не оперируют термином международный публичный порядок. Такая терминология в основном свойственна англо-американскому праву и законодательству латиноамериканских государств: «Не применяются иностранные законы, которые явно противоречат существенным принципам международного публичного порядка, на котором Республика основывает свою правовую индивидуальность» (ст. 2404 ГК Уругвая).

Первый законодательный акт, закрепивший оговорку о публичном порядке, — ГК Франции 1804 г. (ст. 3, 6): «Законы, касающиеся благоустройства и безопасности, обязательны для всех, кто проживает на территории [Франции]... Нельзя нарушать частными соглашениями законов, затрагивающих общественный порядок и добрые нравы». Такая формулировка называется оговоркой о публичном порядке в позитивном варианте, т.е. придание особого значения ряду законов, «вытесняющих применение коллидирующих с ними норм иностранного права»¹. В законодательстве отдельных стран рецепировано это положение ФГК: «Законы, касающиеся благоустройства и безопасности, обязательны для всех, кто проживает на территории [Мадагаскара]» (ст. 27 Ордонанса Мадагаскара). Однако в настоящее время позитивная концепция публичного порядка присутствует в большинстве национальных кодификаций МЧП как особый институт — институт императивных норм.

Позитивный вариант оговорки в основном используется в специальном законодательстве. Закон Дании о морском праве предусматривает, что нормы об ответственности не могут быть изменены частными соглашениями в ущерб интересам пассажира. Закон Бельгии о единоличном агенте по распространению товара устанавливает, что не может быть исключено посредством подчинения договора иностранной правовой системе требование агента о вознаграждении. Данное правоотношение в принципе не может регулироваться иностранным законом. При несоблюдении этого требования иностранное решение не будет исполнено на территории Бельгии по мотивам противоречия публичному порядку².

Позитивная оговорка о публичном порядке закреплена в Регламенте Рим I (п. 3 ст. 3): «В случае если на момент данного выбора [права] все остальные элементы ситуации находились в дру-

¹ Луцц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

гой стране чем та, чье право выбрано, то выбор сторон не должен наносить ущерба применению положений права этой другой страны, от которых не разрешается отступать посредством соглашения». Нормы, от которых не разрешается отступать посредством соглашения, представляют собой вариант позитивной оговорки о публичном порядке. Механизм позитивной оговорки используется в Регламенте для защиты слабой стороны (потребителя и работника по индивидуальному трудовому договору), обеспечивает соблюдение требований к форме договора, касающегося вещных прав на недвижимое имущество.

Первый законодательный акт, использовавший негативную концепцию публичного порядка, — это ВЗ ГГУ (ст. 6): «Правовая норма другого государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно не совместим с существенными принципами германского права. Она в особенности не применяется, если это применение не совместимо с основными правами». Негативная форма оговорки — «речь идет о свойствах иностранного закона, которые делают его неприменимым»¹. В настоящее время подавляющее большинство государств устанавливает эту форму оговорки (Швейцария, Польша, Италия, Испания, Австрия); субсидиарно закрепляется позитивный вариант оговорки в форме института императивных норм. Оговорка о публичном порядке в негативной форме широко применяется в англо-американской судебной практике.

Оговорка о публичном порядке присутствует в законодательстве всех стран, причем законодатель либо использует формулировку «публичный порядок» без каких-либо разъяснений, либо дает самые общие ориентиры в виде указания на основополагающие принципы права, основы (принципы) правопорядка, публичные интересы (Турция, Швейцария, Польша, Китай). В основном понятие «публичный порядок» раскрывается в судебной практике, значительно реже — в законодательстве: «Публичный порядок... вопросы, относящиеся к личному статусу..., брак, наследование и происхождение,... вопросы, относящиеся к суверенитету, свободе торговли, обращению материальных ценностей, правила частной собственности и другие... установления, на которых базируется общество,... не противоречит характерным положениям и основополагающим принципам исламского шариата» (ст. 3 Закона ОАЭ).

Законодательная неопределенность понятия «публичный порядок» вызвана тем, что невозможно предусмотреть все варианты потенциальных коллизий между отечественным и иностранным пра-

¹ Луниц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

вом¹. Приходится прибегать к помощи расплывчатых понятий, зачастую имеющих не юридический, а морально-нравственный смысл. В доктрине постоянно подчеркивается неопределенность и даже неопределимость данного понятия: «Неопределенность категории публичного порядка... возводится в один из принципов международного частного права»².

В законодательстве любого государства существует категория законов, действие которых не может быть отменено иностранным правом — «законы публичного порядка». Проблема применения таких законов — ни в одном государстве нет их исчерпывающего перечня. Законодательство содержит только общие критерии этих актов — законы, имеющие «наиболее важное значение» для государства, законы «особой важности», «устанавливающие принципы, лежащие в основе всей социальной структуры государства».

К «законам публичного порядка» относятся все нормы публичного права — конституционного, процессуального, налогового, валютного, таможенного, экологического, банковского, антитрестовское законодательство, правила страхования. При этом вне рамок законодательного регулирования остается целая система принципов, основополагающих для правовой и социальной структуры общества. Такие принципы настолько естественны для общества, в котором они сформированы и существуют, что их регламентация в законодательстве не является необходимой³ (например, принцип защиты слабой стороны договора, часто используемый в западной судебной практике для защиты контрагентов ТНК).

Общие принципы права («*pacta sunt servanda*», принцип доброй совести, принцип целесообразности и соразмерности наказания) — элемент оговорки о публичном порядке. В частности, Апелляционный суд г. Парижа заявил, что принципом международного публичного порядка является добросовестность при исполнении контрактов⁴.

В доктрине предпринимаются попытки определить категорию «публичный порядок» путем перечисления норм, составляющих основу национального правопорядка:

1. Основополагающие принципы национального публичного права (конституционного, уголовного, административного).

¹ Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

² Лунц Л. А. Указ. соч.

³ Морозова Ю. Г. Указ. соч.

⁴ Траснов Р. А. Международный коммерческий арбитраж: понятие и критерии применения оговорки о публичном порядке // URL: <http://www.roche-duffay.ru/articles/disputes.htm>

2. Общепризнанные принципы морали и справедливости, на которые опирается национальный правопорядок; национальное самосознание общества.

3. Законные права и интересы физических и юридических лиц, общества и государства.

4. Общепризнанные принципы и нормы международного права, международно-правовые стандарты защиты прав человека, являющиеся частью правовых систем большинства государств и имеющие примат перед действием национального права.

Этот перечень не имеет исчерпывающего, закрытого характера. Ограничения применения иностранного закона со ссылкой на публичный порядок допускаются и по другим основаниям. Оговорка о публичном порядке является «каучуковой» категорией и может быть использована для отказа в применении иностранного права, даже если последствия его применения никак не противоречат основам национального правопорядка. В доктрине ссылка на публичный порядок расценивается как правовая патология, аномалия: «Неконкретность термина “публичный порядок” часто является основанием злоупотребления, а также искусственного использования данного основания судебного контроля... Оговорка о публичном порядке должна применяться в исключительных случаях, а само понятие “публичный порядок” следует толковать в узком смысле»¹.

Концепция широкого толкования оговорки о публичном порядке свойственна правоприменительной системе Франции. Судьи отказываются от применения норм иностранного права, нарушающего общие принципы права, мораль и справедливость (например, национализация без выплаты компенсации). Независимо от автономии воли сторон императивным образом подлежат применению нормы французского права, регулирующие трудовые отношения, договоры страхования и аренды помещений для проживания частных лиц, правила по защите прав потребителей².

Концепция узкого толкования оговорки о публичном порядке свойственна системе общего права. Английский суд может отказаться «от приведения в исполнение» иностранного права на территории Англии. В Великобритании «не подлежат исполнению» иностранные уголовные законы, иностранное налоговое и валютное законодательство. Законопроект Австралии о выборе права предусматривает (ст. 4.3): «Настоящий Закон не препятствует суду отказать в признании или принудительном применении права какого-

¹ Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

² Batiffol H., Lagarde P. Droit International Prive. Paris, 1983.

либо места за пределами Австралии на том основании, что это противоречило бы публичному порядку».

Верховный суд США в решении по делу Грейс постановил: «Ссылка на нарушение принципов публичного порядка допустима только, если эти принципы являются четко определенными и доминирующими в обществе, что должно быть нормативно закреплено в законах и судебной практике, а не вытекать из общих соображений или представлений о публичном интересе... Защитный фильтр публичного порядка не должен иметь широкую и неограниченную сферу применения»¹.

Во многих международных договорах установлено, что суд вправе обратиться к оговорке о публичном порядке, если применение иностранного права явно не совместимо с национальным правопорядком. Типичная для международных актов формулировка содержится в ст. 11 Гаагской конвенции о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (2005): «В применении права, определенного в соответствии с настоящей Конвенцией, может быть отказано, только если последствия его применения явно противоречат публичному порядку страны суда».

Современные международно-правовые акты включают в публичный порядок «фундаментальные принципы доставки документов в данном государстве» и «принципы процессуальной справедливости данного государства» (ст. 9 Гаагской конвенции о соглашениях об исключительном выборе суда); «основные принципы или гарантируемые конституцией права и частные свободы» (ст. 26(1) Регламента Совета ЕС № 1346/2000 от 29 мая 2000 г., относящегося к процедурам несостоятельности); «гарантированную защиту благополучия детей, физическую и психическую целостность личности» (ст. 7 Директивы Европейского парламента и Совета № 2008/52/ЕС от 21 мая 2008 г. об отдельных аспектах медиации в гражданских и торговых делах). В Преамбуле Регламента Рим II (п. 32) говорится, что противоречащим публичному порядку страны суда является применение права, которое повлекло бы назначение суммы, уплачиваемой в порядке возмещения вреда, имеющей характер поучительной меры или наказания и являющейся чрезмерной по отношению к размеру понесенного ущерба.

В российском законодательстве закреплен негативный вариант оговорки о публичном порядке. В отечественных законодательных актах используется различная терминология: основы правопорядка (публичный порядок) Российской Федерации (ст. 1193

¹ Траснов Р. А. Международный коммерческий арбитраж: понятие и критерии применения оговорки о публичном порядке // URL: <http://www.roche-duffay.ru/articles/disputes.htm>

ГК РФ, ст. 167 СК РФ), публичный порядок Российской Федерации (ст. 244 АПК РФ), суверенитет, безопасность и публичный порядок Российской Федерации (ст. 412 ГПК РФ). Статья 1193 ГК РФ подчеркивает исключительный характер оговорки о публичном порядке: норма иностранного права, подлежащая применению, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации. Противоречие последствий применения нормы основополагающим принципам правовой системы страны суда должно быть явным.

ВС РФ попытался определить понятие публичного порядка: судебная коллегия по гражданским делам ВС РФ в Определении от 25 сентября 1998 г. указала, что «под «публичным порядком Российской Федерации» понимаются основы общественного строя российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания».

В постановлении Президиума ВС РФ от 2 июня 1999 г. подчеркивается, что под публичным порядком следует понимать основные принципы, закрепленные в Конституции РФ и законах Российской Федерации. В отечественной доктрине высказывается мнение, что такой подход ВС РФ близок подходу американского суда, указавшего, что ссылка на публичный порядок может быть сделана только в случае, когда «исполнение нарушит самые основные принципы морали и справедливости государства, в котором предполагается исполнение»¹.

Одно из наиболее удачных определений, предложенных российской судебной практикой, включено в Определение ВС РФ от 19 августа 2008 г. № 91-Г08-6: «Под публичным порядком Российской Федерации понимаются установленные государством основополагающие нормы об экономическом и социальном устройстве общества, главные устои основ правопорядка, закрепленные Конституцией Российской Федерации и федеральным законодательством Российской Федерации».

¹ Карабельников Б. Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений : научно-практич. комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года. М., 2001.

К сожалению, не представляется возможным согласиться с утверждением, что «для нашей практики характерен крайне осторожный подход к вопросу об использовании оговорки о публичном порядке»¹. Приходится констатировать, что российские правоприменительные органы склонны к чрезмерно широкой интерпретации публичного порядка. Это «подрывает и без того небезупречную репутацию российской судебной системы. В результате под ударом оказываются активы российских компаний, находящиеся за рубежом»².

Многие представители доктрины подчеркивают обязанность судов обосновать их решения об отказе в применении иностранного права. В случае, если суд придет к выводу о явном противоречии публичному порядку Российской Федерации последствий применения нормы иностранного права, суд обязан доказать явную несовместимость такой нормы с российским правом. В каждом конкретном случае применения оговорки о публичном порядке суд должен аргументировать свою позицию³. Следует подчеркнуть, что если речь идет о публичном порядке, то имеются в виду не абстрактные принципы морали и нравственности, а реальные императивные нормы публичного права, имеющие существенное значение для регулирования частноправовых отношений⁴. Публичный порядок, включая его нравственные, моральные, социальные и экономические элементы, должен формироваться строго в правовом поле.

В Концепции развития гражданского законодательства РФ отмечается желательность некоторого уточнения положений ст. 1193 ГК РФ в целях более четкого определения условий, при которых может быть отказано в применении норм иностранного права. В законодательстве и судебной практике ряда государств проводится различие между публичным порядком, применимым в чисто внутренних отношениях, и публичным порядком, применяемым при регулировании отношений, осложненных иностранным элементом. При сохранении общей гибкости защитного механизма оговорки о публичном порядке целесообразно предусмотреть соответствующее уточнение и в ст. 1193, указав, что ее применение осуществляется с учетом осложненности отношений иностранным элементом.

Первое предложение ст. 1193 предлагается сформулировать следующим образом: «Норма иностранного права, подлежащая приме-

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

² Карабельников Б. Р. Указ. соч.

³ Галимуллина С. К. Применение иностранного права в международном частном праве: Теория, законодательство и судебная практика Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. Казань, 2006.

⁴ Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

нию в соответствии с правилами настоящего раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации *с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом*».

Кроме того, оговорка о публичном порядке в контексте регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, также содержится в СК РФ (ст. 167), но при этом не содержит предусмотренных в ст. 1193 ГК РФ положений, подчеркивающих исключительность этого защитного механизма. Целесообразно внести соответствующие изменения и в СК РФ.

Если суд отказывает в применении какой-либо нормы иностранного права по причине противоречия последствий ее применения публичному порядку страны суда, то в правовом регулировании, естественно, возникает пробел. Возникает проблема «замещения» — какая норма должна применяться вместо отвергнутой? Законодательство демонстрирует различные подходы для решения подобной проблемы:

1. Этот вопрос законодательно не регулируется (Венесуэла, Греция, Грузия, Египет).

2. Применяется право страны суда (Австрия, Буркина-Фасо, Лихтенштейн). «Вместо иностранного права, в применении которого отказано, применяется венгерское право» (ст. 7.3 Указа о МЧП Венгрии).

3. Применяется иностранное право (Португалия, Италия). «Иностранное право не применяется, если последствия его применения противоречат публичному порядку. В таком случае применяется право, избранное с помощью иных сходных критериев, если таковые предусмотрены той же правовой нормой. При их отсутствии применяется итальянское право» (ст. 16 Закона о МЧП Италии).

В доктрине господствует точка зрения, что возникающий в данном случае пробел должен быть восполнен в первую очередь за счет обращения к другой норме того же иностранного права. Закон суда может применяться только в том случае, если регулирование по иностранному праву невозможно в принципе.

Российское законодательство решает вопрос замещения следующим образом: в случае отказа в применении нормы иностранного права со ссылкой на публичный порядок «применяется соответствующая норма российского права» (ст. 1193 ГК РФ).

Такую формулировку нельзя считать удачной. Как быть, если в российском праве отсутствует «соответствующая» норма или данное правоотношение в принципе неизвестно российскому праву (например, расторжение однополного брака)? Представляется, что

доктрина, правопорядки Италии и Португалии предлагают более функциональный вариант решения проблемы, нежели отечественный законодатель: сначала следует обратиться к иным нормам иностранного правопорядка, регулирующим данное правоотношение, и только при явной невозможности их применения суду следует применять собственное право.

4.7. Институт императивных норм как разновидность защитной оговорки

В любой правовой системе есть особый круг императивных норм, которые не являются частью публичного порядка, но должны применяться всегда, даже если национальное коллизионное право отсылает к иностранной правовой системе. «В процессе своего развития международное частное право приходит к признанию того факта, что наряду с публичным порядком действуют строго императивные нормы национального права, которые должны иметь приоритет перед нормами применимого иностранного права»¹. Такие нормы являются «продолжением» норм публичного порядка; имеют «сверхимперативный» или «особо императивный» характер; их применение невозможно устранить ни соглашением сторон о выборе права, ни в силу привязки национальной коллизионной нормы.

Институт императивных норм — разновидность защитной оговорки, одно из «избавительных средств», способ отказа от применения иностранного права. Унифицированная терминология для обозначения этого института отсутствует. ГК РФ использует термин «императивные нормы» (ст. 1192); Кодекс МЧП Болгарии (ст. 46) — «особые императивные нормы»; Закон о МЧП Македонии — «нормы непосредственного применения» (ст. 14); регламенты Рим I и Рим II — «преобладающие императивные положения». Для удобства терминологии этот институт условно можно назвать «императивная оговорка»; нормы, образующие его основу, в доктрине обозначаются как сверхимперативные.

Положение об обязательном применении императивных норм национального закона представляют собой своеобразный позитивный вариант оговорки о публичном порядке. Современная тенденция в развитии системы оговорки о публичном порядке — государства, традиционно применяющие оговорку в негативном варианте, параллельно закрепляют и ее позитивный вариант: «Императивные нормы швейцарского права в силу особого их назначения применяются независимо от того, право какого государства подлежит

¹ Садиков О. Н. Коллизионные нормы в современном международном частном праве // Советский ежегодник международного права. М., 1984.

применению» (ст. 18 Закона о МЧП Швейцарии). Сходные положения предусмотрены в законодательстве Италии, Венесуэлы, в праве Великобритании (ст. 3 Закона о страховых компаниях (1982)).

Грузинский законодатель не только закрепляет обязанность соблюдения императивных норм права Грузии, невзирая на то, право какой страны применяется при урегулировании отношений (ст. 6), но и устанавливает понятие «императивные нормы социальной защиты»: «Выбор права считается недействительным, если он игнорирует императивные нормы, принятые для защиты потребителей, рабочих и служащих от дискриминации. Это правило применяется также в отношении поставок движимых вещей, финансирования, трудовых договоров или договоров о предоставлении услуг, если они согласованы или заключены в стране, где потребители, рабочие и служащие имеют место жительства и где действуют такие защитные нормы» (ст. 38 Закона о МЧП).

Защитная оговорка о применении императивных норм шире позитивной концепции публичного порядка. Императивная оговорка подразумевает соблюдение не только особо важных национальных норм, но и иностранных сверхимперативных норм. Основные проблемы императивной оговорки:

- 1) круг норм, подлежащих обязательному применению; их соотношение с нормами публичного порядка;
- 2) круг государств, императивные нормы которых необходимо соблюдать.

Наиболее сложная проблема — определение круга норм, подлежащих обязательному применению. Необходимо обозначить критерии, позволяющие толковать какую-либо норму в качестве сверхимперативной.

В отдельных случаях указание на сверхимперативный характер нормы содержится в формулировке этой нормы, прямо оговаривается в законодательстве или международных соглашениях. Например, при ратификации Венской конвенции 1980 г. Российская Федерация заявила о невозможности заключить внешнеторговый контракт в устной форме, если хотя бы одна из сторон имеет коммерческое предприятие в России. Таким образом, условие о письменной форме сделки — сверхимперативная норма российского права. К таким нормам относятся и российские правила о государственной регистрации прав на недвижимое имущество, о создании юридических лиц. Сверхимперативными нормами английского права можно считать положения Закона о недобросовестных условиях договора (1977)¹.

¹ Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001.

Однако подобные сверхимперативные нормы встречаются крайне редко. В основном сверхимперативность презюмируется, выводится из специфики связи нормы и правоотношения, значимости нормы для правоотношения. Современная доктрина и судебная практика относят к категории сверхимперативных норм положения о защите прав потребителей, правила валютного и антимонопольного законодательства, нормы о запрете экспортных и импортных ограничений, правила оборота ценных бумаг. Перечень сверхимперативных норм можно продолжить; частично он смыкается с кругом норм публичного порядка.

Императивная оговорка имеет в виду особо значимые императивные нормы национального права, регулирующие имущественные и связанные с ними неимущественные отношения между частными лицами. Это отдельные нормы гражданского, семейного и трудового законодательства; нормы публичного права (административного, валютного, земельного), имеющие частноправовой эффект. Круг таких норм шире категории норм публичного порядка; потенциально он может включать в себя любое императивное предписание национального закона.

Применение императивной оговорки способно устранить действие иностранного права практически в любой ситуации. Кроме того, деление норм на императивные или диспозитивные свойственно континентальной правовой системе. Для англо-американского права такое деление не характерно¹. Это усугубляет проблему определения круга сверхимперативных норм. В настоящее время отсутствуют какие-либо унифицированные подходы для решения поставленной проблемы. В доктрине утверждается, что разумный предел действия императивной оговорки, исключающей применение иностранного права, может быть найден только путем длительной практики².

В Преамбуле Регламента Рим I подчеркивается нетождественность «положений, от которых не разрешается отступать посредством соглашения» (оговорка о публичном порядке), и понятия «преобладающие императивные положения». Последние подлежат более ограничительной конкретизации. В ст. 9 Регламента установлено, что преобладающие императивные положения — это положения, соблюдение которых признано в качестве имеющих принципиальное значение для охраны публичных интересов страны (таких как ее политическое, социальное или экономическое устройство). Ничто

¹ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999.

² Бирюкова Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

в Регламенте не ограничивает применение преобладающих императивных положений права страны суда.

По вопросу соблюдения императивных норм иностранного права национальное законодательство закрепляет более «расплывчатые» подходы: «Императивная норма, принадлежащая иному правопорядку, ... может быть принята во внимание, если ... учета данной императивной нормы требуют законные интересы, имеющие с точки зрения общих начал швейцарского права бесспорно решающее значение. При решении вопроса о том, следует ли принять во внимание такую императивную норму, учитываются ее цель, а также последствия, которые ее применение имело бы для вынесения решения, надлежащего с точки зрения общих начал швейцарского права» (ст. 19 Закона о МЧП Швейцарии). Применение иностранных императивных норм обусловлено соответствием такого применения общим началам швейцарского права.

Законодатель Квебека (Канада) допускает применение иностранных императивных норм «в случае, когда законные и явно преобладающие интересы этого требуют», при этом «во внимание принимаются цель нормы и последствия ее применения» (ст. 3079 ГК Квебека).

Круг государств, императивные нормы которых необходимо соблюдать, прямо очерчен в законодательстве — это государство, суд которого рассматривает спор, и государство, с которым правоотношение наиболее тесно связано (Австралия, Великобритания, Германия, Швейцария). «Суд... может применять императивные нормы права другого государства, имеющие тесную связь с соответствующими правоотношениями» (ст. 14 Закона о МЧП Украины).

В Регламенте Рим I подчеркивается (ст. 9), что также может придаваться действие преобладающим императивным положениям права страны, где возникающие на основании договора обязательства должны быть исполнены, в той мере, в какой эти положения делают исполнение договора незаконным. При решении вопроса о действии этих положений должны учитываться их характер и цель, а также последствия их применения или неприменения.

В российском праве положение о применении императивных норм (оговорка о публичном порядке в позитивном варианте) закреплено в п. 1 ст. 1192 ГК: определенные императивные нормы российского права применяются всегда, независимо от решения коллизионного вопроса. Законодатель попытался определить круг таких норм: императивные нормы, в которых непосредственно указана обязательность их применения; нормы, имеющие особое значение для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота. Формулировка ст. 1192 порождает расшири-

тельное толкование закрепленных в ней положений, — практически любая императивная норма российского права может быть объявлена имеющей особое значение.

В отечественном праве закреплена и необходимость учета императивных норм иностранного права (п. 2 ст. 1192 ГК): при применении права какого-либо государства российский суд может принимать во внимание императивные нормы права другого иностранного государства, с которым отношение наиболее тесно связано. Это положение имеет диспозитивный характер: российский суд может (а не должен) учитывать характер таких норм, последствия их применения или неприменения. Российский суд не обязан применять иностранные императивные нормы, он только может принять их во внимание. Кроме того, императивные нормы государства, с которым отношение наиболее тесно связано, должны «согласно праву этой страны... регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

Соглашение сторон о подчинении договора какому-либо правопорядку выводит отношение из сферы действия любого иного права и может привести к его нарушению. В законодательстве многих стран правила о необходимости соблюдения национальных императивных норм и императивных норм права, наиболее тесно связанного с договором, распространяется в первую очередь на договорные отношения. Соответствующие императивные нормы обладают приоритетом перед автономией воли сторон и не могут игнорироваться даже в том случае, когда применимым правом является иностранное право. Сходные положения закреплены и в международном праве — ст. 17 Гаагской конвенции 1986 г.: «Положения Конвенции о применимом праве не препятствуют применению тех норм права страны суда, которые должны применяться независимо от права, регулирующего данный договор».

Аналогичные положения установил и российский законодатель (п. 5 ст. 1210 ГК): 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 действия императивных норм страны, с которой договор реально связан.

В Концепции развития гражданского законодательства РФ отмечается, что заголовок ст. 1192 ГК РФ требует терминологического уточнения. Эта статья носит название «Применение императивных норм», но фактически она касается особой категории императивных норм, действие которых не зависит от того, каким правом регулируется правоотношение, осложненное иностранным элементом. Кроме того, термин «императивные нормы» в более общем традиционном

значении используется в других нормах ГК РФ (ст. 422, п. 5 ст. 1210, п. 1 ст. 1212). Статья 1192 могла бы быть озаглавлена «Нормы непосредственного применения», что в контексте разд. VI ГК более точно отражает коллизионную специфику норм, о которых говорится в данной статье.

В разработанном проекте изменений ГК РФ ст. 1192 «Нормы непосредственного применения» излагается следующим образом:

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

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

4.8. Обход закона в международном частном праве

Привязка коллизионной нормы определяет, какой правопорядок (местный или иностранный) должен регулировать соответствующее отношение. Изменение коллизионной привязки во многих случаях способно привести к применению иного правопорядка. Такое изменение может быть результатом намеренных действий субъектов отношения с целью избежать «неудобного» правового регулирования. Применение «благоприятного» правопорядка обеспечивается посредством искусственного создания фактического обстоятельства (объективного критерия), закрепленного в коллизионной привязке.

Объективный критерий, формирующий привязку коллизионной нормы, сознательно привносится в правоотношение заинтересованным субъектом. Для разрешения этого противоречия была разработана теория обхода закона (*agere in fraudem legis*). Институт обхода закона представляет собой одну из защитных оговорок, «избавительное» средство, основание для отказа в применении иностранного права, на которое указывает коллизионная норма.

«Коллизионная норма рассчитана на применение к такому составу, в котором нет намерения избежать применения какого-то

из национальных законов». Создание искусственной привязки к иному закону представляет собой недобросовестную трактовку коллизионной нормы, т.е. обход закона. Согласно одной из теорий обхода закона, его суть состоит в том, что обходимая норма толкуется неправильно с целью добиться ее неприменения. Обход закона в МЧП несовместим с «действительной» коллизией законов¹.

Субъект правоотношения намеренно создает «ложную» коллизию законов, чтобы исключить применение объективно более компетентного закона в пользу менее компетентного. Средство для создания «ложной» коллизии законов и неправомерного перераспределения компетенции одного закона в пользу другого — текст коллизионной нормы, точнее, коллизионной привязки. Намеренные действия субъекта (реальные или мнимые) могут привести к образованию «обманной привязки».

Обманная привязка может быть создана далеко не во всех формулах прикрепления. Такая возможность возникает, когда коллизионная норма прямо или косвенно принимает во внимание индивидуальную волю. В частности, в коллизионной норме, устанавливающей компетенцию *lex rei sitae* в отношении недвижимостей, отсутствует возможность проявления субъективной воли. Заинтересованное лицо по своему желанию не может изменить место нахождения недвижимости в целях применения.

В теории *agere in fraudem legis* действия объявляются совершенными в обход закона потому, что с помощью коллизионной нормы обеспечивается объективно необоснованное перераспределение компетенции обходимого закона (*lex domesticae*) в пользу какого-либо иного правопорядка. Во многом теория *agere in fraudem legis* объясняется несовершенством юридической техники, чрезмерно широким формулированием объема коллизионных норм и жестким ука-занием на конкретную привязку².

В доктрине обход закона понимается следующим образом:

1. Сущность обхода закона в МЧП — привязка к определенному законодательству... иногда создается искусственно лицами, желающими избежать применения к их правоотношению принудительных законов, которым подчинено это правоотношение»³.

2. «Обходом закона в МЧП является ситуация, в которой стороны даже и не намеревались специально избежать применения одного закона, а просто избрали применимыми нормы, которые не могут

¹ Муранов А. И. К вопросу об «обходе закона» // Московский журнал международного права. 1997. № 3.

² Муранов А. И. «Обход закона» в международном частном праве: мнимость актуальности и надуманность проблем // Законодательство. 2004. № 7, 8.

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

регулировать правоотношение из-за того, что они предназначены для других отношений»¹.

3. Запрет обхода закона «означает, что выбор сторонами подлежащего применению права не должен преследовать единственной цели — избежать императивных норм, применение которых к договору в противном случае было бы обязательным. Такой выбор в категориях англо-саксонской системы права именовался бы добросовестным»².

4. Сущность «обхода закона» — обеспечение устойчивости МЧП при взаимодействии национальных правовых систем, исключение возмущающих воздействий на указанную подсистему посредством соглашения и иных действий, отражающих «частные интересы в ущерб интересам личности, общества и государства»³.

Наиболее сложные проблемы в теории обхода закона:

1. Соотношение обхода закона с оговоркой о публичном порядке и императивной оговоркой.

2. Предмет регулирования норм об обходе закона.

3. Какие нормы имеют в виду обход закона — коллизионные или материальные.

4. Как понимать обход закона — как действительное создание коллизионной привязки к иностранному закону (заключение за границей договора с целью использовать иностранную правовую форму) или как фиктивное указание привязки (указание в договоре, что он якобы совершен за границей).

Теория «обхода закона» появилась в качестве второго (наряду с публичным порядком) исключения необходимости применять иностранный закон, на который указывает коллизионная норма. «Если законодательство... содержит... много императивных положений... было бы... нелепым с точки зрения соответственного законодательства допустить устранение их действий, допустить обход внутренних законов... посредством заключения соответственных договоров... за пределами соответственной страны, в стране, законодательство которой... ставит все в зависимость от “добровольных” соглашений сторон»⁴.

Обход закона и публичный порядок — взаимосвязанные категории, однако «публичный порядок не помогает или не всегда помогает. *Fraude a la loi* представляет собой особое явление, ... бороться

¹ Садиков О. Н. Регулирующие функции коллизионных норм и их структура / Международное частное право: современные проблемы / под ред. М. М. Богуславского. М., 1994.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2011.

³ Кудашкин В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в международном частном праве // Законодательство. 2004. № 3.

⁴ Гойхбарг А. Г. Международное право. М., 1928.

с ним следует особым способом... при помощи особого принципа, касающегося *agere in fraudem legis* (действий, совершаемых в обход закона). Положение в данном случае аналогично тому, которое имеет место при обходе закона в пределах одного правопорядка, когда публичный порядок вообще не принимается в соображение»¹.

В классической теории *agere in fraudem legis* подчеркивается, что «обходится» не коллизионная, а материальная норма: «При обходе закона... переходят в сферу действия другого правопорядка, содержащего желательные материальные нормы, и затем приноравливаются к последним... Обходится материальная норма... Коллизионная норма — только орудие для такого обхода»².

Этой концепции придерживается и российская доктрина: «Согласно теории обхода закона “обход” имеет целью неприменение той или иной нормы, а в случае с “обходом закона” в МЧП цель... состоит именно в применении коллизионной нормы ввиду наличия в ней “удобной”... привязки, а результатом является применение иностранного права и неприменение внутренней материальной нормы права, коллизионная норма которого и была применена. Из того, что коллизионная норма применяется, вытекает, что в теории «обхода закона» она — лишь средство для «обхода», но никак не объект обхода»³.

В доктрине высказывается и прямо противоположная точка зрения: «Объектом «обхода закона» являются коллизионные правоотношения по выбору применимого права, а не материальные нормы». Предмет обхода закона — недействительность каких-либо действий, направленных на исключение правопорядка, объективно применимого в силу закона. Цель квалификации таких действий в качестве обхода закона — применение права в соответствии с предписаниями коллизионных норм»⁴.

На самом деле, цель создания обманной привязки — вывести правоотношение из сферы действия «неудобного» правопорядка. Для заинтересованного лица неудобными являются положения материально-правового характера, устанавливающие конкретные права и обязанности (нотариальная форма регистрации сделки, порядок создания юридического лица). В подобной ситуации все действия направлены на обход материальных, а не коллизионных норм. Коллизионные предписания открывают путь для такого обхода, представляют собой инструмент обхода материальных норм.

¹ Раапе Л. Международное частное право. М., 1960.

² Там же.

³ Муранов А. И. «Обход закона» в международном частном праве: мнимость актуальности и надуманность проблем // Законодательство. 2004. № 7, 8.

⁴ Кудашкин В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в международном частном праве // Законодательство. 2004. № 3.

Проблема обхода закона возникает, когда субъекты умышленно пытаются вывести свои отношения из сферы действия норм права определенного государства. Применимое право определяется заинтересованными сторонами искусственно в целях создания более благоприятного правового режима (упрощенный порядок учреждения юридического лица, расторжения брака, заключения договора). Например, в соответствии с российским законодательством правоспособность иностранных юридических лиц определяется на основе критерия инкорпорации. Из всех возможных критериев, применяемых к национальности юридических лиц, именно этот является наиболее удобным для обхода закона. В настоящее время Россия — мировой лидер по количеству российских компаний, зарегистрированных в офшорных зонах. Такая ситуация не удивительна в связи со «спецификой» отечественного налогового законодательства.

В сфере договорных отношений институт обхода закона выступает ограничителем автономии воли сторон. «Концепция обхода закона противоречит принципу автономии воли в международном частном праве, в соответствии с которым стороны для регулирования отношений по договору могут выбрать право любого другого государства»¹. Автономия воли предполагает, что стороны сознательно выбирают «удобные» материально-правовые предписания, наиболее благоприятную для них модель поведения. В данном случае речь не может идти о создании обманной привязки. Институт обхода закона не может применяться в тех институтах МЧП, в которых автономия воли является генеральной коллизионной привязкой.

В большинстве государств вопросы обхода закона решаются в рамках судебной практики. Французские суды более всего склонны признавать последствия обхода закона недействительными. Понятие «обход закона» трактуется чрезвычайно широко. Это связано с инквизиторным характером французского гражданского процесса.

Судебная практика Англии и США не принимает теорию обхода закона. В большой степени это связано с тем, что в этих странах гражданский процесс в максимальной степени имеет состязательный характер. В доктрине скандинавского права, которое испытало большее влияние английского права по сравнению с остальными странами Европы, подчеркивается, что «судам чуждо выяснять мотивы, лежащие за во всем остальном законными действиями»².

Законодательство многих государств вообще не содержит норм об обходе закона (Австрия, Венесуэла, Греция, Египет, Италия,

¹ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

² Муранов А. И. «Обход закона» в международном частном праве: мнимость актуальности и надуманность проблем // Законодательство. 2004. № 7, 8.

Грузия, Перу). Рабочая группа, готовившая проект Римской конвенции 1980 г., отказалась от использования теории *agere in fraudem legis*, посчитав ее несостоятельной. В Международной конвенции о взаимном административном содействии в предотвращении, расследовании и пресечении таможенных правонарушений (1977) термин «обход закона» используется, но как синоним термина «обман».

Не меньшее количество государств законодательно закрепляет теорию *agere in fraudem legis* (Испания, Канада (Квебек), Украина). При этом различные юрисдикции демонстрируют неоднозначные подходы к регулированию этого института. Кодекс Туниса о МЧП дает определение обхода закона (ст. 30): «Обход закона образуется искусственным изменением одной из составных частей привязки, относящихся к действительной юридической ситуации, с намерением уклониться от применения тунисского или иностранного права, обозначенного применимой коллизионной нормой».

Чешский законодатель запрещает обход императивных и альтернативных коллизионных норм: «Не принимаются во внимание факты, созданные преднамеренным поведением сторон с целью обойти положения настоящего Закона, от которого нельзя отступать посредством соглашения сторон» (§ 5 Закона о МЧП). Английский законодатель исключает обход национальных материальных императивных норм в результате соглашения о выборе применимого права: «Настоящий закон имеет силу несмотря на любое условие договора, которое применяет... право какой-либо страны за пределами Соединенного Королевства, когда... такое условие представляется суду... навязанным... с целью дать право... уклониться от действия настоящего Закона» (ст. 27.2 Закона Великобритании о недобросовестных условиях договора).

В Венгрии иностранное право не применяется, «когда оно привязывается к иностранному элементу, созданному сторонами искусственно или путем симуляции в целях обхода иным образом применимой нормы закона (обманная привязка)» (ст. 8.1 Указа о МЧП). С точки зрения мексиканского законодателя обход закона имеет место, «когда искусственным образом являются обойденными основополагающие принципы мексиканского права». Судья должен определить «обманное намерение такого обхода» (ст. 15.1 ГК). В Румынии иностранное право не применяется, «если оно стало компетентным посредством обмана» (ст. 8 Закона о МЧП).

Российское законодательство не регулирует институт обхода закона (хотя в проектах разд. VI части третьей ГК такие нормы присутствовали). В надлежащих случаях отказ от применения иностранного права обеспечивается оговоркой о публичном порядке и императивной оговоркой. Отечественное право не декларирует недей-

ствительности соглашений, направленных на обход императивных норм российского права или норм иностранного правопорядка, наиболее тесно связанного с отношением.

Смысловое толкование ст. 1192 и 1210 ГК подтверждает, что в случае наличия соглашений, позволяющих обойти соответствующие императивные нормы, возникает проблема недействительности подобных соглашений: «Если из совокупности обстоятельств дела, существенных 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».

Большинство представителей доктрины выступают против включения института обхода закона в законодательство: «Пусть... лицо поехало за границу для того именно, чтобы там совершить акт,... уклонение от соблюдения форм его отечественного законодательства не находит себе оправдания; но как знать, с какой целью оно поехало за границу? Нужно было бы заставлять суды копаться в тайных намерениях сторон и, в конце концов, карать их только за то, что они воспользовались дозволением самого закона»¹. Теория *fraude a la loi* является устаревшей и в настоящий момент функции института обхода закона полностью поглощает институт норм непосредственного применения².

Наиболее последовательная критика института обхода закона изложена в работах А. И. Муранова³:

1. Включение института обхода закона в разд. VI части третьей ГК РФ явилось бы крупной ошибкой, шагом назад в развитии российского МЧП, отрывом от мировой практики, очередным «своеобразием» российского права.

2. Закрепление института обхода закона способно предоставить преобладающему большинству российских судей очередную «подушку для ума», которой они (при их расположенности в пользу исключительно *lex fori*, а также очень низком уровне подготовки в сфере МЧП) не преминут с большой охотой воспользоваться.

3. Закрепление института обхода закона приведет к уменьшению применения иностранного права в российских правоприменительных органах. Это будет способствовать отрыву российского права

¹ Брун М. И. Публичный порядок в международном частном праве. Пг., 1916.

² Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дис. ... канд-та юрид. наук. М., 2001.

³ Муранов А. И. Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве [Электронный ресурс] : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2003.

от других правовых систем и повлечет за собой, в частности, нежелание западных предпринимателей инвестировать в экономику России.

4. При использовании теории обхода закона и без того сложный механизм коллизионного регулирования претерпит еще большее усложнение. При применении иностранного права необходимо будет удостовериться не только в том, что оно не противоречит публичному порядку России и что в российском праве не имеется императивных норм, которые должны быть применены независимо от компетентного правопорядка. Юрисдикционный орган до момента применения иностранного права будет вынужден выяснить, нет ли в данном случае обхода закона.

5. Не существует таких документов, составленных за границей, в отношении которых нельзя было бы выдвинуть обвинение в обходе закона.

6. МЧП обладает более эффективными способами борьбы с намеренным созданием «ложных» коллизий. Теория наиболее тесной связи автоматически упраздняет проблему обхода закона.

7. Статья об обходе закона ведет к уменьшению состязательности процесса, к законодательному закреплению его инквизиторности, к которой российские суды и так неоправданно склонны.

8. Как показывает опыт западных стран, защиту интересов национального права более чем надежно обеспечивают оговорки о публичном порядке и об императивных нормах.

9. Сочетание нормы об обходе закона с другими защитными оговорками объективно несет потенциально опасный заряд просто для возможности применения иностранного права. Добавление оговорки об обходе закона превышает допустимую «критическую массу» защитных оговорок. Оговорка об обходе закона является еще более страшным «дамокловым мечом», висящим над иностранным законом, чем оговорка о публичном порядке.

10. Состояние российской судебной системы таково, что судьям необходимо как можно чаще применять иностранное право, чтобы научиться это делать квалифицированно. Предоставление им еще одной возможности отказать в применении иностранного права поощряет их произвол, нежелание мыслить и воспринимать иностранное право как имеющее свою ценность.

Выводы А. И. Муранова представляются полностью справедливыми, однако законодательная практика иностранных государств идет по иному пути. Подавляющее большинство кодификаций МЧП, принятых с 1990 по 2013 гг., закрепляют конструкцию обхода закона — Азербайджан (2000), Бельгия (2004), Болгария (2005), Чехия (2012) и др. Очевидно, современный законодатель убежден, что институт обхода закона должен использоваться в ситуациях,

сопряженных с умышленным обманом о наличии связи правоотношения с «удобным» иностранным законом (ложное указание в договоре, что он заключен в одном государстве, хотя действительное место заключения — другое государство). Понятие обхода закона может иметь в виду и действия, которые заинтересованное лицо, стремясь избежать применения объективно компетентного права, предпринимает виновным образом с целью ущемить законные права и интересы третьих лиц.

Контрольные вопросы

1. Как устанавливается содержание иностранного права?
2. Что представляет собой процесс применения и толкования норм иностранного права?
3. Как производится квалификация коллизийной нормы?
4. Какое значение в МЧП имеет теория отсылок?
5. Что представляет собой коллизийная взаимность?
6. Какие виды защитных оговорок применяются в МЧП?

РАЗДЕЛ

II

Особенная часть

ГЛАВА 5

Право лиц (субъекты международного частного права)

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- статус физических лиц в МЧП;
- статус юридических лиц в МЧП;
- правовой статус офшорных зон и компаний;
- статус государства в МЧП;
- статус международных организаций в МЧП;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

5.1. Физические лица в международном частном праве

5.1.1. Правовой статус физического лица (индивида)

Физическое лицо (индивид) — первичный субъект любых частных правовых отношений. С точки зрения МЧП физические лица делятся на две категории: «граждане (данного государства), т.е. национальные лица» и «иностранцы».

Понятие «иностранцы» объединяет следующие категории физических лиц:

— иностранные граждане — лица, имеющие юридическую связь с каким-либо государством;

— бипатриды — лица, имеющие правовую связь с двумя или несколькими государствами;

— апатриды — лица, не имеющие юридической связи ни с каким государством;

— беженцы — лица, вынужденные по определенным причинам покинуть территорию своего государства и получившие убежище на территории другого.

Иностранец — физическое лицо, находящееся на территории государства, гражданином которого оно не является. Правовое положение иностранцев определяется совокупностью правовых норм, определяющих их права и обязанности. Эти нормы содержатся как в национальном законодательстве, так и в международно-правовых актах.

К первой категории иностранцев принадлежат иностранные граждане. Правоотношение гражданства образует основу правового статуса индивида. Гражданство — это устойчивая политико-правовая связь индивида с определенным государством. Оно означает юридическую принадлежность индивида к определенному государству.

На территории государства пребывания иностранные граждане пользуются определенными режимами. Правовой статус иностранцев, определяющий объем их прав и обязанностей, обозначается термином «режим иностранцев». Для иностранцев установлены следующие виды режимов:

— **национальный режим** предполагает уравнивание иностранцев в правах и обязанностях с местным населением (ст. 62 Конституции РФ). Абсолютный и полный национальный режим иностранцам не предоставляется ни в одном государстве, — по общему правилу, иностранные граждане лишены избирательных прав, права занимать государственные должности. Это является общепринятым и не представляет собой дискриминации. Национальный режим в основном устанавливается в национальном законодательстве, но может быть предусмотрен и в международно-правовых актах;

— **специальный режим** — предполагает наделение иностранцев какими-то особыми правами и установление для них особых обязанностей, отличных от прав и обязанностей местных граждан. Общепринято предоставление иностранцам национального режима в сфере экономических, социальных, гражданско-процессуальных, гражданских прав; предоставление специального режима в сфере политических, трудовых, административных, семейных прав.

Специальный режим закрепляется как в национальном законодательстве, так и в международных соглашениях.

Специальный режим может носить негативный характер. В этом случае он представляет собой совокупность правовых ограничений, которые распространяются только на иностранцев (например, иностранцы не могут быть капитанами водных судов и членами экипажей воздушных судов).

Специальный режим может иметь позитивный (преференциальный) характер, т.е. иностранные граждане в целом или граждане отдельных государств обладают преимуществами в какой-либо сфере деятельности (безвизовый въезд жителей пограничных областей на территорию соседнего государства, беспошлинная приграничная торговля): «Специальные правила применяются к имуществу датских, финских, исландских или норвежских граждан, которые постоянно проживают на территории Королевства к моменту смерти, как и к собственности умерших лиц, имеющих постоянное место жительства в Дании, Финляндии, Исландии или Норвегии, а также в целях контроля нераспределенного имущества датских, финских, исландских и норвежских граждан» (ст. 4 гл. III Закона Швеции о коллизиях законов в области наследования (1937));

— *режим наибольшего благоприятствования* — представляет собой уравнивание граждан всех иностранных государств в правах и обязанностях друг с другом в какой-то определенной области на территории определенного государства. Права и привилегии, которыми пользуются граждане одного государства, на данной территории автоматически распространяются на граждан всех остальных государств. Этот режим устанавливается в основном в международных соглашениях и в настоящее время имеет тенденцию к трансформации в национальный режим.

Любой из перечисленных режимов предполагает возможность введения по распоряжению властей соответствующего государства ограничений и изъятий, особенно в случае применения *реторсий*: «Физические... лица иностранного государства, ... лица без гражданства обладают правоспособностью и дееспособностью наравне с гражданами Грузии. Исключение... допускается, если в иностранном государстве действуют нормы, ограничивающие права физических... лиц Грузии. Для этого необходима четко определенная законная норма» (ст. 21 Закона о МЧП Грузии).

Иностранцы находятся в «двойном подчинении», подчиняются двум различным началам — территориальному (юрисдикция государства пребывания) и экстерриториальному (юрисдикция государства гражданства). Общеизвестно, что иностранец может выполнять обязанности или пользоваться правами, соответствующими его

национальному праву, только в той мере, в какой это не противоречит суверенитету, безопасности и законодательству государства пребывания.

В современном международном праве господствует тенденция уравнивания в правах всех иностранцев, проживающих на территории данного государства, с местным населением, приближение их правового статуса к статусу собственных граждан. Декларация Генеральной Ассамблеи ООН о правах человека в отношении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают (1985) закрепляет:

1. Все государства сами устанавливают правовой режим для иностранцев, учитывая свои международные обязательства.

2. Иностранцы обязаны соблюдать законы государства места своего нахождения; нарушение законов предполагает ответственность иностранцев наравне с местными гражданами.

3. Иностранцы на территории других государств пользуются определенным объемом гражданских прав и свобод, установленных в национальном законодательстве и в международных договорах.

4. Не допускается массовая высылка иностранцев, законно находящихся на территории данного государства; индивидуальная высылка возможна только во исполнение соответствующего официального решения и по основаниям, предусмотренным в законе.

Бипатриды — лица с двойным или множественным гражданством; они относятся к «промежуточной категории» лиц. Термин «множественное гражданство» является более точным, но поскольку на практике в основном распространено двойное гражданство, то чаще используется термин «двойное гражданство».

Основной источник возникновения бипатризма — коллизии «права почвы» и «права крови», т.е. расхождения в законодательстве разных государств по вопросам приобретения и утраты гражданства¹. Согласно «праву крови» гражданами государства являются все лица, рожденные от граждан этого государства; согласно «праву почвы» гражданами данного государства являются все лица, рожденные на его территории.

Бипатризм возникает независимо от места рождения ребенка в случае смешанного брака, если законодательство страны матери и отца содержит правило, по которому «право крови» действует, когда один из родителей обладает гражданством данного государства. Двойное гражданство может возникнуть у женщины при вступлении в брак с иностранцем, если отечественное законодательство не лишает ее гражданства после вступления в брак, а законода-

¹ Шингепей Т. Двойное гражданство: ситуация и проблемы // URL: http://www.nasledie.ru/oboz/N05-6_95/015.htm

тельство страны супруга автоматически предоставляет гражданство мужа. Иностранка, вышедшая замуж за бельгийского или мексиканского гражданина, «следует гражданству мужа своего».

Страны, в какой-либо форме допускающие состояние двойного гражданства, — Австралия, Марокко, Израиль, Аргентина, США, Франция (более 90 государств).

Во Франции натурализация иностранца не зависит от того, отказался он от своего прежнего гражданства или нет. Гражданин Франции, который принимает одновременно гражданство другой страны и постоянно там проживает, не теряет французское гражданство. Итальянский законодатель предусматривает: тот, кто добровольно принял чужое гражданство и тем самым потерял итальянское, автоматически получает его обратно, проведя минимум 2 года в Италии.

Конституция Испании (1978) призывает правительство к заключению договоров о двойном гражданстве со странами Латинской Америки и теми странами, которые имеют особые связи с Испанией (Филиппины, Доминиканская Республика, Португалия, бывшие испанские колонии в Африке). В этих странах испанцы могут быть натурализованы без утраты испанского гражданства. Граждане испаноязычных стран могут иметь двойное гражданство, обладающее своеобразным характером: одно гражданство активное, другое — «спящее». Если, например, испанец переезжает в Чили, его «спящее» гражданство активизируется.

На конференции государств Британского содружества наций (1947) было целенаправленно институционализировано множественное гражданство. После предоставления независимости доминионам все граждане Содружества сохранили формальный статус британских подданных. Каждый гражданин государства Содружества рассматривается в Великобритании не как иностранец, а как гражданин Содружества.

Двойное гражданство представляет собой усложненный правовой статус, поскольку одно лицо одновременно имеет и права, и обязанности по отношению к двум государствам (двойная дипломатическая и консульская защита, но и двойная воинская повинность, например). Статус бипатрида узаконен в международном праве; его наличие предполагает сочетание двух юридических компонентов — национального закона и международного договора.

В практике международных судебных органов сформулирован принцип «эффективности» гражданства, основа которого — начало наиболее тесной связи. Международные суды решают вопрос о принадлежности к гражданству при помощи определенных критериев:

— постоянное фактическое местожительства или место, где человек «чаще всего бывает»;

- место трудовой деятельности или место, где находится источник постоянного дохода;
- местонахождение недвижимого имущества;
- местожительство семьи;
- место несения военной или государственной службы;
- место, где индивид реально пользуется своими гражданскими и политическими правами.

Хрестоматийные примеры такого подхода — решение Постоянной палаты международного правосудия по «делу Каневаро» и решение Международного Суда ООН по «делу Ноттебома».

Гражданин Италии по «праву крови» Каневаро приобрел по «праву почвы» перуанское гражданство. Постоянная палата международного правосудия (1912) решила, что Каневаро обладает гражданством Перу, так как он был избран в сенат Перу и назначен от имени этого государства на должность генерального консула в Голландии. Своим решением Палата закрепила концепцию активной государственной принадлежности: «Гражданство есть правовая связь, имеющая в своей основе общественный факт привязанности, подлинного соединения существования, интересов и чувств, наряду с наличием взаимных прав и обязанностей». Без таких качеств гражданство неэффективно.

В Гаагской конвенции о некоторых вопросах, касающихся коллизий между законами о гражданстве (1930), установлено (ст. 3): «Лицо, имеющее двойное или множественное гражданство, может рассматриваться в качестве своего гражданина любым государством, гражданством которого оно обладает». Конвенция признает, что сосуществование «права почвы» и «права крови» приводит к возникновению многогражданства. Статья 5 Гаагской конвенции закрепляет принцип «эффективного гражданства»: «В пределах третьего государства лицо, имеющее более чем одно гражданство, будет рассматриваться, как имеющее лишь одно. Сохраняя за собой право применения своих законов, касающихся личного статуса и любого действующего международного соглашения, третье государство будет на своей территории признавать за таким лицом исключительно либо гражданство страны, в которой это лицо обычно и главным образом проживает, либо гражданство страны, с которой в данных обстоятельствах это лицо, по-видимому, наиболее тесно связано фактически».

В Статуте Международного Суда ООН (ст. 3) предусмотрено, что лицо, которое может рассматриваться как гражданин более чем одного государства, считается гражданином того государства, в котором оно обычно пользуется гражданскими и политическими правами. Гарвардский проект «Кодекса о гражданстве», подготовленный

Гаагской конференцией по кодификации МЧП, определяет эффективное гражданство по принципу «обычного места проживания»: «Оно относится к месту, где лицо имеет свое основное прибежище, или, если его нельзя установить с уверенностью, к месту, являющемуся центром его главной активности и интересов».

В большинстве государств в основном для установления личного закона бипатрида применяется принцип эффективного гражданства — критерий наиболее тесной связи лица с каким-либо из государств, гражданством которых это лицо обладает: «Если... лицо является... гражданином нескольких государств, то применяется право того из этих государств, с которым лицо наиболее тесно связано... посредством своего обычного места пребывания или ходом своей жизни» (ст. 5 ВЗ ГГУ).

По отношению к бипатридам, одно из гражданств которых — гражданство страны суда, применяется правило: государство, гражданин которого имеет гражданство другого государства, рассматривает такое лицо как своего гражданина, игнорируя его статус как бипатрида: «Если наряду с иностранной государственной принадлежностью лицо имеет также австрийское гражданство, то последнее является определяющим» (ст. 9.1 Закона о МЧП Австрии).

Апатриды (лица без гражданства) — это особое правовое состояние индивида. Как правило, апатризм — следствие коллизий национальных законов о гражданстве. Это правовой статус, который характеризуется отсутствием у лица гражданства какого-либо государства. Безгражданство считается правовой аномалией, поскольку в международном праве закреплено право лица на гражданство (Всеобщая декларация прав человека (1948), Европейская конвенция о гражданстве (1997)).

Безгражданство может быть абсолютным (апатрид по рождению) и относительным (апатрид вследствие утраты гражданства). Примеры: рождение у родителей, государство гражданства которых придерживается принципа почвы, ребенка на территории государства, законодательство которого основано на принципе крови; вступление в брак с иностранцем женщины, национальный закон которой предусматривает в таких случаях автоматическую утрату гражданства, а национальный закон мужа не предусматривает автоматического приобретения гражданства.

Апатриды подчиняются юрисдикции того государства, на территории которого имеют постоянное место жительства. По своему правовому положению они приравнены к иностранным гражданам, но при этом не пользуются защитой и покровительством какого-либо государства.

В отношении лиц без гражданства действует закон страны их пребывания, потому что они не связаны с правовой системой другого государства, так как не имеют доказательств наличия гражданства (подданства) иностранного государства. Лица без гражданства более подчинены местному правопорядку, чем граждане иностранных государств: «Положение апатрида регулируется законом его места жительства... при отсутствии места жительства — законом суда» (ст. 1015 Кодекса Буркина-Фасо).

Проблему *беженцев* порождает массовый уход (исход) населения (*mass exodus*), связанный с нарушениями прав человека и экономической миграцией населения. Беженцы — это *de facto* лица без гражданства, т.е. их статус почти ничем не отличается от статуса апатридов. Правовой статус беженцев и перемещенных лиц урегулирован в международном праве: Женевская конвенция о статусе беженцев (1951), Протокол, касающийся статуса беженцев (1966).

В соответствии с Конвенцией о статусе беженцев (1951) беженцам предоставляется такой же режим, как и другим иностранным гражданам, если только специально для беженцев не предусмотрен более благоприятный правовой статус. В некоторых областях беженцы пользуются национальным режимом, т.е. уравниваются в правах с местным населением (начальное образование, размер вознаграждения за труд, медицинское обслуживание). Личным законом беженца является закон страны убежища, — ст. 12 Конвенции предусматривает, что личный статус беженца определяет закон государства его domicilio (юридически оформленного места проживания), а если такого нет, то закон страны его фактического пребывания.

Этот подход закреплен в национальном законодательстве: «Личным законом лица, которое является беженцем... или чьи связи с его отечеством в силу... веских причин прерваны, является право того государства, в котором оно имеет свое место жительства, а в отсутствие такового — обычное местопребывания; отсылка этого права к праву отечества во внимание не принимается» (ст. 10 Закона о МЧП Лихтенштейна).

В области имущественных отношений беженцам должен быть предоставлен режим наибольшего благоприятствования (как минимум). На территории всех государств — участников Конвенции 1951 г. (ст. 16) беженцы имеют право свободного доступа в суды. В государстве пребывания в сфере доступа к правосудию беженцам предоставляется национальный режим. Государства-участники взяли на себя обязательство по возможности обеспечить ассимиляцию беженцев и их натурализацию, т.е. способствовать получению беженцами местного гражданства (ст. 34).

Правовой статус иностранцев регулируется нормами различных отраслей права — конституционного, административного, гражд-

данского. В некоторых государствах (Франция, Испания) существует специальная отрасль — «*право иностранцев*». В законодательстве таких государств определены различные категории иностранцев (это понятие включает иностранных граждан, бипатридов, апатридов, беженцев). Во многих странах право иностранцев считается одним из основополагающих институтов МЧП.

Согласно ч. 3 ст. 62 Конституции РФ иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в России правами и несут обязанности наравне с ее гражданами, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ. Эта общая конституционная норма закреплена в специальном законодательстве (ст. 1196 ГК РФ). Исключения из национального режима могут устанавливаться только на основе Конституции РФ, международных договоров, федеральных конституционных законов и федеральных законов. Введение особых правил для иностранных граждан в каких-либо иных актах является неправомерным.

Иностранный гражданин — это физическое лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее доказательство наличия гражданства (подданства) иностранного государства. Законно находящимся на территории РФ иностранным гражданином является лицо, имеющее действительные вид на жительство, либо разрешение на временное проживание, либо визу, либо иные документы, предусмотренные федеральным законом или международным договором, подтверждающие его право на пребывание в Российской Федерации.

В двусторонних соглашениях о правовой помощи закрепляется взаимное предоставление национального режима на международном уровне: «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» (договоры СССР—Италия (1979), СССР—Испания (1990), Россия—Польша (1996), Россия—Египет (1997)). Конвенция СНГ 1993 г. распространяет принцип национального режима не только на граждан договаривающихся государств, но и на лиц, проживающих на их территории (ст. 1).

В Российской Федерации национальный режим предоставляется иностранным гражданам и лицам без гражданства в безусловном порядке, без встречного требования о взаимности в отношении надления аналогичным режимом российских граждан в другом государстве. В отдельных сферах деятельности предоставление национального режима обусловлено взаимностью (например, в области племенного животноводства). Одновременно предусматривается

возможность использования реторсий, ответных ограничительных мер, если в иностранных государствах имеет место явная дискриминация по отношению к российским гражданам.

В Российской Федерации иностранные граждане и лица без гражданства относятся к специфическим субъектам права:

1. Общий объем прав и обязанностей иностранных граждан, лиц без гражданства на территории РФ и российских граждан не совпадает. На иностранных граждан и лиц без гражданства не распространяются некоторые права и обязанности, которые связаны с наличием гражданства Российской Федерации.

2. На иностранных граждан, находящихся на территории РФ оказывает воздействие национальное законодательство государств, гражданами которых они являются.

3. Пребывание в Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства регулируется не только общими, но и специальными нормами права.

5.1.2. Личный закон индивида

Общее правило определения личного закона иностранцев — особая правовая связь индивида с государством. Национальный (личный) закон индивида регулирует вопросы его личного статуса: правоспособность, дееспособность (общую и специальную), право на имя, неимущественные брачно-семейные отношения, опеку и попечительство: «Закон страны, в которой имеет место жительства лицо, определяет правила относительно начала и окончания правосубъектности, имени, дееспособности, имени и семейных прав» (ст. 7 ВЗ ГК Бразилии).

Во Франции сфера применения личного статута определена в ст. 3 ФГК как закон, относящийся к состоянию и правоспособности лиц. Понятие «состояние лица» охватывает вопросы, связанные с именем, domicilio, гражданским состоянием, семейными отношениями (за исключением имущественных отношений между супругами и наследственных отношений). Понятие правоспособности включает общие вопросы недееспособности физических лиц (несовершеннолетние, душевные и психические расстройства) и их защиты (опека и попечительство). Специальные ограничения правоспособности (например, во врачебной практике в отношении подарков пациентов) не охватываются данным понятием и подчинены особому регулированию¹. Местом жительства каждого француза в отношении осуществления его гражданских прав является место, где он имеет свое основное обзаведение (ст. 102 ФГК).

¹ Клевченкова М. Н. Истоки МЧП Франции (к 200-летию Кодекса Наполеона 1804 г.) // Журнал российского права. 2005. № 3.

По общему правилу в континентальном праве личный закон понимается как закон гражданства, в англо-американском праве — как закон домицилия. Личный закон может устанавливаться и по иным критериям: «Статус физического лица и связанные с ним особенности... последствия этого статуса регулируются правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к конкретному вопросу» (ст. 3519 ГК штата Луизиана).

В основном современные национальные кодификации МЧП придерживаются «смешанной» системы определения личного закона индивида: подчинение местному праву личного статуса иностранцев на основе принципа домицилия; распространение местного права на всех граждан этих государств по принципу закона гражданства (ст. 16 Закона о МЧП Украины). В отдельных юрисдикциях к иностранным гражданам применяется закон гражданства, к бипатридам и апатридам — национальное право: «Право Государства Объединенные Арабские Эмираты применяется в случае с лицами с неизвестным гражданством или с лицами, которые... имеют одновременно более чем одно гражданство» (ст. 24 Закона ОАЭ).

Понятие личного закона физических лиц в российском праве установлено ст. 1195 ГК РФ. Генеральная коллизионная привязка — это закон государства гражданства, субсидиарная — право государства места жительства. Личный закон иностранного гражданина — право страны, гражданство которой данное лицо имеет. Личным законом лиц с двойным гражданством, одно из которых российское, является российское право. Личным законом иностранных граждан может быть российское право, если иностранец имеет место жительства в России (п. 3 ст. 1195 ГК РФ).

Личный закон апатрида определяется на основе признака домицилия (п. 5 ст. 1195 ГК РФ). Такая норма является общей для законодательства большинства государств, но это правоположение порождает проблему — как определить личный закон апатрида при отсутствии у него постоянного места жительства.

Закон домицилия применяется при определении личного закона бипатрида (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. Здесь возникает такая же проблема — что считать личным законом бипатрида при отсутствии у него постоянного места жительства. Более удачный способ установления личного закона таких лиц — применение критерии реальной связи (место жительства семьи, место постоянной работы, место нахождения имущества и т.д.) или принципа эффективного гражданства: «Если... лицо пользуется несколькими гражданствами,

судье надлежит придерживаться эффективного гражданства» (ст. 39 Кодекса МЧП Туниса).

Личным законом индивида, имеющего статус беженца, является право страны убежища (п. 6 ст. 1195 ГК РФ). По сравнению со статусом других категорий физических лиц, статус беженца предоставляет индивиду определенные преимущества (в сфере трудоустройства, социального и пенсионного обеспечения).

Личный закон физических лиц — индивидуальных предпринимателей определяется по общему правилу, т.е. по праву страны гражданства. Право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица 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 такой деятельности (ст. 1201 ГК РФ). В данной ситуации гражданство физического лица не имеет значения. Такой же подход закреплен и в праве некоторых других государств (ст. 19 Закона о МЧП Украины).

В отечественной доктрине высказывается мнение, что «на сегодняшний день существует четкая градация граждан на «предпринимателей без образования юридического лица» и всех остальных физических лиц... Представляются весьма сомнительными доводы, по которым любое физическое лицо, не обладая правами юридического лица, должно лишиться раз подтверждать этот свой статус путем той или иной регистрации и учета»¹.

Заслуживает внимания определение понятия «коммерсант» (индивидуальный предприниматель), предложенное американским законодателем: «Коммерсант — это тот, кто совершает операции с товарами... или каким-либо другим образом по роду своих занятий ведет себя так, как будто он обладает особыми знаниями или опытом..., а также тот, кто может рассматриваться как обладающий такими знаниями или опытом вследствие того, что он использует услуги агента, брокера или личного посредника, который ведет себя так, как будто он обладает такими знаниями и опытом (ст. 2-104 ЕТК США).

5.1.3. Гражданская правоспособность физических лиц

Гражданская правоспособность физических лиц — это способность индивида иметь права и обязанности. Правоспособность свойственна человеку как жизнеспособному существу, она не зави-

¹ Исайкин Д. А. Организационно-правовые формы офшорной деятельности // Юрист. 2004. № 12.

сит от возраста, состояния здоровья, умственных способностей. Правоспособность возникает с момента рождения (наследственные права — с момента зачатия) и прекращается в момент смерти. При жизни правоспособность может быть ограничена по судебному решению (в административном или уголовном процессе — лишение права заниматься врачебной или торговой деятельностью, занимать определенные должности).

В праве большинства государств установлена императивная материально-правовая норма — в сфере гражданской правоспособности иностранцы пользуются национальным режимом. Отдельные вопросы правоспособности имеют коллизионное регулирование — определяются по личному закону индивида: «Возникновение и прекращение гражданской правоспособности физического лица определяется его личным законом. Иностранцы и лица без гражданства имеют гражданскую правоспособность в Украине наравне с гражданами Украины, кроме случаев, предусмотренных законом или международными договорами Украины» (ст. 17 Закона о МЧП). В Швейцарии общие вопросы гражданской правоспособности определяются по швейцарскому праву. Вопросы «приобретения и утраты правосубъектности регулируются правом, применяемым к отношению, предполагающему пользование гражданскими правами», т.е. по закону существа отношения (ст. 34 Закона о МЧП). «Приобретенная» на основании национального закона правоспособность и дееспособность не изменяются при изменении гражданства (ст. 51 Кодекса МЧП Болгарии).

Основными аспектами правового статуса индивида, связанными с категорией гражданской правоспособности, являются личные неимущественные права, право лица на имя, признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление его умершим. Общеизвестное положение — эти вопросы подлежат коллизионному регулированию: «К содержанию личных прав применяется право обычного местопребывания соответствующего лица» (§ 15 Закона о МЧП Китая). К защите личных неимущественных прав применяется право страны места осуществления этих прав (ст. 23 Закона о МЧП Азербайджана).

Право на имя — одно из личных неимущественных прав гражданина, которое непосредственно связано с его личностью и возникает с рождения. С момента регистрации (перемены) своего имени у гражданина возникает право приобретать и осуществлять под этим именем права и обязанности¹. Правомочия физического лица:

- право на имя (включая его перемену), а также на псевдоним;
- право на использование своего имени;
- право на защиту своего имени.

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

В США по вопросам права лица на имя к иностранцам применяется только американское право¹. В континентальной системе права право на имя определяется по личному закону, однако в отношении последствий злоупотребления чужим именем применяется закон суда или закон места совершения правонарушения: «Имя лица регулируется его личным законом. Защита против совершенных в Румынии действий, нарушающих право на имя, обеспечивается в соответствии с румынским законом» (ст. 14 Закона о МЧП Румынии). «Защита имени определяется согласно праву того государства, в котором осуществляется нарушающее действие» (ст. 13.2 Закона о МЧП Австрии).

Изменение имени, связанное с изменением состояния (заключение или расторжение брака, усыновление, удочерение), регулируется правом, «определяющим последствия нового состояния» (ст. 1020 Кодекса Буркина-Фасо). По желанию лица правовой режим его имени может определяться по праву государства его гражданства (ст. 37 Закона о МЧП Швейцарии).

Очень подробно коллизионные вопросы права на имя урегулированы в законодательстве о МЧП Нидерландов — в кн. 10 ГК 2012 г. этим вопросам целиком посвящена гл. 2 (ст. 18—26). Основное право определяется в соответствии с положениями Конвенции о праве, применимом к фамилии и личному имени физического лица (1980). Субсидиарное право первой степени — закон страны гражданства индивида, включая нормы его МЧП (ст. 19). Голландский законодатель в данном случае декларирует возможность применения отсылок в полном объеме, хотя ст. 5 кн. 10 ГК устанавливает общий запрет отсылок. Субсидиарно применяются также голландское право, закон местожительства индивида, закон места его рождения, закон наиболее тесной связи.

Иное решение коллизионных вопросов о праве на имя, его использование и защиту содержится в законах и международных договорах, регулирующих правоотношения в сфере авторских и смежных прав. Здесь речь идет о праве индивида на имя как автора. Авторское право на имя (право на способ указания имени автора при использовании произведения) не совпадает с общегражданским правом на имя, принадлежащим любому физическому лицу². Основная коллизионная привязка при решении любых вопросов авторского права — закон государства, где испрашивается защита таких прав. Права авторов-иностранцев охраняются на основе принципа национального режима.

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланава. М., 2004.

Серьезной проблемой современного МЧП является институт безвестного отсутствия и объявления безвестно отсутствующих лиц умершими. Эта проблема входит в категорию правоспособности, как вопрос начала и конца правоспособности¹. На международном уровне принята Конвенция об объявлении умершими лиц, безвестно отсутствующих (1950); детальная регламентация этого вопроса закреплена в двусторонних договорах о правовой помощи. Коллизионные проблемы безвестного отсутствия и установления факта смерти лица разрешаются на основе личного закона или закона страны суда. Компетентными являются суды государства гражданства того лица, в отношении которого возбуждено дело о безвестном отсутствии. В отдельных случаях, прямо предусмотренных в договоре, компетентным является суд другой договаривающейся стороны (ст. 23 Договора о правовой помощи Россия—Польша (1996)), а применимым правом — закон страны суда.

Институт безвестного отсутствия и признания лиц умершими отсутствует в праве Венесуэлы, Испании, Ирана, Египта. Во Франции возможно объявление лица безвестно отсутствующим в порядке судебного определения, имеющего значение только для данного дела. Судебное определение влечет ограниченные имущественные последствия — временный ввод во владение наследством, но отсутствие возможности расторгнуть брак с таким лицом². Праву США и Великобритании институт безвестного отсутствия в принципе не известен: в этих странах для целей судебного разрешения конкретного спора допустимо установить «прецедент относительно опровержимой презумпции факта смерти лица, отсутствующего в течение семи лет»³.

Большинство государств мира устанавливают законодательное регулирование института безвестного отсутствия. Решение коллизионных проблем основано на различных подходах⁴:

1. Применение права страны суда (Армения, Швейцария, Япония). «В отношении объявления лица безвестно отсутствующим через лихтенштейнский суд и его последствий определяющим является лихтенштейнское право» (ст. 15 Закона о МЧП Лихтенштейна).

2. Применение закона гражданства (Греция, Тунис, Таиланд). «К объявлению умершим безвестно отсутствующего лица применяется право государства, гражданином которого он являлся в то время, когда пропал без вести» (ст. 16 Закона о МЧП Словении).

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Там же.

³ Дженкс Э. Свод английского гражданского права. М., 1941.

⁴ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011

3. Применение закона domicilia: «Признание безвестно отсутствующим определяется законом последнего места жительства отсутствующего» (ст. 2069 ГК Перу).

4. Применение «смешанной» системы определения личного закона (Австрия, Грузия, Венгрия). «Основания и правовые последствия признания физического лица безвестно отсутствующим или объявление его умершим регулируются последним из известных личных законов этого лица» (ст. 20 Закона о МЧП Украины).

Генеральная коллизионная привязка — личный закон соответствующего лица; субсидиарно практически всегда предусматривается возможность применения права страны суда: «Основания и последствия исчезновения, отсутствия и предполагаемой смерти лица определяются его последним национальным законом... Итальянская юрисдикция возникает в случае:

а) если последним национальным законом лица было итальянское право;

б) если последнее место жительства лица находилось в Италии;

в) если установление исчезновения, отсутствия и предполагаемой смерти может вызвать юридические последствия в соответствии с итальянским правом» (ст. 22 Закона о МЧП Италии).

По делам об установлении факта смерти одного или нескольких лиц национальное коллизионное регулирование придерживается следующих подходов:

1) применение закона существа отношения: «Когда требуется установить факт более длительного нахождения в живых одного лица по сравнению с другим лицом и неизвестно, кто из них умер раньше, момент смерти устанавливается на основании права, регулирующего отношение, применительно к которому данный факт подлежит установлению» (ст. 21 Закона о МЧП Италии);

2) применение личного закона исчезнувшего лица в сочетании с законом суда: «Презумпция, что одно лицо пережило другое, или презумпция о смерти регулируются последним личным законом исчезнувшего лица. Если этот закон не может быть определен, применяется румынское право» (ст. 16 Закона о МЧП Румынии).

Установление факта смерти лица в определенное время и при определенных обстоятельствах имеет в виду установление на основе представленных доказательств не презюмируемого, а действительного факта смерти¹. Привязка к личному закону для установления факта смерти двух и более лиц, принадлежащих к различным правовым порядкам, может привести к неразрешимому противоречию. Презумпции, посредством которых определяется факт смерти,

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланава. М., 2004.

в разных юрисдикциях могут оказаться несовместимыми. В законодательстве предлагается следующее решение: «Когда юридическое последствие зависит от нахождения в живых одного или другого лица и они обладают различными законами места жительства, а презумпции нахождения в живых по этим законам являются несовместимыми, ... они презюмируются умершими в один и тот же момент и не имеют права наследовать друг после друга (ст. 62, 2069 ГК Перу). Аналогичное положение закреплено в ст. 26 ГК Португалии.

В российском праве гражданская правоспособность физических лиц определяется на основе их личного закона (ст. 1196 ГК РФ). Иностранцы граждане и апатриды пользуются в России гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами. Российское право закрепляет сочетание коллизионного и материально-правового методов регулирования гражданской правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства. Предоставление национального режима установлено в ч. 3 ст. 62 Конституции РФ. Применение коллизионного регулирования (личного закона) предполагает признание иностранных ограничений правоспособности, основанных на приговоре иностранного суда и не противоречащих публичному порядку Российской Федерации.

Норма ст. 1196 ГК РФ имеет императивный характер. Определение гражданской правоспособности физического лица не на основе его личного закона, а каким-либо иным коллизионным критерием может трактоваться как нарушение принципа суверенитета государства, гражданином которого индивид является или на территории которого постоянно проживает¹.

Права физического лица на имя, его использование и защиту определяется его личным законом, если иное не предусмотрено законом (ст. 1198 ГК РФ). Положения ст. 161 и 163 СК РФ, которые регулируют неимущественные брачно-семейные отношения с участием иностранных граждан и лиц без гражданства, могут применяться при решении вопросов, связанных с правом на имя (определение фамилий супругов, имен и фамилий детей).

Признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление физического лица умершим подчиняются российскому праву (ст. 1200 ГК). Эта норма сформулирована как односторонняя — применимое право определяется для тех случаев, когда соответствующие признание или объявление имеет место на территории РФ. Отечественное законодательство не регулирует вопросы применимого права по делам об установлении факта смерти иностранного лица в определенное время при определенных обстоятельствах.

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

В доктрине высказывается мнение, что в такой ситуации по аналогии должны применяться положения ст. 1200 ГК¹.

5.1.4. Гражданская дееспособность физического лица

Гражданская дееспособность физического лица — это его способность своими действиями осуществлять гражданские права и обязанности. Данная правовая категория непосредственно связана с умственно-психологическим состоянием человека. Законодательство всех стран устанавливает, что полностью дееспособным индивид становится по достижении установленного в законе возраста. В законодательстве закреплена возможность признания физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным.

По общему правилу все вопросы дееспособности подчиняются коллизионному регулированию. Дееспособность физических лиц определяется их личным законом:

— законом страны гражданства (Германия, Турция, Япония). «Дееспособность определяется по праву государства, гражданином которого лицо является» (ст. 7 ГК Греции);

— законом domicilia (Бразилия, Перу, Венесуэла). «Гражданская дееспособность лица определяется по праву места жительства. Изменение места жительства не влияет на приобретенную ранее дееспособность» (ст. 35 Закона о МЧП Швейцарии);

— личным законом, установленным на основе «смешанной» системы (Лихтенштейн, Италия, Португалия). «Гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом» (ст. 18 Закона о МЧП Украины).

Генеральная привязка к личному закону может предполагать решение отдельных специальных вопросов дееспособности на основе субсидиарных коллизионных начал (закона существа отношения): «Дееспособность физических лиц определяется их национальным законом. Однако когда право, регулирующее отдельное действие, предписывает специальные условия дееспособности, эти условия определяются этим же правом» (ст. 23 Закона о МЧП Италии).

Вопросы договорной дееспособности решаются альтернативно по праву, свойственному договору, либо по праву, действующему «в месте, где лицо обычно пребывает» (ст. 9.1 Законопроекта Австралии о выборе права (1992)). Гражданская дееспособность физического лица по договорным и внедоговорным обязательствам может определяться правом государства места совершения сделок или возникновения обязательств из причинения вреда (ст. 18 Закона о МЧП Украины).

¹ Там же.

Как правило, физическое лицо не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности по его личному закону, если такое лицо является дееспособным по праву государства места совершения сделки (Алжир, Германия, Канада). «Правовая сделка, совершенная в Португалии лицом... недееспособным согласно компетентному личному закону, не может быть отменена на основании недееспособности... когда внутренний португальский закон... считал бы это лицо дееспособным» (ст. 38.1 ГК Португалии). Эта норма связана с одним из общих постулатов МЧП: лицо, дееспособное по своему личному закону, всегда признается дееспособным за границей; лицо, недееспособное по своему личному закону, может быть признано дееспособным за границей. Данное правило — одно из старейших в МЧП. Цель признания недееспособного по его личному закону иностранца дееспособным в другом государстве — защита интересов местных «купцов».

Иностранец может заключить за границей сделку, а впоследствии отказаться от выполнения своих обязательств под предлогом отсутствия у него дееспособности. Подобная ситуация встречается нередко и является серьезным тормозом развития внешнеторговых связей. Повсеместное признание общего принципа права «договоры должны соблюдаться» привело к законодательному закреплению правила о возможности признания недееспособного иностранца дееспособным на территории государства места заключения сделки.

В США по вопросам дееспособности суды в принципе руководствуются правом места совершения акта; такая же ситуация имеет место и в Великобритании в отношении коммерческих сделок. «Лицо является способным заключать договоры, если оно обладает этой способностью согласно праву либо штата, в котором оно domiciliровано на момент совершения договора, либо штата, чье право является применимым к договору» (ст. 3539 ГК штата Луизиана).

Законодательство большинства государств устанавливает исключения из правила «местной дееспособности недееспособного иностранца»:

1) ссылка иностранца на отсутствие дееспособности по личному закону принимается во внимание, если доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности: «Лицо... может ссылаться на недееспособность, основанную на... национальном законе... если другая... сторона в момент заключения договора знала о его недееспособности или не знала об этом по своей вине» (ст. 23 Закона о МЧП Италии);

2) ссылка иностранца на отсутствие у него дееспособности по его личному закону принимается во внимание в связи «с односторонними юридическими действиями» (ст. 2070 ГК Перу). В отношении

односторонних действий лицо может ссылаться на недееспособность, основанную на его национальном законе, если «это не причинит ущерба лицам, которые в отсутствие своей вины рассматривали данное лицо как дееспособное» (ст. 23 Закона о МЧП Италии);

3) ссылка иностранца на отсутствие у него дееспособности по его личному закону принимается во внимание в связи «с правами на недвижимость, расположенные за границей» (ст. 2070 ГК Перу); в связи с правовыми сделками, «посредством которых происходит распоряжение находящимся в другом государстве земельным участком или приравненным к нему правом» (ст. 12 Закона о МЧП Лихтенштейна); в связи с вещными правами (ст. 1.17 ГК Литвы);

4) ссылка иностранца на отсутствие у него дееспособности по его личному закону принимается во внимание по семейным и наследственным отношениям (Греция, Румыния, Тайвань). «Если физическое лицо при совершении гражданско-правовых действий согласно праву его обычного местопребывания является недееспособным, однако это лицо дееспособно по праву места совершения действия, применяется право места совершения действия, если это не затрагивает брак, семью или наследственное имущество» (§ 12 Закона о МЧП Китая).

Во всех правовых системах предусмотрены возможность и основания признания физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным. Во Франции, Монако, Италии, Германии игрок в рулетку может быть объявлен ограниченно дееспособным как расточитель. Это может повлиять на решение вопроса о действительности сделок, совершенных им за границей. В США или Великобритании лицо, признанное по закону какого-либо иностранного государства ограниченным в дееспособности как расточитель, будет считаться полностью дееспособным, поскольку общее право в принципе не знает института расточительства¹.

Своеобразное правило закреплено в Законе о МЧП Венесуэлы: «В Венесуэле не влекут последствий ограничения дееспособности, установленные в праве места жительства, которые основываются на различиях расы, национальности, религии или звания» (ст. 19).

Ограничение дееспособности физических лиц производится в судебном порядке. По общему правилу индивид может быть признан полностью недееспособным или ограниченно дееспособным только у себя на родине в соответствии со своим личным законом. В законодательстве отдельных стран закреплены нормы, определяющие возможность признания иностранца полностью недееспособным или ограниченно дееспособным: «Суды Грузии обладают международной компетенцией по делам об ограничении дееспособности

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

лица в случае, если это лицо... имеет в Грузии обычное место нахождения» (ст. 15 Закона о МЧП Грузии).

Наиболее взвешенное коллизионное регулирование признания лица полностью недееспособным или ограниченно дееспособным предлагает законодательство Бельгии: установление недееспособности совершеннолетних лиц и защита недееспособных лиц или их имущества регулируются правом государства, на территории которого лицо имело свое обычное место жительства на момент возникновения обстоятельств, требующих принятия обеспечительных мер. В случае перемены обычного места жительства применяется законодательство государства нового места жительства. Если применимое право не предусматривает возможность обеспечить лицо или имущество необходимой правовой защитой, таковая предоставляется в соответствии с правом государства, гражданином которого является лицо. Бельгийское право применяется в случаях, когда применение мер, предусмотренных применимым иностранным правом, невозможно по фактическим или правовым основаниям (ст. 35 Кодекса МЧП).

В основном вопросы ограничения дееспособности иностранных граждан в судах другого государства разрешаются в международных договорах (Кодекс Бустаманте, Конвенция СНГ 1993 г.). Практически все международные соглашения содержат дополнительную коллизионную привязку — «закон компетентного учреждения».

В российском праве гражданская дееспособность индивидов определяется их личным законом (ст. 1197 ГК РФ). Для установления личного закона (право государства гражданства или domicilio) используется ст. 1195 ГК РФ. Иностранное физическое лицо не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности по его личному закону, если такое лицо является дееспособным по праву государства места совершения сделки. Исключения составляют случаи, если будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии у него дееспособности (п. 2 ст. 1197 ГК РФ).

Положения ст. 1197 ГК РФ имеют императивный характер. Регулирование вопросов общей дееспособности физического лица на основе его личного закона в наибольшей степени соответствует принципу невмешательства во внутренние дела государства, гражданином которого индивид является или на территории которого постоянно проживает¹. Определение порядка совершения гражданско-правовых сделок относится к компетенции государства, на чьей территории они совершаются.

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланава. М., 2004.

На территории РФ признание физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется российскому праву (п. 3 ст. 1197 ГК РФ). Иностранцы в России могут подвергнуться ограничению дееспособности при условии уведомления компетентных органов государства гражданства такого лица об основаниях ограничения дееспособности. Государство гражданства в разумный срок должно дать согласие на судебное разбирательство в Российской Федерации. Основания ограничения дееспособности должны совпадать по законам обоих государств. Иностранцы, имеющие постоянное место жительства на территории РФ, могут быть подвергнуты ограничению дееспособности в российских судах на общих основаниях в соответствии с российским правом (личный закон таких лиц — российское право — п. 3 ст. 1195 ГК РФ).

Ограничение дееспособности физических лиц производится исключительно в судебном порядке (ст. 22, 29, 30 ГК РФ). Основания ограничения дееспособности в российском праве (ст. 29, 30 ГК РФ) — психическое расстройство; злоупотребление алкоголем и наркотиками, которое может поставить семью соответствующего лица в тяжелое материальное положение.

Возможно ограничение дееспособности российских граждан в соответствии с судебными решениями, принятыми в иностранных государствах. По отношению к таким лицам российское государство несет обязанности по защите их личных имущественных и неимущественных прав.

5.1.5. Опекa и попечительство в международном частном праве

Институты опеки и попечительства связаны с категорией дееспособности. Опекa устанавливается над малолетними и недееспособными гражданами (ст. 32 ГК РФ), а попечительство — над несовершеннолетними и ограниченно дееспособными гражданами (ст. 33 ГК РФ). Попечительство может устанавливаться в отношении лиц, которые не способны самостоятельно осуществлять свою дееспособность в силу физических недостатков (слепота, глухота), а также в отношении расточителей. Наиболее часто попечительство устанавливается для охраны интересов ограниченно дееспособных совершеннолетних лиц. Законодательство большинства государств содержит сходные постановления по этому вопросу.

Основное отличие опеки от попечительства заключается в том, что попечитель лично не совершает сделок от имени подопечного, а только дает согласие на их совершение. Опекун сам совершает сделки от имени подопечного. Попечитель не имеет права управлять имуществом подопечного. Назначение попечителя аналогично

назначению опекуна. Деятельность и опекунов, и попечителей находится под контролем соответствующих компетентных органов.

Институт опеки и попечительства известен и гражданскому, и семейному праву. В большинстве стран опека и попечительство регулируются в рамках гражданского законодательства. В определенной степени это связано с тем, что семейное право в качестве самостоятельной отрасли присутствует далеко не во всех юрисдикциях, а являясь отраслью гражданского права.

Подавляющее большинство национальных кодификаций МЧП содержит регламентацию опеки и попечительства. Эти вопросы относятся к «праву лиц». В отношении опеки и попечительства возникают вопросы: возможно ли учреждение опеки (попечительства) над иностранцем или лицом, проживающим за границей; может ли иностранец быть назначен опекуном (попечителем); закон какого государства регулирует как весь комплекс отношений по опеке и попечительству, так и отдельные его аспекты. Законодательство некоторых стран подчиняет все аспекты опеки (попечительства) единой коллизионной привязке:

— закону domicilia подопечного: «Опека и другие институты по защите недееспособных определяются правом места жительства недееспособного» (ст. 26 Закона о МЧП Венесуэлы);

— закону гражданства подопечного: «Опека, равно как и любой другой вид попечения, определяется по праву государства, гражданином которого является затрагиваемое ими лицо» (ст. 24 ГК Греции);

— закону страны суда: «При регулировании вопросов опеки, попечительства, попечения и других вопросов, связанных с институтами, устанавливаемыми для защиты прав несовершеннолетних, умалишенных и отсутствующих, применяется йеменский закон» (ст. 27 ГК Йемена (1992)).

В Великобритании господствующей коллизионной привязкой является английское право (закон суда). Английский суд, применяя собственное право, может назначить опеку над несовершеннолетним британским подданным, даже домицилированным за границей, и над иностранцем, домицилированным или только временно пребывающим на территории Великобритании¹. Пределы правомочий назначенного за границей опекуна в соответствии с английским правом определяются по закону места учреждения опеки (в отношении движимого имущества).

В ФРГ опека над иностранцем может быть назначена только в том случае, если он имеет место жительства или место пребывания на территории Германии и если государство гражданства иностранца не берет на себя попечение о нем, хотя в соответствии с зако-

¹ Луниц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

нами этого государства над таким лицом должна быть учреждена опека (ст. 24 ВЗ ГГУ).

Законодатель Швейцарии отказался от самостоятельного регулирования вопросов опеки (попечительства) и закрепил отсылку к Гаагской конвенции о юрисдикции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних (1961), нормы которой по аналогии применяются к опеке (попечительству) в отношении совершеннолетних (ст. 85 Закона о МЧП Швейцарии). По такому же пути пошел литовский законодатель (ст. 1.34 ГК Литвы).

С точки зрения коллизионного регулирования отношения опеки (попечительства) можно разделить на несколько самостоятельных статутов:

1) условия назначения, изменения и прекращения опеки (попечительства) определяются личным законом опекаемого (Румыния, Украина, Австрия);

2) последствия опеки (попечительства) определяются личным законом опекаемого (Австрия) или законом суда (Таиланд);

3) установление временных и срочных защитных мер в отношении подопечного подчиняются закону его места жительства (Испания) или закону суда (Италия, Перу, Тунис);

4) обязанность опекуна (попечителя) принять опекунство (попечительство) регулируется личным законом опекуна (Украина, Румыния);

5) отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются законом государства, органы которого назначили опеку, — «законом компетентного учреждения» (Украина). Если право места жительства лица, находящегося под опекой (попечительством), является для него более благоприятным, применяется закон места жительства подопечного;

6) право представительства опекуна (попечителя) регулируется законом компетентного учреждения и распространяется за пределы государства, органы которого назначили опеку (Украина).

В новейших кодификациях МЧП проявляется тенденция расширения применения института автономии воли сторон ко всему спектру отношений, связанных с иностранным правопорядком: «Стороны могут выбрать применимое к опеке право. Если стороны не выбрали право, применяется право места, в котором находится имущество опекаемого или в котором возникло отношение опеки» (§ 17 Закона о МЧП Китая).

Коллизионное регулирование опеки и попечительства предусмотрено в ст. 1199 ГК РФ. Установление и отмена опеки и попечительства производятся в соответствии с личным законом опекаемого

или подопечного (п. 1). Это положение закрепляет общую двустороннюю коллизионную норму. Применение личного закона для решения вопросов личного статуса индивида основано на критерии наиболее тесной связи между лицом и соответствующей правовой системой¹.

Пункт 2 ст. 1199 ГК РФ предусматривает, что личный закон опекуна (попечителя) применяется для установления его обязанности принять опеку (попечительство). Это специальная коллизионная норма, которая отражает необходимость принимать во внимание ту правовую систему, с которой лицо, обязанное принять опеку (попечительство), наиболее тесно связано.

Отношения между опекуном (попечителем) и опекаемым (подопечным) определяются по закону компетентного учреждения — в соответствии с правом страны, учреждение которой установило опеку (п. 3). Этот правопорядок регламентирует, каким именно образом должна осуществляться опека (попечительство). Закон компетентного учреждения — основная коллизионная привязка данной нормы.

Наряду с общим коллизионным правилом для регулирования отношений между опекуном и подопечным установлена специальная альтернативная привязка к российскому закону. Применение российского права имеет ограниченный характер: подопечный имеет в России место жительства и российское право имеет для него более благоприятный характер².

Статья 1199 ГК РФ содержит «цепочку» коллизионных норм: отдельные аспекты одного и того же правоотношения регулируются посредством различных коллизионных привязок. Положения ст. 1199 ГК РФ являются одними из наиболее удачных в МЧП России.

5.2. Юридические лица в международном частном праве

5.2.1. Национальность и личный закон юридических лиц

Генеральное соглашение о торговле услугами (1994) (ГАТС) устанавливает: «Выражение «юридическое лицо» охватывает любое юридическое образование, надлежащим образом учрежденное либо организованное иным путем в соответствии с применимым законодательством в целях получения прибыли или без таких целей и принадлежащее к частному или публичному сектору, в том числе обще-

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланаова. М., 2004.

² Там же.

ство, находящееся в доверительном управлении (траст), товарищество (партнерство), совместное предприятие, индивидуальное предприятие или ассоциация». С точки зрения роли, которую юридические лица играют в международных хозяйственных отношениях, именно они являются основными субъектами МЧП. Специфика правового статуса и деятельности юридических лиц определяется в первую очередь их государственной принадлежностью.

Любое государство стремится определить юридические лица, которые находятся под его юрисдикцией. В этих целях используется термин «национальность юридического лица». «Основной акцент категории «национальность» приходится на плоскость публичного права — это государственная принадлежность юридического лица, которая позволяет определить пределы действия публично-правовых норм, содержащихся в законодательстве данного государства, а также в международных договорах, заключенных этим государством. Вместе с тем слово «национальность» продолжает применяться и в сфере международного частного права, превращаясь, в этом качестве, по сути, в синоним выражения личный статут юридического лица»¹.

Национальность юридического лица — это принадлежность юридического лица определенному государству. Национальность (государственная принадлежность) юридических лиц — основа их личного статута. Личный закон (статут) юридического лица и его государственная принадлежность (национальность) — категории различные. Личный закон — категория коллизионного права, право конкретного государства, компетентное ответить на вопросы, связанные с правосубъектностью юридического лица. Государственная принадлежность (национальность) — материально-правовая категория, «привязанность» юридического лица к определенному государству и его правопорядку. Национальность юридического лица — понятие условное. «Термин «национальность» в применении к юридическим лицам не имеет того значения, которое он имеет в применении к физическим лицам»². В отечественной литературе высказывается мнение, что национальность юридического лица — это институт публичного права, означающий государственную принадлежность юридического лица, которая определяется в зависимости от того, решением какого государства было утверждено (зарегистрировано, одобрено) учреждение юридического лица. Понятия национальности и личного статута юридического лица совпадают только в случае, если право государства, установившего коллизионную норму,

¹ Брун М. И. Юридические лица в международном частном праве. Пг., 1915.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

указало в ней для определения личного статуса критерий инкорпорации (места учреждения юридического лица)¹.

Категория «национальность юридических лиц» используется для разграничения собственных (национальных) и чужих (иностранных) компаний. Во всех государствах действующие на их территории компании делятся на «отечественные» и «иностранные». Если юридические лица осуществляют хозяйственную деятельность за границей, они находятся под воздействием двух систем правового регулирования — системы национальной права государства «гражданства» данного юридического лица (личный закон) и системы национального права государства места деятельности (территориальный закон). Понятие «личный закон» юридического лица является одним из самых сложных в МЧП, поскольку эта формула прикрепления содержит серьезные «скрытые» коллизии и принципиально различно понимается в праве разных государств. Различное определение национальной принадлежности юридических лиц порождает проблемы «двойной национальности», двойного налогообложения, невозможности признать компанию банкротом или наложить арест на ее уставный капитал.

Положение о том, что каждое юридическое лицо обладает личным статутом, имеющим экстерриториальное действие и подлежащим признанию за рубежом, является общепризнанным. Это положение основано на международном обычае. По идее, личный статут юридического лица должен отражать его национальность, но определение государственной принадлежности юридических лиц представляет собой огромную трудность. Компания может быть зарегистрирована в одном государстве, контролироваться с территории другого государства, иметь административный центр в третьем, вести хозяйственную деятельность в четвертом, при этом акционеры данной компании — граждане самых различных государств. Ни в доктрине, ни в законодательстве нет единой позиции, по какому признаку следует определять национальность юридического лица.

Доктрина отделяет государственную принадлежность юридического лица от его личного закона. По этому пути идет и законодательство. В Испании «иностранные компании, учрежденные за границей, вправе вести торговую деятельность. Правоспособность названных лиц определяется законодательством соответствующей страны. Торговая деятельность названных лиц и создание торговых заведений, осуществляемые на территории Испании, регулируются данным Кодексом» (ст. 15 Торгового кодекса (1885)).

¹ Правовое регулирование правосубъектности иностранных юридических лиц
// URL: http://www.m-proff.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=11

Правовая категория «личный статут» определяет «личный статус» компании. Категория личного статута — это совокупность правовых норм, определяющих «генетический статус» субъектов, которые имеют тенденцию к выходу на наднациональный уровень¹. Понятие личного статута юридических лиц известно праву всех государств и практически везде определяется сходным образом: статус организации в качестве юридического лица, его организационно-правовая форма и содержание правоспособности, способность отвечать по своим обязательствам, вопросы внутренних отношений, реорганизации и ликвидации. Юридические лица не вправе ссылаться на ограничение полномочий их органов или представителей на совершение сделки, неизвестное праву страны места совершения сделки, за исключением случаев, если будет доказано, что другая сторона знала или должна была знать об указанном ограничении.

Основные варианты личного закона юридических лиц:

1. Теории инкорпорации: личным законом юридического лица считается право того государства, в котором данное лицо зарегистрировано (инкорпорировано). В основном роль места государственной регистрации юридических лиц заключается в выполнении функций получения корреспонденции от органа государственной регистрации и других государственных органов (Южная Корея, Великобритания, Россия, США).

2. Теория оседлости: юридическое лицо принадлежит тому государству, на чьей территории находится его административный центр (совет директоров, правление, иные исполнительные и распорядительные органы юридического лица). Местонахождение основного органа управления обычно определяется в соответствии с уставными документами. Если в уставе отсутствует указание на местонахождения основного органа управления, то им, как правило, является фактическое (эффективное) местонахождение такого органа. Различают два возможных способа определения местонахождения административного центра юридического лица:

- статутарная (формальная) оседлость, указанная в учредительных документах (Испания, Румыния, ФРГ);
- эффективная (реальная) оседлость, которая учитывает фактическое место нахождения административного центра на каждый конкретный момент времени (Грузия, Португалия).

3. Теория эффективного (основного) места деятельности (местонахождения коммерческого предприятия): юридическое лицо имеет национальность того государства, на чьей территории

¹ Суворов Л. Л. Проблема отделения личного статута юридического лица от его государственной принадлежности в современном международном частном праве // Журнал международного частного права. 1995. № 3(9).

оно ведет основную хозяйственную деятельность (Бельгия, Канада (Квебек)).

4. Теория контроля: юридическое лицо имеет национальность того государства, с территории которого контролируется и управляется его деятельность (в том числе и посредством финансирования). Закреплена в Вашингтонской конвенции 1965 г., Договоре к Энергетической хартии (1994), в законодательстве некоторых африканских государств. В качестве субсидиарной коллизионной привязки эта теория используется в праве Великобритании, США, Швейцарии, Франции, Лихтенштейне.

На сегодняшний день используемые в национальном законодательстве критерии определения личного закона иностранных юридических лиц позволяют выделить два основных и два второстепенных критерия¹:

- два основных критерия — критерий места учреждения (инкорпорации) и критерий места нахождения административного центра (критерий оседлости);
- два второстепенных критерия определения личного закона юридического лица — критерий места осуществления основной деятельности (критерий центра эксплуатации) и критерий контроля.

В странах ЕС доминирует *теория оседлости*. В Регламенте Рим I подчеркивается, что для достижения правовой определенности необходимо установить четкое определение «обычное местожительства» для обществ, ассоциаций и юридических лиц. Данная коллизионная норма должна ограничиваться одним критерием; в противном случае сторонам будет невозможно предвидеть право, подлежащее применению. В целях Регламента обычным местом жительства общества, ассоциации или юридического лица является место расположения их центральной администрации. Обычным местом жительства физического лица, действующего в ходе осуществления предпринимательской деятельности, является основное место осуществления этой деятельности. Если договор заключен в ходе деятельности филиала, представительства или любого другого учреждения, или обязательство подлежит исполнению этим филиалом, представительством или другим учреждением, то в качестве обычного местожительства признается место расположения филиала, представительства или любого другого учреждения. Обычное место жительства определяется на момент заключения договора (ст. 19).

В подавляющем большинстве стран применяется «**смешанный критерий**»: как дополняющие друг друга устанавливаются при-

¹ Правовое регулирование правосубъектности иностранных юридических лиц // URL: http://www.m-proff.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=11

вязки к праву государства инкорпорации, местонахождения, места осуществления деятельности и используется теория контроля (либо в совокупности, либо в качестве альтернативы). Это напоминает статус гражданства физических лиц, имеющих право его сменить или иметь двойное гражданство¹. Современная тенденция подчинять статут юридического лица вариативной комбинации коллизионных привязок является выражением одного из основных принципов МЧП — принципа наиболее тесной связи, согласно которому к трансграничным частноправовым отношениям должно применяться право той страны, с которой отношение наиболее тесно связано².

Например, в Лихтенштейне осуществлена автономная кодификация МЧП — в 1996 г. принят Закон о МЧП, в котором, однако, отсутствует коллизионное регулирование института юридических лиц. Статус юридических лиц регламентируется специальным законом (Закон об изменении регулирования о лицах и обществах (1996), вступил в силу с 1 января 1997 г.) с использованием общих подходов, закрепленных в акте кодификации МЧП. Кстати, многие положения Закона об изменении регулирования о лицах и обществах дублируют соответствующие предписания Закона о МЧП Швейцарии.

В Законе об изменении регулирования проводится четкое разграничение между иностранными и местными (лихтенштейнскими) юридическими лицами. Основной разграничительный критерий — право, применимое к данному лицу. При этом следует обратить внимание на нестандартный подход — при создании юридического лица допускается свободный выбор права его учредителями, и автономия воли является генеральной коллизионной привязкой. Такая модель представляет собой редкое законодательное решение. Видимо, данное решение связано с тем, что Лихтенштейн — это респектабельный офшор, и офшорная деятельность составляет более 30% доходной части его бюджета.

Общая норма для определения применимого права закреплена в ст. 232 — объединение является организованным согласно иностранному/местному праву, если: 1) его учредительные документы объявляют применимым иностранное/местное право; 2) оно выполняет иностранные/местные предписания о публичности и регистрации; 3) в случае, когда таких предписаний не существует, оно организовалось согласно иностранному/местному праву. В международных отношениях объединение должно иметь свое местонахождение в том государстве, праву которого оно подчиняется. Если объедине-

¹ Бурьянов В. В. Личный закон юридического лица в российском законодательстве // Журнал российского права. 2004. № 5.

² Бальзамов Р. Л. Проблемы правосубъектности иностранных юридических лиц — участников внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

ние не выполняет эти условия, то оно подчиняется праву того государства, в котором оно действительно управляется.

Местными обществами считаются те, которые организованы по местному праву, т.е.: 1) выполняют местные предписания о публичности и регистрации; 2) в случае, когда таковых не существует, — которые организовались по местному праву; 3) в случае, когда не осуществлен признаваемый выбор права, — которые имеют в Лихтенштейне свой орган управления или осуществляют существенную часть своего ведения дел, или у которых, по меньшей мере, половина участников имеют свое место жительства в Лихтенштейне. К ним применяется лихтенштейнское право (ст. 676).

Данная норма позволяет сделать вывод, что для местных юридических лиц их личный закон может в равной степени определяться и теорией инкорпорации, и теорией оседлости, и теорией места деятельности, и теорией контроля. Главное — подчинение праву Лихтенштейна, которое может быть обусловлено и автономией воли участников объединения.

Теория контроля — относительно новый и самый каучуковый критерий для определения личного закона юридического лица. Она появилась в английской практике. В Великобритании традиционно установление коллизионных принципов — это удел судебной практики. При этом общий подход к определению личного закона корпораций закреплен и в статутном законодательстве — в Законе об иностранных корпорациях (1991). Признание корпоративного статуса иностранных корпораций «подпадет под то, чтобы быть определенным путем указания на законы территории, по которым образование является инкорпорированным» (ст. 1). Английское статутное право (как и судебная практика) в качестве генеральной коллизионной привязки декларирует теорию инкорпорации, т.е. применение права места учреждения юридического лица.

Однако с точки зрения английской правовой доктрины и судебной практики, место инкорпорации является лишь одним из доказательственных фактов, рассматриваемых в ходе выяснения местонахождения контролирующего центра компании. Компания рассматривается как имеющая местопребывание в той стране, где находится ее контролирующий центр, т.е. там, где расположены ее штаб-квартира и руководящие органы. Критерий контроля был введен Казначейским отделением Высокого суда правосудия в решении по делу *Cesena Sulphur Co. v. Nicholson* (1876), которому суды в дальнейшем неоднократно следовали (решения по делам *San Paulo (Brazilian) Rail. Co., Ltd. v. Carter* (1896); *Goerz v. Bell* (1904); *American Thread Co. v. Joyce* (1913)). То, что центральный контроль является правильным критерием местопребывания корпорации, установ-

лено Палатой лордов в руководящем прецеденте — деле *De Beers Consolidated Mines Ltd. v. Howe* (1906). Как окончательный прецедент критерий контроля закреплен в решении по делу *Egyptian Delta Land and Investment Co. v. Todd* (1929)¹.

В английской доктрине подчеркивается, что одно из последствий этих решений — это то, что местопребыванием корпорации признается страна, где она фактически контролируется, а не место, где согласно ее уставу над ней должен осуществляться контроль. Данный принцип расценивается как подлинная норма права; дела компаний реально ведутся там, где действительно находится центральное руководство и откуда осуществляется контроль. Так, если дочерняя компания, имеющая собственное правление, зарегистрирована за границей, но фактически контролируется ее собственниками — компанией, имеющей местопребывание в Англии, то дочерняя компания считается имеющей местопребывание в Англии, даже если такой внешний контроль не предусмотрен ее уставом².

Наибольшая востребованность теории контроля проявилась в период Первой мировой войны. В 1915 г. в английском суде рассматривалось дело против компании «Даймлер». В ходе процесса суд стал выяснять, кто является действительными участниками юридического лица-ответчика, какое гражданство имеют эти лица и кто управляет юридическим лицом. Выяснилось, что из 25 тыс. акций, составлявших акционерный капитал компании, только одна принадлежала британскому подданному, а все остальные находились в собственности германских держателей. Компания была зарегистрирована в Великобритании в соответствии с ее законами и с точки зрения английского права должна была рассматриваться в качестве английского лица³. Однако суд решил, что в данном случае важнее установить, кто контролирует компанию и в соответствии с этим определить ее истинную национальную принадлежность.

В решении по данному делу судья лорд Паркер указал, что компания может рассматриваться как враждебный иностранец, если лица, осуществляющие контроль над деятельностью компании, являются враждебными иностранцами. Если за вычетом акционеров, являющихся враждебными иностранцами, количество остальных акционеров недостаточно для того, чтобы проводить собрания или назначать директора, есть серьезные основания предполагать, что общество находится под контролем враждебных иностранцев⁴. Суд признал

¹ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982.

² Там же.

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

⁴ Халфина Р. О. Гражданское законодательство Англии в период Второй мировой войны // Советское государство и право. 1946. № 1.

юридическое лицо «враждебным», т.е. принадлежащим кайзеровской Германии.

В итоге английский парламент в 1914, 1915 и 1919 гг. принял ряд законов, которые основывались на норме «общего права», сформулированной еще в конце XVIII в., и которые должны были препятствовать использованию существующих отношений для прямой или косвенной помощи врагу. В связи с делом компании «Даймлер» в 1916 г. был издан циркуляр Министерства юстиции Франции: «Для выявления вражеского характера компании нельзя довольствоваться исследованием правовых форм, которые принимают товарищества: ни место нахождения административного центра, ни другие признаки. . . недостаточны, так как речь идет о том, чтобы . . . выявить действительный характер деятельности общества. . . Вражеским надо признать юридическое лицо, если его управление или его капитал в целом или большей части находится в руках неприятельских граждан»¹.

В ходе Второй мировой войны теория контроля получила свое окончательное оформление. Английское законодательство времен Второй мировой войны (Закон о враждебных иностранцах (1939) — «Trading with the Enemy Act») основано на законах 1914, 1915 и 1919 гг. Основной смысл Закона 1939 г. — запрещение любых сделок с враждебными иностранцами. Закон позволяет отнести юридическое лицо к враждебным иностранцам в двух случаях: 1) юридическое лицо основано или инкорпорировано на основании законов враждебного государства и 2) юридическое лицо находится под контролем враждебных иностранцев².

Под влиянием английского права теория контроля была закреплена и в американском законодательстве о «враждебных иностранцах». В 1939 г. был принят Закон Фара, который объявил «иностранцами-агентами» компании, финансируемые из-за границы и занимающиеся в США лоббистской деятельностью³. Понятие «враждебный иностранец» применялось прежде всего к компаниям, финансируемым из стран «оси» (Германия, Япония, Италия).

В трансформированной для мирного времени интерпретации теории контроля закреплена в современном англо-американском и континентальном праве, — национальная принадлежность и личный закон корпорации определяются законом того государства, с терри-

¹ Луцц Л. А. Указ. соч.

² Халфина Р. О. Указ. соч.

³ В связи с этим представляется странной и некорректной ссылка на Закон Фара для обоснования изменений, внесенных в Федеральный закон «О некоммерческих организациях» в июле 2012 г. Эти изменения объявляют «иностранцами-агентами» любые некоммерческие организации, получающие любую финансовую помощь из-за рубежа. Закон Фара к таким организациям не применяется, кроме того, он был принят именно ввиду начала Второй мировой войны.

тории которого осуществляется фактическое руководство деятельностью данного юридического лица.

Критерий контроля отличается неформальным подходом к определению личного закона юридического лица. Применение данного критерия учитывает большинство характеристик компании: место регистрации, место осуществления основной деятельности, национальность акционеров и служащих, место происхождения патентов и товарных знаков. Например, в Швейцарии теория контроля применяется, если в уставе не указано местонахождения товарищества и если оно не удовлетворяет требованиям права места его учреждения (ст. 154 Закона о МЧП).

Статья 1202 ГК РФ для определения личного закона юридического лица закрепляет критерий инкорпорации. Россия — одна из немногих стран мира, в чьем праве установлен только один критерий определения личного закона юридического лица (п. 1 ст. 1202). Согласно п. 2 ст. 8 Федерального закона от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» государственная регистрация юридического лица осуществляется по месту нахождения указанного учредителями действующего исполнительного органа, в случае отсутствия такого исполнительного органа — по месту нахождения иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности. В литературе подчеркивается, что главным следствием применения критерия инкорпорации является необязательность соответствия места регистрации устава какому-либо реальному месту нахождения юридического лица (месту нахождения администрации или месту осуществления деятельности). У юридических лиц может быть так называемая статутарная оседлость — любое, даже не соответствующее действительности место нахождения общества, указанное в учредительных документах¹.

Однако при определении юридического лица как российского критерий инкорпорации дополняется критерием оседлости, поскольку местонахождение органа управления обязательно должно находиться в России². Юридический адрес организации определяется не по любому адресу, указанному в учредительных документах, а по месту нахождения постоянно действующего исполнительного органа юридического лица. С 2007 г. регистрирующие органы получили полномочия проверять достоверность этих данных при регистрации.

¹ Правовое регулирование правосубъектности иностранных юридических лиц // URL: http://www.m-proff.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=11

² Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

Создание юридического лица в соответствии с российским законодательством и регистрация его на территории РФ делает компанию юридическим лицом российского права. Государственная регистрация юридического лица в иностранном государстве для отечественного правоприменителя означает признание за юридическим лицом национальности данного государства, право которого и является личным законом компании.

Пункт 2 ст. 1202 ГК РФ определяет круг вопросов, подлежащих регулированию личным законом юридического лица. Первый вопрос связан с правомочностью рассмотрения объединения лиц или капиталов как юридического лица. Под организационно-правовой формой юридического лица понимается совокупность признаков, которые характеризуют взаимоотношения между участниками юридического лица, структуру его органов, степень обособленности имущества, характер ответственности участников по обязательствам. В качестве отдельной группы вопросов выделены внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками. Проверка индивидуальности наименования юридического лица является одним из обязательных условий инкорпорации юридического лица.

Логическим завершением является группа вопросов, связанных с прекращением юридического лица как субъекта права (ликвидация), его реорганизацией или преобразованием в другие организационно-правовые формы.

В п. 3 ст. 1202 ГК предусмотрено исключение из личного закона юридического лица, направленное на обеспечение стабильности хозяйственного оборота. Суть этого исключения — запрет юридического лица ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, неизвестное праву страны, в которой орган или представитель юридического лица совершил сделку, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать о таком ограничении. Необходимо подчеркнуть, что привязка к праву места совершения сделки представляет собой устаревшее и чрезвычайно неудачное решение, хотя бы ввиду сложностей установления такого места в современных условиях.

Личным законом иностранной организации, не являющейся юридическим лицом по иностранному праву, считается право страны, где эта организация учреждена. Если применимым является российское право, то к деятельности такой организации применяются правила ГК РФ, которые регулируют деятельность юридических лиц, если иное не вытекает из закона, иных правовых актов или существа отношения (ст. 1203). К договору о создании юридического лица с ино-

странным участием применяется право страны, в которой согласно договору подлежит учреждению юридическое лицо (ст. 1214).

Нельзя согласиться с тем, что установления единственного критерия инкорпорации в российском законодательстве представляет собой «норму, в основном соответствующую требованиям современного экономического оборота»¹. В эпоху усложнения структуры юридических лиц, их интернационализации, развития компаний международного бизнеса, ТНК, офшорных компаний подобная норма российского права приводит к серьезным негативным последствиям. Возникает практически неразрешимая проблема определения компетентного законодательства, применимого к личному статусу офшорных компаний, учрежденных российскими лицами для осуществления деятельности на территории РФ, но зарегистрированных в других государствах; к личному статусу ТНК, действующих на территории РФ. Кроме того, критерий инкорпорации является самым формальным, а потому — самым удобным для обхода закона.

В Концепции развития гражданского законодательства РФ подчеркивается, что в разд. VI ГК отсутствуют коллизионные нормы, направленные на определение права, применимого к ответственности юридических лиц по долгам их дочерних юридических лиц. Целесообразно рассмотреть возможность включения соответствующих норм с учетом подходов, предлагаемых в западноевропейской доктрине. В данной доктрине применение личного закона дочерней компании предлагается дополнять субсидиарными коллизионными привязками, помогающими скорректировать результат с учетом обстоятельств конкретного дела (в частности, путем применения права места осуществления коммерческой деятельности дочернего юридического лица).

В проекте ГК РФ ст. 1202 содержит дополнение: «2. На основании личного закона юридического лица определяются.... 9) вопросы ответственности учредителей и участников юридического лица по его обязательствам....»

4. Если учрежденное за границей юридическое лицо регулярно 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».

¹ Бурьянов В. В. Личный закон юридического лица в российском законодательстве // Журнал российского права. 2004. № 5.

5.2.2. Деятельность иностранных юридических лиц

Организационно-правовые формы, юридический статус, порядок создания и деятельности юридических лиц регулируются корпоративным правом (англо-американская терминология — «право компаний»). В западной доктрине корпоративное право традиционно рассматриваются в качестве самостоятельной отрасли права. В праве ЕС соответствующая совокупность норм составляет право хозяйственных обществ.

Сравнительное правоведение позволяет выделить универсальные типовые организационно-правовые формы предпринимательской деятельности, имеющие сходные названия и сходные существенные признаки: 1) акционерные общества (АО); 2) общества с ограниченной ответственностью (ООО); 3) товарищества.

Функционирование юридических лиц одного государства на территории другого предполагает экстерриториальное признание их правосубъектности. Правосубъектность иностранных юридических лиц признается на основе национального законодательства и международных договоров. Вопрос о допуске иностранного юридического лица к хозяйственной деятельности на территории государства решается законодательством данного государства. Например, в Румынии преследующие имущественные цели иностранные юридические лица, законно учрежденные в том государстве, чьими национальными субъектами они являются, признаются в силу закона. Иностранные юридические лица, не преследующие имущественные цели, могут быть признаны с разрешения Правительства Румынии на основании решения судебного органа на условиях взаимности. Такие юридические лица должны быть законно созданы в том государстве, чьими национальными субъектами они являются, их уставные цели не должны противоречить социальному и экономическому строю Румынии (ст. 43 Закона о МЧП). Признанное иностранное юридическое лицо обладает всеми правами, присущими его организационному статусу, за исключением тех, в которых признавшее это лицо государство в силу положений закона ему отказывает (ст. 44). Иностранное юридическое лицо, признанное в Румынии, осуществляет свою деятельность в соответствии с условиями, установленными румынским правом для осуществления деятельности экономического, социального, культурного и иного характера (ст. 45).

Грузинское право утверждает принцип автоматического признания иностранных юридических лиц. Это подразумевает, что для признания юридического лица не является обязательным существование специального акта признания¹. Регистрацию филиала (пред-

¹ Гиоргидзе Г. Юридические лица в международном частном праве // Человек и Конституция. 2005. № 1.

ставительства) некоммерческого юридического лица иностранного государства производит соответствующий налоговый орган по месту его нахождения. Законодательство не признает какого-либо запрета в связи с участием иностранного юридического лица при основании юридического лица в Грузии. Однако принцип автоматического признания не может быть применен, если иностранное юридическое лицо своей деятельностью противоречит требованиям ст. 5 «Публичный порядок» Закона о МЧП Грузии, например, если организационная структура и порядок деятельности юридического лица противоречат «основным правовым принципам Грузии».

В основном внешнеэкономическая деятельность иностранных юридических лиц подчинена режиму наибольшего благоприятствования. В международных договорах предоставление этого режима часто формулируется как «принцип наиболее благоприятствуемой нации». Комиссия международного права ООН разработала Проект статей «О клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации», где зафиксировано обязательство государства предоставлять лицам других государств режим наибольшего благоприятствования в определенных международными договорами сферах отношений. Иностранцы на территории одного государства должны быть уравнены в правах друг с другом.

В настоящее время имеет место тенденция вместо режима наибольшего благоприятствования в отдельных областях сотрудничества предоставлять национальный режим: в сфере торгового мореплавания, оказании правовой помощи, сфере социального обеспечения, права на страховую и судебную защиту. Национальный режим предоставляется в области авторского и патентного права. При определении национального режима за основу берется режим деятельности, которым пользуются национальные юридические лица. Национальный режим может быть сформулирован как общий принцип недискриминации или в конкретной формулировке, сходной с формулировкой режима наиболее благоприятствуемой нации. Как режим недискриминации национальный режим сформулирован в Генеральном соглашении по тарифам и торговле (ГАТТ) (1947) применительно к торговле товарами (п. 1 ст. 3).

В законодательстве некоторых государств установлен национальный режим для иностранных юридических лиц: «Иностранные юридические лица осуществляют в Республике Беларусь предпринимательскую и иную деятельность, регулируемую гражданским законодательством, в соответствии с правилами, установленными этим законодательством для такой деятельности юридических лиц Республики Беларусь, если законодательством Республики Беларусь для иностранных юридических лиц не предусмотрено иное» (ст. 1113

ГК Беларуси (1998)). Аналогичные положения закреплены в кодификациях МЧП Азербайджана, Армении, Словакии, Румынии.

Ограничительные условия допуска иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности, согласно которым для иностранных предприятий действуют специальные нормы, присутствуют во всех государствах. В Европе они представлены законодательством о конкуренции. Меры, принимаемые государством по защите конкуренции в области регулирования и контроля над иностранными юридическими лицами, основаны на нормах Хартии экономических прав и обязанностей государств.

В Японии иностранные компании, намеревающиеся осуществлять предпринимательскую деятельность на ее территории, обязаны назначить представителя в Японии и создать контору по месту его жительства или «в другом месте, которое укажет это лицо» (ст. 479 Торгового кодекса (1899)). Иностранная компания обязана обеспечить регистрацию по месту нахождения своей конторы. Иностранная компания обязана произвести регистрацию в соответствии с законодательством, на основании которого она учреждена (т.е. в «материнской» стране), с указанием имени и места жительства своего представителя в Японии.

Иностранные юридические и физические лица осуществляют хозяйственную деятельность на территории другого государства путем создания самостоятельных предприятий. Организационный статус отделения, созданного юридическим лицом в другом государстве, подчиняется национальному закону юридического лица (ст. 41 Закона о МЧП Румынии). Общества и организации, которые не являются юридическими лицами (неперсонифицированные образования), регламентируются правом государства, в котором они зарегистрированы или учреждены (ст. 57 Кодекса МЧП Болгарии).

Филиал (представительство) — это обособленное подразделение юридического лица, расположенное вне места его нахождения, представляющее и защищающее интересы создавшего его юридического лица. Филиал (представительство) не является юридическим лицом, не обладает собственной гражданской правосубъектностью, не имеет права заниматься коммерческой деятельностью, выступает от имени и по поручению представляемой организации. Организационный статус филиала подчиняется закону того государства, на территории которого он создан, независимо от закона, применимого к юридическому лицу, образовавшему этот филиал (ст. 41 Закона о МЧП Румынии). Внутренние вопросы, касающиеся созданных по праву Республики Китай органов иностранных юридических лиц, регулируются правом Республики Китай (§ 15 Закона о МЧП

Китая). Данный подход практически является общим — личным законом филиала считается право его местонахождения.

Однако в современном регулировании встречается и другое решение. В Законе о МЧП Азербайджана указано, что право страны места учреждения определяет правоспособность юридического лица, его представительств и филиалов (ст. 13.1), наименование юридического лица (его филиалов и представительств), право на использование и защиту наименования (ст. 14.2). Таким образом, личным законом филиала является право страны места учреждения юридического лица. Иностранное юридическое лицо не может вносить протест по поводу ограничения его полномочий вследствие заключения его органом (филиалом) или представителем сделки, запрещенной по праву страны места заключения сделки (ст. 13.2).

По общему правилу, деятельность иностранных юридических лиц регламентируется специальным законодательством — законами об иностранных инвестициях, корпоративным и акционерным правом. Акты кодификации МЧП обычно ограничиваются определением компетентного правопорядка к вопросам общей правосубъектности иностранных компаний. Однако в некоторых странах установлены специальные коллизионные нормы по отдельным аспектам деятельности иностранных юридических лиц. Например, если юридическое лицо совершает сделку при осуществлении собственной коммерческой деятельности, достаточно наличия у него правоспособности для совершения такой сделки в соответствии с правом страны, в которой осуществляется коммерческая деятельность (ст. 18.1 Закона о МЧП Польши). Если юридическое лицо является стороной внедоговорного обязательства, действия или события, повлекшего причинение вреда, то учитывается место нахождения его правления или органа, заменяющего правление, либо место деятельности, связанное с названным действием или событием (ст. 53.2.2 Закона о МЧП Эстонии).

В Венгрии к учредительному договору применяется право места осуществления деятельности, однако учредительный договор об образовании юридического лица регулируется его личным законом (§ 26.2 Указа о МЧП). Если в ценных бумагах выражены права членства, вопрос о возникновении, переходе, прекращении и действительности прав и обязанностей, основанных на этих ценных бумагах, рассматривается по личному закону юридического лица (§ 27.4).

В Румынии слияние нескольких юридических лиц разной национальности может быть осуществлено в случае, если соблюдаются условия, предусмотренные обоими национальными законами, применимыми к их организационным статусам (ст. 46 Закона о МЧП). Представительство юридического лица, которое прекратило пла-

тежи, регулируется правом, применимым к правоотношению, из которого вытекает полномочие на представительство (ст. 47). Эмиссия именных, ордерных акций или акций на предъявителя, а также облигаций подчиняется закону, применимому к организационному статусу юридического лица-эмитента (ст. 57).

В Португалии перенос из одного государства в другое местонахождения юридического лица не прекращает его правосубъектности, если в этом согласуются законы одного и другого местонахождения. Слияние организаций с отличающимися личными законами рассматривается согласно обоим личным законам (п. 3, 4 ст. 33 ГК). Аналогичное решение предлагает и законодатель Перу: «Слияние юридических лиц, учрежденных по различным законам, оценивается на основании обоих законов и закона места слияния, если последнее осуществляется в третьей стране» (ст. 2074 ГК). Практическая реализация этих норм (к тому же императивных по своему характеру) способна породить серьезные затруднения — как быть, если материально-правовое регулирование в праве двух (трех) стран является принципиально различным? Императивное требование совпадающего регулирования по двум или трем правовым порядкам может быть невыполнимым и привести к непризнанию правосубъектности юридического лица.

В Бельгии перемещение основного предприятия юридического лица из одного государства в другое может иметь место без изменения его регистрации и правосубъектности, если оно производится в соответствии с условиями, по которым право обоих государств это разрешает. Если юридическое лицо перемещает свое основное предприятие на территорию другого государства, право этого другого государства будет применяться в отношении перемещения (ст. 112 Кодекса МЧП).

В Швейцарии охрана наименования и фирмы товарищества, не включенного в швейцарский торговый реестр, осуществляется в соответствии с правом, применимым к недобросовестной конкуренции или к посягательствам на права личности. Охрана наименования и фирмы товарищества, включенного в швейцарский торговый реестр, от посягательств, совершаемых в Швейцарии, осуществляется по швейцарскому праву (ст. 157 Закона о МЧП).

Авторское право иностранного юридического лица в отношении произведения, которое впервые опубликовано или публично распространено во Вьетнаме или которое создано и приобрело объективную форму во Вьетнаме, защищается по законодательству Вьетнама (ст. 836 ГК). Права на промышленную собственность иностранного юридического лица в отношении объектов прав на промышленную собственность, по поводу которых свидетельство о защите было

выдано государством Вьетнам, защищаются по законодательству Вьетнама (ст. 837). Передача технологии между вьетнамским юридическим лицом и иностранным юридическим лицом и любая передача технологии из-за рубежа во Вьетнам или из Вьетнама за рубеж должна соответствовать законодательству Вьетнама (ст. 838).

Наиболее интересное регулирование коллизионных вопросов статуса и деятельности иностранных компаний предлагает законодательство Лихтенштейна. Если иностранное объединение прекращается благодаря предпринятой в государстве главного обзаведения мере, нарушающей публичный порядок и нравственность, то последствия прекращения в Лихтенштейне не признаются. Однако обособленное обзаведение в Лихтенштейне при такой официальной ликвидации должно в течение установленного срока организовать себя как самостоятельное объединение (ст. 236.6 Закона об изменении регулирования о лицах и обществах). Очень интересная норма, позволяющая сохранить в Лихтенштейне филиалы и представительства иностранных компаний в случае, например, банкротства юридического лица.

Понятие «мера, нарушающая публичный порядок и нравственность», в законодательстве Лихтенштейна не определено. Оговорка о публичном порядке (клаузула об оговорке) в ст. 6 Закона о МЧП устанавливает, что положение иностранного права не применяется, если применение привело бы к результату, не совместимому с основными ценностями лихтенштейнского правопорядка (понятие которых также не определено). В итоге получается чрезвычайно гибкое регулирование, во многих случаях предоставляющее возможность руководству обособленного подразделения утверждать, что головная компания была ликвидирована в результате применения мер, нарушающих публичный порядок и нравственность.

Если в Лихтенштейне нарушается наименование или фирменное обозначение какого-либо внесенного в местный публичный реестр объединения, то его защита производится по местному праву. Если объединение в местный публичный реестр не внесено, то защита его наименования или его фирмы производится по праву, применимому к недобросовестной конкуренции или к защите правосубъектности (ст. 237а Закона об изменении регулирования).

Правоспособность иностранной организации может быть ограничена законом или уставными документами данной организации. При выходе за пределы правоспособности действия организации могут быть признаны не имеющими юридических последствий. Выход за пределы правоспособности юридического лица обозначается термином *ultra vires* (за пределами полномочий). Доктрина *ultra vires* была сформулирована в XIX в. в странах общего права. В соответ-

ствии с ней компании запрещено вести деятельность, явно не предусмотренную учредительными документами.

Согласно английскому Акту о компаниях (1856) каждая компания обязана включить в свой учредительный договор пункт о целях деятельности, которые определяют правоспособность компании. В связи с правилом *ultra vires* сформулирована «доктрина конструктивного уведомления» — тот, кто имеет дело с компанией, знает содержание ее учредительных документов. В 1972 г. (вступление Великобритании в Европейское сообщество) в законодательство о компаниях были внесены изменения (правило *ultra vires* отменено в отношении третьих лиц). Эти нормы закреплены в Законе о компаниях (1985, ред. 2006). В настоящее время общий принцип английского корпоративного права — «юридическая сила действий, совершенных компаниями, не может быть оспорена на основании недостаточной правоспособности по причине каких-либо положений, содержащихся в учредительном договоре компании... Если устав не ограничивает явно цели компании, они считаются неограниченными»¹.

Большинство стран континентальной системы права не принимает концепцию *ultra vires*. Коммерческие организации имеют неограниченную правоспособность, а органы компании имеют все права представлять организацию перед третьими лицами. Полномочия и правоспособность могут быть ограничены учредительными и внутренними документами, но третьих лиц эти ограничения, как правило, не касаются. В 1968 г. принята Первая директива Совета Европейских сообществ, в соответствии с которой компания, оспаривающая свою сделку с третьим лицом, лишена возможности ссылаться на ограничения, заложенные в ее уставе. Директива допускает возможность признания недействительными сделок, выходящих за пределы правоспособности компании (если другая сторона сделки знала об этом).

По Закону о МЧП Грузии (ст. 31), если юридическое лицо участвует в заключении договора, оно не может ссылаться на ограничение тех полномочий по представительству своих органов или представителей, которых не существует в месте деятельности другой стороны, участвующей в договоре, или в стране обычного ее нахождения и о которых такой другой стороне договора не было и не могло быть известно. Таким образом, для определения полномочий юридического лица по представительству приоритет имеют правовые нормы, относящиеся к обстоятельствам конкретного дела: на свою недееспособность по иностранному праву можно ссылаться только

¹ Будылин С. Л. Крупные сделки хозяйственных обществ // Арбитражная практика. 2005. № 02 (47).

тогда, когда другая сторона, участвующая в договоре, при его заключении знала или должна была знать об этом¹.

Россия относится к странам с континентальной системой права, поэтому в отечественном законодательстве отсутствует доктрина *ultra vires*. Исключения составляют сделки, совершенные за пределами полномочий директоров, которые могут быть оспорены самой организацией. Это положение делает права третьих лиц гораздо хуже защищенными, чем в Европе². Российские суды в основном придерживаются правила: любой коммерческий контрагент юридического лица «заведомо должен был знать» содержание устава этого юридического лица. Это неписаное правило (подобие «доктрины конструктивного уведомления») противоречит европейским стандартам, устанавливающим, что даже фактическое обладание копией устава не обязательно означает осознания заложенных в нем ограничений.

Деятельность иностранных юридических лиц в России регулируется российским законодательством (гражданским, таможенным, валютным, банковским, налоговым) и международными договорами РФ. Под иностранным лицом понимаются юридическое лицо или не являющаяся юридическим лицом по праву иностранного государства организация, которые не являются российскими лицами. Российское лицо — это юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством РФ.

Коммерческое присутствие — это любая допускаемая законодательством РФ или законодательством иностранного государства форма организации предпринимательской и иной экономической деятельности иностранного лица на территории РФ или российского лица на территории иностранного государства. Российское юридическое лицо, через которое осуществляется коммерческое присутствие, рассматривается как иностранный исполнитель услуг, если иностранное лицо в силу преобладающего участия в уставном капитале, либо в соответствии с заключенным договором, либо иным образом имеет возможность определять решения, принимаемые российским юридическим лицом.

Иностранное юридическое лицо при совершении сделок на территории РФ не вправе ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя, не известное российскому праву.

Положения гражданского законодательства в полной мере применяются к иностранным юридическим лицам на территории РФ (ст. 2 ГК РФ). В соответствии с положениями международных дого-

¹ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный) / отв. ред. Л. П. Ануфриева. М., 2004.

² Будылин С. Л. Оспоримость или ничтожность? Проблемы недействительности сделок // Арбитражная практика. 2004. № 10 (43).

воров такие лица на основе взаимности пользуются в России принципом национального режима или принципом наибольшего благоприятствования. Как правило, в сфере предпринимательской и торговой деятельности иностранным юридическим лицам предоставляется режим наибольшего благоприятствования (Соглашение России и Швейцарии о торговле и экономическом сотрудничестве (1994)).

Иностранные юридические лица вправе создавать на территории РФ свои филиалы и представительства. Если на территории РФ создается юридическое лицо с иностранным участием, то к договору о создании такого лица применяется право страны, в которой данная компания будет зарегистрирована (ст. 1214 ГК).

Специфика создания предприятий с иностранными инвестициями определена в законодательство РФ об иностранных инвестициях. 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.

Для определения правового статуса иностранного юридического лица как инвестора наиболее важным является, что в законодательстве об иностранных инвестициях оно отнесено к иностранным юридическим лицам, т.е. учреждено не по российскому праву. Критерий закона страны инкорпорации, который определяет его гражданскую правоспособность, имеет значение для внешнеэкономической деятельности иностранного лица, но не для регулирования иностранных инвестиций в государстве-реципиенте¹.

Правом осуществления внешнеторговой деятельности обладают все российские лица, за исключением особо оговоренных в законе случаев. Может быть установлена государственная монополия на определенные виды предпринимательской деятельности, касающиеся отдельных экспортных и импортных операций. Такую деятельность вправе осуществлять на основе специальной лицензии только государственные унитарные предприятия (федеральные казенные предприятия), по долгам которых Российское государство несет дополнительную ответственность.

Все российские участники внешнеторговой деятельности несут самостоятельную имущественную и юридическую ответственность по своим обязательствам. Субсидиарная ответственность государства возможна только по долгам государственных предприятий.

¹ Доронина Н. Г. Руководство по регулированию иностранных инвестиций 1992 г. // Комментарий к Закону об иностранных инвестициях. М., 2000.

Общее правило российского законодательства — принцип раздельной ответственности государства и юридических лиц.

5.2.3. Специфика правового статуса транснациональных компаний

Транснациональные корпорации (ТНК) — это многоотраслевые концерны с местом нахождения предприятий и филиалов в разных государствах; интернациональные не только по сфере деятельности, но и по капиталу. Характерная черта ТНК — сочетание централизованного руководства с самостоятельностью входящих в нее и находящихся в разных странах структурных подразделений. *Общепринятая организационно-правовая форма ТНК — акционерное общество открытого типа.* Дочерние предприятия являются самостоятельными юридическими лицами, филиалы — несамостоятельными предприятиями, входящими в состав ТНК.

До конца 1970-х гг. ООН относилась к ТНК такие фирмы, которые имели годовой оборот, превышающий 100 млн. долл. США, и филиалы не менее чем в шести странах. В настоящее время о транснациональном статусе фирмы свидетельствуют размер зарубежных активов и их доля в общем объеме активов компании, доля зарубежных продаж в общем объеме реализации продукции и доля зарубежного персонала в общей численности персонала. По оценкам ООН в категорию ТНК включаются до 45 тыс. головных (материнских) корпораций и 280 тыс. их зарубежных отделений. До половины всех ТНК базируются в США (около 25%), Великобритании и Японии (по 12—13%).

В международно-правовых актах и доктрине права используются различные критерии отнесения корпораций к транснациональным:

- 1) количество стран, в которых действует компания (минимум 2—6);
- 2) минимальное число стран, в которых размещены производственные мощности компании;
- 3) определенный размер капитала, которого достигла компания;
- 4) минимум доли иностранных операций в доходах или продажах фирмы (как правило, 25%);
- 5) владение не менее 25% «голосующих» акций в трех или более странах — минимум долевого участия в зарубежном акционерном капитале, который обеспечивает фирме контроль над экономической деятельностью зарубежного предприятия;
- 6) многонациональный состав персонала компаний, ее руководства.

ЮНКТАД ранжирует крупнейшие ТНК по объему зарубежных активов и уровню их транснационализации. Для оценки уровня

транснационализации корпорации используется индекс транснационализации: среднее значение отношения зарубежных активов к общему объему активов, зарубежных продаж к общему объему продаж, численности зарубежных работников к общему числу занятых в корпорации.

В 1974 г. по инициативе «Группы 77» в рамках ЭКОСОС созданы Комиссия по ТНК и Центр по ТНК. Основная задача этих органов — разработать Кодекс поведения ТНК, который формулировал бы подчинение деятельности ТНК определенным правилам. Проект Кодекса был подготовлен в 1986 г. и принят на основе резолюции Генеральной Ассамблеи ООН. Он носит рекомендательный характер, на чем настаивали государства, граждане которых контролируют большинство ТНК.

Определение ТНК согласно Кодексу поведения ТНК: «Предприятие, будь то государственное, частное или смешанное, имеющее отделения в двух или более странах, независимо от юридической формы и области деятельности этих отделений, которое функционирует в соответствии с определенной системой принятия решений, позволяющей проводить согласованную политику и общую стратегию через один или более центров по принятию решений, и в рамках которого отделения таким образом связаны между собой, будь то отношениями собственности или иными отношениями, что одно или несколько из них могут оказывать (оказывают) значительное влияние на деятельность других и, в частности, пользоваться общими знаниями и ресурсами и разделять ответственность с другими».

Проект Кодекса определяет принципы, цели и задачи ТНК:

- 1) уважение национального суверенитета;
- 2) суверенитет государств над их природными ресурсами, материальными ценностями и экономической деятельностью;
- 3) невмешательство во внутренние и межправительственные отношения;
- 4) право государства на регулирование и контролирование деятельности ТНК, на участие в распределении прибыли и национализацию иностранной собственности, находящейся на его территории;
- 5) защита законной деятельности и принципа справедливого режима. Национальный режим будет предоставляться ТНК, если они соответствуют национальным экономическим целям и планам в области развития.

На IX Конференции ЮНКТАД (1996) говорилось о необходимости предоставить ТНК возможность работать в этой организации в качестве частных лиц, т.е. субъектов национального права. Было отмечено, что корпорациям должна быть предоставлена возможность уча-

ствовать в многосторонних международных форумах, поскольку они претворяют в жизнь решения о производстве и потреблении, формально принимаемые правительствами.

В 1972 г. Международная торговая палата утвердила «Основные принципы иностранных капиталовложений»; в 1977 г. — «свод правил» для ТНК, направленных на ограничение практики вымогательства и подкупа должностных лиц со стороны ТНК. Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) в 1976 г. приняла Декларацию о международных инвестициях и многонациональных предприятиях (Приложении к Декларации). Это документы «мягкого права», содержащие рекомендательные нормы. В основу Декларации положен принцип предоставления национального режима иностранным многонациональным предприятиям. При этом предприятиям предписываются обязанности:

- соблюдать международное право;
- подчиняться праву страны пребывания;
- учитывать политику страны пребывания;
- сотрудничать со страной пребывания;
- исключить практику подкупа и субсидий;
- не вмешиваться во внутренние дела страны пребывания;
- соблюдать принцип обеспечения конкуренции;
- соблюдать порядок налогообложения, трудовое право, право социального обеспечения;
- распространять достижения в науке, технике и технологии.

В 1980 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла комплекс Принципов и правил для контроля за ограничительной деловой практикой. Была принята также резолюция Генеральной Ассамблеи о мерах против коррупции в практике ТНК и других корпораций, их посредников и иных причастных к делу сторон.

Международная организация труда (МОТ) в 1977 г. приняла Трехстороннюю декларацию принципов, касающихся многонациональных корпораций и социальной политики. В ней закреплены права работников ТНК создавать организации, представляющие их интересы, и наделять эти организации полномочиями для ведения коллективных переговоров в соответствии с национальным законодательством.

В Проекте норм МОТ, касающихся обязанностей ТНК и других предприятий в области прав человека (2003), установлены обязанности ТНК в сфере трудовых отношений и соблюдения прав трудящихся:

- 1) ТНК не используют принудительный или обязательный труд, запрещенный международными договорами и национальным законодательством;

2) ТНК обеспечивают условия труда, отвечающие нормам безопасности и гигиены, как это предусмотрено соответствующими договорами и национальным законодательством;

3) ТНК оплачивают труд работников в размерах, достаточных для поддержания надлежащего уровня жизни для них и их семей.

Правовая специфика ТНК:

1. Формально это предприятие, подпадающее (как и его зарубежные отделения) под национальную юрисдикцию соответствующих стран. Фактически ТНК — мультинациональное, трансграничное предприятие.

2. Зарубежные отделения ТНК находятся в сфере юрисдикции принимающего государства, формально являются предприятиями данного государства. Фактически это иностранные предприятия, так как их зависимость от головной компании значительно сильнее, чем от принимающего государства.

3. Через головное предприятие ТНК ведет деловые операции непосредственно с государствами как с деловыми партнерами.

Характерная особенность ТНК — несоответствие экономического содержания юридической форме: производственное единство оформлено юридической множественностью¹. ТНК представляет собой группу компаний, созданных по законам разных государств, являющихся самостоятельными юридическими лицами и осуществляющих деятельность на территории разных стран.

Деятельность ТНК осуществляется через их зарубежные филиалы. Филиалы различаются по своему статусу: отделения, дочерние фирмы и ассоциированные компании². Отделения — это фирмы, которые регистрируются за рубежом, но не являются самостоятельными компаниями и на 100% принадлежат материнской компании. Дочерняя компания — юридическое лицо с собственным балансом, но контроль за ее деятельностью осуществляет материнская компания (ей принадлежит контрольный пакет акций). В ассоциированной компании материнской ТНК принадлежит 10—50% акций.

Принцип подчинения ТНК национальному праву страны пребывания зафиксирован в Хартии экономических прав и обязанностей государств (ст. 2): «Каждое государство имеет право регулировать и контролировать деятельность транснациональных корпораций в пределах действия своей национальной юрисдикции и принимать меры к тому, чтобы такая деятельность не противоречила его законам, нормам и постановлениям, соответствовала его экономической и социальной политике».

¹ Луц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Стриженов А. Р. Транснациональные компании и промышленная политика // РЭЖ. 2005. № 6.

Особые сложности связаны с определением личного закона ТНК. С одной стороны, они создаются по праву какого-то конкретного государства, с другой — их дочерние и внучатые компании действуют в качестве самостоятельных юридических лиц в других государствах.

ТНК — это сложная многоступенчатая вертикаль: головная корпорация (национальное юридическое лицо), дочерние холдинговые (держательские, акционерные) компании (юридические лица того же или других государств), внучатые производственные компании (юридические лица «третьих» стран), правнучатые холдинговые компании (юридические лица «третьих» или «четвертых» стран). Национальность каждой «дочки», «внучки», «правнучки» определяется в соответствии с законодательством того государства, на чьей территории такое подразделение действует. С правовой точки зрения ТНК является конгломератом юридических лиц различной национальности, управляемых из единого центра при помощи холдинговых компаний.

В современном мире деятельность ТНК имеет глобальный характер (например, филиалы Exxon/Mobil находятся в 100 странах). Установить единый личный закон подобного объединения можно только при использовании *теории контроля* — по личному закону головной компании. В доктрине и практике применяется понятие «право ТНК». Это понятие имеет в виду применение к установлению личного закона и деятельности таких компаний не национального права какого-то государства, а международного или «квазимеждународного» права, «общих принципов права», «общих принципов международного права», «транснационального права». Такая концепция представляется наиболее функциональной.

В доктрине для регулирования правового статуса ТНК предлагается создать систему специальных правовых норм договорного происхождения, находящихся вне действия национального права, подчиненных международному праву или общим принципам права. Отдельные ученые отмечают необходимость передачи определенных функций государственной власти транснациональным корпорациям¹. Подобные доктринальные подходы подтверждаются практикой: многие страны проводят политику «дерегулирования» в отношении ТНК. В США минимизировано государственное вмешательство в дела авиационных корпораций на международном рынке авиауслуг.

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.

5.3. Правовой статус офшорных зон и компаний

5.3.1. Офшорные юрисдикции

Налоговое планирование — неотъемлемая часть деятельности любой компании. Это комплекс легальных мер по снижению налогового бремени и минимизации налоговых платежей. Практически в каждой стране существует вид деятельности или организационно-правовая форма, налоговый режим которых более предпочтителен. Тем самым создается основа для привлечения под такую юрисдикцию иностранных юридических лиц.

Страна, в которой налоговый режим является более льготным, может рассматриваться в качестве налогового убежища или налоговой гавани. Если на территории в пределах одной страны действует льготный порядок налогообложения, стимулирующий привлечение инвестиций в предпринимательскую деятельность, то возникает налоговый оазис. Льготный налоговый климат стимулирует создание офшорных компаний (off-shore — вне берега).

В настоящее время насчитывается более 100 государств (территорий) — офшорных центров: Австрия, Багамские острова, Каймановы острова, Израиль, Греция, Ливан, Франция, Дания, Оман, Швейцария, Швеция, Испания, Тайвань, Венесуэла. В Докладе Рабочей группы Форума финансовой стабильности (2000) указывается: любая юрисдикция может считаться «офшором» в той степени, в которой она отличается от иных юрисдикций — экономически более благоприятным режимом, низкими ставками корпоративного налога, либеральным регулированием, особыми условиями регистрации компаний, нормами о повышенной конфиденциальности.

Офшорная зона — это страна или территория, национальное законодательство которой предусматривает возможность упрощенной регистрации иностранных юридических лиц и предоставление им льготного режима налогообложения. Офшорные зоны создаются прежде всего с целью привлечения иностранных инвестиций и создания рабочих мест для собственного населения. Отличительная особенность офшорных зон — предоставление возможностей для налогового планирования. Офшорные операции представляют собой легальный инструмент планирования и минимизации налогообложения.

Классификация офшорных центров:

1. Офшорные юрисдикции — центры, которые предоставляют полное освобождение от налогов. Центры нулевого налогообложения, «налоговые гавани», «классические» офшоры, «Zero Tax Heavens» (Британские Виргинские острова, Белиз, Сейшельские острова).

2. Офшорные юрисдикции, которые предоставляют низкие налоговые ставки — низконалоговые или «льготные» юрисдикции, «Low Tax Heavens» (Джерси, Черногория, Монако).

3. «Особые» офшорные юрисдикции:

- офшорные юрисдикции, которые предоставляют специальные льготы для определенных видов деятельности;
- офшорные юрисдикции, которые предоставляют специальные льготы для холдинговых компаний;
- офшорные юрисдикции с налоговой системой на территориальном принципе.

Офшорные страны и зоны можно разделить на универсальные и специализированные. Универсальные предоставляют льготные условия налогообложения независимо от видов деятельности (Каймановы острова, Острова Кука). К специализированным можно отнести Швейцарию (инвестиционная и банковская деятельность), Монако (налоговое планирование для физических лиц), Нидерланды (инвестиционная деятельность).

Большинство офшоров принадлежит к англосаксонской (Common Law) правовой семье: Антигуа, Гибралтар, Гренада, Сингапур. К континентальным (Civil Law) юрисдикциям относятся: Бельгия, Коста-Рика, Мадейра, Швейцария.

Основные признаки офшорной юрисдикции:

- 1) отсутствие налоговых платежей или их значительное сокращение;
- 2) нерезидентный статус регистрируемой компании и ее владельца;
- 3) отсутствие ограничений на вывоз и ввоз капиталов в офшорную зону;
- 4) возможность совершать финансовые операции в любой валюте;
- 5) возможность для офшорной компании иметь счета в любых местных и зарубежных банках;
- 6) конфиденциальность информации о личностях владельцев и акционеров офшорной компании;
- 7) льготы в отношении минимального уставного капитала, отсутствие требований к ведению бухгалтерского учета и прохождению аудиторских проверок.

Лидеры офшорной «индустрии» — Багамские острова (более 80 тыс. офшорных компаний — по одной на каждого четвертого жителя), Каймановы острова (40 тыс. — по одной компании на каждого жителя), Антильские острова (30 тыс. компаний). В Лихтенштейне доход от зарегистрированных 40 тыс. офшорных компаний составляет около 30% бюджетных поступлений (регистрационные и ежегодные платежи).

Благоприятные режимы налогообложения отдельных видов доходов предоставляют многие развитые страны: Великобритания, США, Франция, Япония. Офшорные зоны создаются в отдельных областях, штатах, городах: Нью-Брансуик (провинция Канады), штаты США — Вайоминг, Делавэр, Флорида; кантоны Нематель, Фрибург, Цуг (Швейцария), город Кампионе (Италия).

Лондон-Сити можно считать офшорным рынком евробондов, Бельгию — убежищем для корпоративных штаб-квартир; Австрию, Швейцарию и Люксембург — страны с льготной регламентацией банковской деятельности. В Люксембурге холдинговые и инвестиционные компании освобождаются от налогов на прибыль и имущество, существует система специальных налоговых льгот для компаний, занимающихся перестрахованием международных финансовых групп.

Офшоры в развитых странах имеют узкую функциональную направленность или территориальную локализацию. Сохраняются высокие налоги в отношении всех остальных видов предпринимательской деятельности, остальной части территории.

5.3.2. Правовой статус офшорных компаний

Офшорная компания — это юридическое лицо, зарегистрированное в специфическом территориальном образовании — офшорной зоне, наделенное специальным налоговым статусом (льготный режим налогообложения, статус «нерезидента» или «льготный налоговый статус резидента»). Офшорной компании предоставляется льготный административный режим и обеспечивается конфиденциальность сведений о собственниках компании. Регистрация офшорной компании позволяет минимизировать налоги, увеличить доход, облегчить ведение бизнеса, застраховать себя от возможных рисков, связанных с политической или экономической нестабильностью.

Личный статут компании — законодательство офшорной зоны, однако офшорные субъекты ведут свою коммерческую деятельность за пределами офшорной юрисдикции. Льготы в отношении деятельности таких компаний не касаются их личного статута, а только дополняют правовое регулирование. Простейшая схема офшорных операций основана на универсальном принципе налогового законодательства: обязательному налогообложению подлежат те доходы и то имущество, источник которых находится на территории данного государства. Если источник находится за рубежом, он может исключаться из сферы налоговой ответственности в конкретном государстве.

Наиболее удобная форма организации офшорных предприятий — акционерное общество. Чаще всего для офшорных предприя-

тий избираются формы, предусматривающие ограниченную ответственность владельцев в объеме их доли в капитале фирмы. Суд может не признать ограничение ответственности, если компания была зарегистрирована специально для уклонения от законных требований кредиторов.

Основные характеристики «классической» офшорной компании:

1. Офшорная компания — нерезидент в стране регистрации; центр ее управления и контроля находится за рубежом; деятельность осуществляется за пределами «налоговой гавани».

2. Офшорная компания освобождена от налогов и выплачивает ежегодный регистрационный сбор; отсутствуют налоги на дивиденды, налог у источника, налог на проценты за кредит.

3. Упрощена процедура регистрации и управления компанией; допускается использование института номинальных акционеров (доверенных лиц, которые приобретают акции на свое имя по поручению реального владельца) и номинальных директоров (доверенные лица, на которых реальными директорами возложено управление компанией); управление осуществляется с помощью секретарской компании;

4. Отсутствует валютный контроль, требования по финансовой отчетности сведены к минимуму, аудиторские проверки не требуются;

5. Полная конфиденциальность информации о реальных владельцах компании.

Ядро офшорного режима — принцип льготного налогообложения (особенно льготы по налогу на доходы офшорных компаний). Важная льгота — принцип валютной автономии. Финансовые операции офшорной компании не подвергаются ограничениям местного валютного контроля. Офшорная компания вправе свободно распоряжаться банковскими счетами в местных и зарубежных банках, формировать уставный капитал в любой валюте.

Одна из кардинальных особенностей законодательства большинства офшорных зон — принцип конфиденциальности имен владельцев и акционеров офшорной компании. Во многих юрисдикциях за разглашение таких сведений предусмотрена уголовная ответственность (Каймановы острова — Закон о компаниях (в ред. 2010)). Администрация офшора может выдать подобные сведения только на основании судебного решения. Большинство налоговых гаваней не предоставляет информацию, кроме случаев, когда это предусмотрено международными соглашениями (Барбадос — Закон о конфиденциальности информации (1992)).

Конфиденциальность владения обеспечивается институтом номинальных владельцев и номинальных директоров. Номинальный владелец или директор лишь формально находится на этой должности,

фактически он берет на себя обязательство не совершать каких-либо действий, не предусмотренных контрактом с ним. Истинный владелец компании имеет доверенность на право совершения юридических действий от имени компании.

Подавляющее большинство операций офшорной компании в стране регистрации реализуется через специальные секретарские компании, которые предоставляют комплекс услуг по деятельности офшорных компаний. В некоторых юрисдикциях наличие секретарского сервиса обязательного; компания должна иметь минимум двух учредителей-резидентов, минимум одного директора и секретаря компании, которые были бы резидентами страны регистрации. Номинальных директоров и секретарей представляет из числа своих сотрудников секретарская компания.

В связи с наличием института номинальных директоров в англо-американской судебной практике закреплена доктрина «теневого директора» («*Shadow director*»). Официально этот термин появился в 1986 г. в английском законе о дисквалификации директора. Теневой директор — это лицо, скрывающееся за номинальным директором и осуществляющее реальное управление компанией; лицо, с чьими инструкциями и указаниями номинальные директора компании действуют¹. Институт «теневого директора» позволяет налоговым органам привлекать к ответственности за недобросовестную деятельность компании не номинального директора, а лицо, которое осуществляет реальное управление.

Принцип льготного налогообложения связан со специфическим признаком офшора — компания не ведет коммерческой деятельности на территории, где она зарегистрирована. Это свойство дало название всему виду деятельности. В законодательстве большинства офшорных зон установлен императив — осуществлять проведение деловых операций исключительно за пределами юрисдикции, где данная офшорная компания официально зарегистрирована. Цель такого запрета — защита конкурентоспособности субъектов внутреннего рынка офшорной зоны, защита собственного предпринимательства. В последнее время появились «промежуточные» налоговые статусы, в связи с чем принцип запрета хозяйственной деятельности на территории инкорпорации во многом прекратил свое действие.

Виды налогового статуса в офшорных юрисдикциях:

- 1) нерезидентная компания (*Non Resident Company*);
- 2) национальная компания, т.е. зарегистрированная без присвоения особого статуса (*Ordinary National Company*);
- 3) национальная компания со специальным налоговым статусом.

¹ Тихомиров Ю. А. Коллизийное право : учеб. и научно-практич. пособие. М., 2000.

Статус нерезидентной компании влечет освобождение от налогообложения, если получение доходов производится из источников, расположенных за пределами страны регистрации. В ряде юрисдикций приняты специальные законы об освобожденных от налогов (нерезидентных) субъектах: Джерси (1994), Багамские острова (1995), остров Мэн (1994).

Национальная компания — это обычная компания, зарегистрированная без присвоения какого-либо особого статуса. На национальные компании в полном объеме распространяются все виды валютных ограничений. Компания с этим статусом — субъект обложения всеми установленными в стране налогами. Компания со специальным налоговым статусом — это национальная компания, которая при регистрации либо впоследствии приобретает льготный налоговый статус. Учредители могут зарегистрировать стандартную национальную компанию, а затем оформить предоставление сертификата об освобождении от налогов на определенный срок (Вануату, Джерси, Ирландия).

Специальные налоговые статусы, получаемые при регистрации: международная коммерческая компания (International Business Company — IBC); международная компания (International Company). Статус международной коммерческой компании (IBC) применяется в юрисдикциях Антигуа и Барбуда, Барбадос, Белиз. Концепция IBC была разработана на Британских Виргинских островах. Компания учреждается на основании законодательства о международных деловых компаниях, предоставляющего право любому лицу учреждать IBC. IBC, как правило, запрещено:

- 1) вести предпринимательскую деятельность с лицами, постоянно проживающими в стране регистрации;
- 2) владеть полностью или частично недвижимостью в стране регистрации (исключение может предоставляться для офиса);
- 3) вести банковскую, страховую или деятельность по перестрахованию;
- 4) предоставлять юридический адрес другим компаниям.

Международная компания — специфическая форма национальной компании с льготным налоговым статусом (острова Кука, Западное Самоа). Международная компания имеет «плавающую» ставку налогообложения. Компания может осуществлять деятельность как на территории страны регистрации, так и вне ее.

«Классическим» офшором являются Британские Виргинские острова (BVI). Законодательная система основана на общем праве. Законодательство: Постановление о международных бизнес-компаниях (1984; с поправками 1988, 1990, 1994); Акт о компаниях (1985); Акт о банках и трастовых компаниях (1990), Закон о комис-

сии по финансовым услугам (2001). Полностью отменено налогообложение доходов как нерезидентных, так и резидентных компаний.

В 2004 г. был принят Закон Британских Виргинских островов № 16 о коммерческих компаниях (вступил в силу 1 января 2007 г.), по которому все компании, зарегистрированные по старому законодательству, должны были пройти перерегистрацию. Перерегистрация проводилась как в добровольном, так и в «автоматическом» порядке и была завершена в начале 2009 г.¹ У Британских Виргинских островов нет ни одного международного договора об избежании двойного налогообложения.

В Европе довольно много офшорных территорий (и все они являются «респектабельными» офшорами). Неудивительно поэтому, что в подобных странах и коллизионные вопросы юридических лиц регламентируются наиболее детальным образом. Например, швейцарский законодатель не употребляет термин «юридическое лицо», предпочитая ему термин «товарищество». При этом для целей Закона о МЧП под товариществом понимается всякое организованное объединение лиц и всякий организованный имущественный комплекс (ст. 150.1). Для товариществ местонахождение заменяет место жительства. Местонахождением считается место, указанное в уставе или в договоре товарищества. При отсутствии такого указания местонахождением считается место, из которого осуществляется фактическое управление товариществом. Место делового обзаведения товарищества находится в государстве, на территории которого оно имеет местонахождение или филиал (ст. 21). К товариществу, не удовлетворяющему требованиям права места их учреждения, применяется право государства, из которого фактически осуществляется управление товариществом (ст. 154).

Если деятельность товарищества, учрежденного по иностранному праву, осуществляется в Швейцарии или из Швейцарии, ответственность действующих от имени товарищества лиц определяется по швейцарскому праву (ст. 159). Товарищество, местонахождение которого расположено за границей, может иметь филиал в Швейцарии. К филиалу применяется швейцарское право. Представительство филиала осуществляется по швейцарскому праву. Среди лиц, имеющих право представлять филиал, хотя бы одно должно иметь место жительства в Швейцарии и быть внесено в торговый реестр (ст. 160).

Иностранное товарищество может принять принадлежность швейцарскому праву без ликвидации и повторного учреждения, если это допускается иностранным правом, которому подчиняется

¹ Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт / отв. ред. Р. А. Адельханян. М., 2012.

товарищество. Такое товарищество должно выполнить требования иностранного права и иметь возможность адаптироваться к одной из организационно-правовых форм, предусмотренных швейцарским правом. Федеральный совет Швейцарии может разрешить товариществу изменение личного статута и в тех случаях, когда требования иностранного права не могут быть выполнены, если это диктуется важными швейцарскими интересами (ст. 161). Подобный довольно простой порядок приобретения швейцарского личного закона связан непосредственно с тем, что некоторые кантоны Швейцарии представляют собой офшорные территории.

К товариществу, обязанному по швейцарскому праву регистрироваться в торговом реестре, швейцарское право применяется с момента, когда товарищество докажет, что центр его предпринимательской деятельности перенесен в Швейцарию, и оно приняло одну из предусмотренных швейцарским правом организационно-правовых форм. К товариществу, не обязанному по швейцарскому праву регистрироваться в торговом реестре, швейцарское право применяется с момента, как станет очевидным его желание подчиняться швейцарскому праву. При этом товарищество должно иметь со Швейцарией достаточную связь и принять одну из предусмотренных швейцарским правом организационно-правовых форм (ст. 162).

Швейцарское товарищество может принять принадлежность иностранному праву без ликвидации и повторного учреждения, если докажет, что: а) выполнены требования швейцарского права; б) в силу иностранного права товарищество продолжает существовать; с) товарищество публично обратилось к кредиторам с предложением заявить требования и с информацией о предполагаемом изменении личного статута (ст. 163).

В Лихтенштейне иностранное объединение может с разрешения суда посредством внесения в публичный реестр и назначения представителя (и то и другое является необходимым), без прекращения за границей и без нового учреждения в Лихтенштейне, без перенесения деловой деятельности или органа управления подчиниться местному праву и тем самым перенести свое местонахождение в Лихтенштейн (ст. 233.1 Закона об изменении регулирования о лицах и обществах (1996)). Таким образом, понятие «местонахождение» законодательно приравнено к применимому праву — достаточно выразить желание подчиниться местному законодательству, и компания приобретает статус «местной». Объединение, которое по местному праву не подлежит внесению в реестр, подчиняется праву Лихтенштейна, если: 1) воля подчиниться местному праву является отчетливо различимой; 2) существует достаточная связь с Лихтенштейном; объединение приведено в соответствие с лихтен-

штейнским правом (ст. 233.1, 233.4). Необходимо подчеркнуть, что данные нормы непосредственно нацелены на привлечение иностранных офшорных компаний.

Подобное признание правосубъектности иностранного юридического лица в результате может привести к тому, что юридическое лицо фактически получает двойную национальность (когда компания внесена в реестры государства места учреждения и принимающего государства). Данный механизм правового регулирования фактически предлагает способ регулирования правового положения иностранных юридических лиц, не прибегая к коллизионному методу правового регулирования с помощью личного статута юридического лица¹. Здесь используется метод прямого регулирования правового положения иностранных юридических лиц. Единственный вопрос, который разрешается с помощью личного статута, — это вопрос о наличии правосубъектности иностранного юридического лица, перенесшего свое местонахождение в другое государство. При положительном ответе на этот вопрос иностранное юридическое лицо в принимающем государстве получает правовой статус национального юридического лица, принадлежащего к правопорядку принимающего государства наравне с учрежденными в нем юридическими лицами.

Однако чтобы получить разрешение суда перенести свое местонахождение в Лихтенштейн, объединение должно доказать, что оно приведено в соответствие с местным правом и что иностранное право допускает перенесение объединения (ст. 233.2). При внесении такого общества в публичный реестр необходимо указать, какая местная организационно-правовая форма общества соответствует вносимому обществу (ст. 678). Кроме того, в Законе установлена «ответственность за иностранные объединения» (ст. 237с). Если объединение было основано по иностранному праву, но при его деятельности создается впечатление, что оно подчиняется лихтенштейнскому праву, то ответственность лиц, действующих от имени объединения, за его сделки в Лихтенштейне и за границей подчиняется праву Лихтенштейна.

Лихтенштейнское объединение вправе подчиниться иностранному праву и тем самым перенести свое местонахождение за границу. Это допускается без прекращения объединения, но только с согласия компетентной административной инстанции (ст. 234).

В Лихтенштейне могут быть созданы обособленные обзаведения иностранных объединений, не соответствующих лихтенштейн-

¹ Правовое регулирование правосубъектности иностранных юридических лиц // URL: http://www.m-proff.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=11

скому праву. В отношении учреждения, изменения и прекращения деятельности обособленного обзаведения иностранного объединения в Лихтенштейне определяющим является лихтенштейнское право. Однако отношение обособленного обзаведения к главному обзаведению регулируется правом местонахождения главного объединения. Полномочия обособленного обзаведения по представительству определяются лихтенштейнским правом. По меньшей мере одно из уполномоченных на представительство лиц должно иметь место жительства в Лихтенштейне и быть внесенным в публичный реестр (ст. 236.1, 236.3, 236.5).

Если обособленное обзаведение иностранного объединения внесено в местный реестр, то объединение считается право- и дееспособным в отношении принятых в Лихтенштейне или подлежащих исполнению в Лихтенштейне обязательств. При этом в данном случае не имеет значения, является обособленное обзаведение иностранного объединения право- и дееспособным по праву, применимому к главному обзаведению (ст. 236.5). К местному обособленному обзаведению иностранного объединения с точки зрения защиты право-субъектности применяется лихтенштейнское право (ст. 237.2).

5.3.3. Международно-правовое регулирование офшорного бизнеса

Офшорные юрисдикции зачастую используются для придания законности незаконной экономической деятельности. Привлекательность офшоров для нелегального бизнеса обусловлена льготным налоговым режимом и конфиденциальностью в отношении капиталов, вывозимых из других государств. В большинстве офшоров не требуется предоставления никаких документов о происхождении капиталов. Конфиденциальность в первую очередь привлекает нелегальный капитал.

Развитые страны пытаются предотвратить использование офшорных компаний в незаконных операциях. В целях снижения негативного эффекта от использования офшоров принимаются законы, ужесточающие контроль за движением капиталов через границы и ограничивающие возможности офшорных компаний оперировать на рынках (США, Великобритания, Франция). В России в 2001 г. принят Федеральный закон «О противодействии легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем».

Совещание министров финансов стран ЕС в 2001 г. приняло решение об идентификации обмена между странами информацией о подозрительных сделках и об увеличении прозрачности финансовых операций. В ЕС проверяются все сделки с компаниями из офшорных зон. Любые отчисления в адрес офшорных компаний облагаются

дополнительным налогом «у источника», что снижает выгоды сотрудничества резидентов с офшорными зонами. Закон о единой компании 2003 г. ограничивает возможность стран — членов ЕС создавать на своей территории компании с льготным налоговым статусом.

Банки обязаны отчитываться перед компетентными органами о финансовых операциях со странами, значащимися в «черном списке». «Черные списки» — это списки, включающие страны, на операции с которыми накладываются определенные ограничения. Классические офшорные юрисдикции (Панама, Британские Виргинские острова, Сейшельские острова, Белиз) включены в подавляющее большинство «черных» списков.

Среди стран — членов ЕС «классической» офшорной зоной является Гибралтар, вошедший в ЕС как зависимое от метрополии (Великобритания) государство. В 2005 г. Еврокомиссия заключила с Великобританией соглашение о ликвидации освобожденного от налога корпоративного режима в Гибралтаре. Регистрация освобожденных от налога компаний должна была быть прекращена в 2006 г.; в 2010 г. эти компании должны были прекратить свое существование.

Основные претензии к офшорным юрисдикциям: «нечестная» налоговая конкуренция и содействие отмыванию криминальных денег. Первая линия разрабатывается при ведущей роли ОЭСР, вторая — ФАТФ.

Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Ее члены — 30 государств, в том числе большинство основных индустриальных держав. В рамках ОЭСР в 1998 г. сформулированы критерии «вредоносной» налоговой практики, в том числе критерии «налогового убежища»:

- 1) нулевое или номинальное налогообложение;
- 2) секретность и отсутствие эффективного обмена информацией с налоговыми органами других стран;
- 3) недостаточная прозрачность в действии закона и административных правил.

ОЭСР разработала рекомендации по борьбе с «вредоносной деятельностью»:

- 1) введение в налоговую систему стран — участниц ОЭСР правил, ликвидирующих выгоды от использования оффшоров;
- 2) внесение в налоговые договоры стран — участниц ОЭСР положений, исключающих использование договора офшорными компаниями; отказ от заключения договоров с налоговыми убежищами;
- 3) создание постоянно действующего Форума по вредоносной налоговой конкуренции; подготовка списка «налоговых убежищ».

Большинство офшорных юрисдикций подписали условия ОЭСР по обмену налоговой информацией с развитыми странами. Это

позволило подобным юрисдикциям избежать включения в список офшорных зон, применяющих «некорректную налоговую конкуренцию». С 2006 г. страны — члены ОЭСР теоретически могут получать из большинства офшорных зон любую информацию, имеющую отношение к налогообложению резидентов стран ОЭСР.

В 2001 г. создана **Международная организация по налогам и инвестициям (ИТНО)**, включающая 13 государств, в основном, Карибского региона. Основная цель — противостоять деятельности ОЭСР. Упор делается на то, что ОЭСР проводит политику «двойных стандартов». Выдвигается требование, чтобы не только офшорные юрисдикции, но и страны ОЭСР официально обязались придерживаться одинаковых стандартов.

Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) учреждена в 1989 г. «семеркой» ведущих индустриальных держав (США, Япония, Германия, Великобритания, Франция, Италия, Канада) и Европейской комиссией. С 2003 г. в ФАТФ входит Россия. ФАТФ — международный межправительственный орган по борьбе с отмыванием криминальных капиталов и финансированием терроризма. Одна из функций ФАТФ — борьба с отмыванием денег через офшорные зоны. Задачи ФАТФ:

1) выработка рекомендаций по борьбе с отмыванием денег. В 1990 г. были предложены «40 Рекомендаций по борьбе с отмыванием денег». В 2001 г. одобрены восемь Специальных рекомендаций по борьбе с финансированием терроризма. В 2003 г. принята новая редакция 40 Рекомендаций;

2) выявление «стран и территорий, отказывающихся от сотрудничества».

3) изучение ситуации в странах, которые используются международной организованной преступностью для отмывания преступных доходов;

4) создание в различных странах подразделений финансовой разведки (ПФР).

В случае невыполнения требований ФАТФ по внесению изменений в законодательство и пересмотра политики борьбы с отмыванием капиталов, ФАТФ ставит вопрос о принятии экономических санкций в отношении соответствующих стран. Все трансакции с участием банков из такой страны подвергаются жесткому контролю, а нефинансовым организациям ОЭСР рекомендуется проявлять «повышенную осторожность» при работе с партнерами из страны, на которую наложены санкции. Подобные санкции вводились в отношении Науру (2001) и Украины (2002).

Офшорные юрисдикции в рамках ФАТФ поделены на «респектабельные» (имеющие законодательство о борьбе с отмыванием «гряз-

ных денег» и не допускающие на свою территории «сомнительные компании») и «нереспектабельные» (отсутствует законодательство о борьбе с отмыванием денег либо оно не в полной мере соответствует требованиям мирового сообщества). К таким офшорам относятся государства, в настоящее время входящие в «черный список» ФАТФ, и страны, которые исключены из данного списка год или менее года назад.

Критерии составления «черного списка» ФАТФ:

- 1) отсутствие законов о борьбе с отмыванием денег;
- 2) нечеткое коммерческое законодательство;
- 3) отсутствие правил надзора за деятельностью банков и других финансовых учреждений;
- 4) отсутствие специализированных организаций, осуществляющих финансовый надзор и сотрудничество в сфере борьбы с отмыванием денег.

ОЭСР и ФАТФ не уполномочены применять какие-либо меры воздействия к странам-нарушителям. Их деятельность сводится к выработке рекомендаций. Однако если какая-то офшорная юрисдикция не изменит свое законодательство согласно требованиям соответствующей международной организации, то к ней могут быть применены определенные санкции со стороны государств, входящих в состав ФАТФ и ОЭСР.

Группа «Эгмонт» объединяет 84 страны, имеет представительства на всех континентах. Под контролем ФАТФ во многих странах были созданы специализированные государственные структуры, занимающиеся борьбой с отмыванием денег — «подразделения финансовой разведки» (ПФР). С 1995 г. все национальные ПФР работают в Группе «Эгмонт». ФСФМ России был принят в Группу «Эгмонт» в 2002 г.

Базельский комитет по банковскому контролю создан в 1975 г. для контроля за международной банковской деятельностью. Комитет разработал систему обязательных требований к международным банковским группам:

1. Международные банковские группы должны находиться под контролем компетентных органов государства их места нахождения.
2. Международные банковские группы для создания своих филиалов и (или) представительств должны получить предварительное согласие органов, контролирующих банки в стране регистрации филиала и (или) представительства, и контролирующих органов своей страны.
3. Государства места нахождения международных банковских групп должны собирать при помощи своих контролирующих органов информацию о зарубежных отделениях и филиалах банков или банковских групп.

В 1980 г. образована **Офшорная группа по банковскому надзору (Офшорная группа банковских контролеров)** — форум сотрудничества контролирующих органов в офшорных центрах. Эта организация в значительной степени является законодателем в области офшорной индустрии. Ее члены — представители ведущих офшорных центров мира — Багамских, Бермудских, Каймановых островов, Сингапура, Гонконга, Панама.

Международная организация по контролю за ценными бумагами (IOSCO) — международная неправительственная организация, члены которой — более 150 сотрудников контролирующих органов офшорных центров (Джерси, Гернси, Кипр, Люксембург, Багамские и Бермудские острова). Основные направления деятельности IOSCO:

- 1) эффективность и устойчивость рынка ценных бумаг;
- 2) обмен информацией и опытом работы;
- 3) организация надзора за международными сделками с ценными бумагами;
- 4) поддержание целостности рынков ценных бумаг посредством безусловного соблюдения нормативных предписаний;
- 5) принятие мер против нарушений.

В качестве примера офшорной зоны, власти которой соблюдают положения международных договоренностей и требования контролирующих органов, и где одновременно сохраняется высокий уровень конфиденциальности, можно привести остров Джерси. Эта юрисдикция является председателем Офшорной группы по контролю за банковской деятельностью, играет активную роль в разработке принципов банковского контроля в международном масштабе. Джерси — член IOSCO.

Основные нормативные акты — Закон о банковской деятельности (1991), Закон о коллективных инвестиционных фондах (1988). Закон о страховой деятельности (1996), Закон о ценных бумагах компании (1988), Закон об инвестиционной деятельности (2003) — предполагают наличие «окон» для обмена информацией с иностранными регулирующими органами.

В Докладе Рабочей группы по офшорным финансовым центрам Форума ООН по финансовой стабильности (2000) отмечалось, что в мире распространен слишком упрощенный подход к оценке офшорного бизнеса. Существует большое количество офшорных центров с высокой степенью соблюдения международных норм и стандартов. Не меньшее число «неофшорных» стран являются «проблемными» с точки зрения мировой финансовой стабильности. Центрами по отмыванию «грязных» денег выступают Нью-Йорк, Лос-Анджелес, Монреаль, Мехико, Лондон, Цюрих. По мнению экспертов Форума, воздействие офшорного бизнеса на мировую финансовую систему

(при условии установления надлежащего надзора за соблюдением законности) можно оценить положительно.

Усилия международного сообщества должны быть направлены на достижение реальных целей. Попытки ликвидации офшоров заранее обречены на провал. Успех может быть достигнут только в плане трансформации офшоров в «респектабельные» юрисдикции. Современное офшорное законодательство служит подтверждением перспективности такого направления международного сотрудничества.

5.4. Государство в международном частном праве

5.4.1. Правовой статус государства в международном частном праве

Государство — основной, универсальный субъект международного публичного права. Типичными для государства являются отношения публично-правового характера. Однако государство может вступать практически в любые частноправовые отношения: наследственные, обязательственные (договорные и деликтные), трудовые. Существует целая область международных частноправовых отношений, в которых одной из сторон выступает государство — концессионные договоры, соглашения о разделе продукции, сервисные соглашения.

Государство не является юридическим лицом, поскольку обладает суверенитетом и само определяет свой правовой статус. В частноправовых отношениях государство участвует как особый субъект права, не являющийся юридическим лицом, но выступающий на равных с ним началах. ГК Чехии (§ 21) гласит: «Если государство выступает участником гражданско-правовых отношений, то оно является юридическим лицом». В законодательстве европейских стран государство считается юридическим лицом публичного права (Франция, ФРГ). Эти положения не отождествляют государство с юридическим лицом, а подтверждают, что государство может наделяться статусом юридического лица. В частноправовых отношениях принята юридическая фикция — государство выступает в качестве юридического лица. С точки зрения правового режима государство приравнивается к юридическим лицам публичного права (ст. 19 Кодекса МЧП Туниса).

Вступая в гражданско-правовые отношения, государство не теряет свои качества как суверена. Суверенитет предполагает наличие у государства целого комплекса иммунитетов. Иммунитет — это межотраслевой, комплексный институт, нормы которого используются в различных отраслях права (нормы международного права

по вопросам дипломатического иммунитета применяются в уголовном и административном праве). Правовой иммунитет — это особая материально-процессуальная привилегия, распространяющаяся на обозначенный в международном или национальном праве круг субъектов, регламентирующая их специальный статус путем надделения дополнительными гарантиями и преимуществами¹.

В начале XIX в. доктрина и судебная практика сформулировали теорию государственного иммунитета. К концу XIX в. иммунитет государства рассматривался как общепризнанная норма международного права. Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (2004) (далее — Конвенция ООН 2004 г.) подчеркивает, что юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права.

Согласно Конвенция ООН 2004 г. термин «государство» означает:

- государство и его органы управления;
- составные части федеративного государства или политические подразделения государства, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве;

- учреждения или институты государства либо другие образования в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства;

- представители государства, действующие в этом качестве.

Исполнительные органы государства и его официальные представители. Закон о государственном иммунитете Великобритании (1978) предусматривает (ст. 14.1), что иммунитетом пользуются суверен или иной глава государства в его публичном качестве, правительство этого государства, департамент такого правительства.

Закон об иммунитете иностранного суверена США (1976) указывает, что понятие «иностранное государство» включает в себя политическое подразделение иностранного государства или агентство или учреждение этого иностранного государства. Государственным иммунитетом наделено и государство в лице его органов, и его агентства. Образования, связанные со структурой правительства, рассматриваются в качестве государства (например, министерства).

Субъекты федерации. Согласно Европейской конвенции об иммунитете государств (ETS № 74) (1972) части федеративного государства не пользуются иммунитетом. Федеративное государ-

¹ Валяровский Ф. И. Иммунитет как общеправовая категория // URL: <http://law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1188518>

ство может заявить, что такие части вправе сослаться на положения Конвенции, применимые к самому государству. Если государство не делает такого заявления, то его составные части рассматриваются как «самостоятельные образования».

В соответствии с Конвенцией ООН 2004 г. составные части федеративного государства для целей иммунитета отождествляются с государством.

Административно-территориальные единицы в составе унитарного государства. В Законе США указывается, что политическое подразделение включено в категорию государства. Согласно положениям Свода международного права США политические подразделения включают в себя департаменты государства, все правительства, подчиненные центральным правительствам (включая местные правительства). Конвенция ООН 2004 г. предоставляет иммунитет политическим подразделениям государства, «которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве».

Государственные юридические лица, государственные корпорации. Европейская конвенция 1972 г. устанавливает, что любое образование, отдельное от государства и наделенное правоспособностью, не включается в понятие государства (даже при выполнении функций государственной службы). Такое образование может быть привлечено к суду другого государства как частное лицо, но не в отношении действий, совершенных во исполнение своих публичных функций. Конвенция закрепляет двойной критерий, по которому самостоятельные организации отделяются от государства:

— отдельное существование от исполнительных органов государства;

— способность предъявлять иски и отвечать по иску.

Конвенция ООН 2004 г. предоставляет иммунитет учреждениям или институциям государства либо другим образованиям «в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства».

В соответствии с отечественным законодательством Российская Федерация и ее субъекты выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений — физическими и юридическими лицами (ст. 124 ГК РФ). К данным отношениям применяются нормы, касающиеся юридических лиц. Субъекты — самостоятельные участники гражданско-правовых отношений. Российская Федерация не отвечает по обязательствам ее субъектов, субъекты не отвечают по обязательствам друг друга и по обязательствам Российской Федерации (п. 4, 5 ст. 126). Организации с государственным уставным капиталом явля-

ются самостоятельными юридическими лицами, не отвечают по обязательствам Российской Федерации, а Российская Федерация не отвечает по их обязательствам (п. 2, 3 ст. 126).

5.4.2. Теории государственного иммунитета

Государство как субъект МЧП обладает иммунитетами.

1. *Иммунитет от предъявления иска* — неподсудность одного государства судам другого. Сделки государства должны рассматриваться только в его собственных судах. Без прямо выраженного согласия на судебное разбирательство в иностранном суде государство нельзя привлечь к судебной ответственности за границей. Иммунитет от предъявления иска — это судебный иммунитет в узком смысле слова (собственно юрисдикционный иммунитет).

2. *Иммунитет от предварительного обеспечения иска* — без прямо выраженного согласия государства в отношении его имущества, находящегося за границей, не могут быть приняты никакие меры в качестве предварительного обеспечения иска.

3. *Иммунитет от принудительного исполнения судебного решения* — без согласия государства по отношению к нему не могут быть применены никакие принудительные меры по обеспечению иска или исполнению решения.

4. *Иммунитет собственности государства* — собственность иностранного государства неприкосновенна, не может быть национализирована, конфискована, на нее нельзя обратить взыскание. Имущество иностранного суверена, даже находящееся в руках третьих лиц, не подлежит виндикации. Без согласия государства-собственника его имущество не может быть подвергнуто принудительному отчуждению, насильственно удерживаться на территории иностранного государства. Государство места нахождения иностранной собственности обязано принимать все необходимые меры защиты против расхищения этого имущества третьими лицами.

5. *Доктрина акта государства* (связана с иммунитетом собственности государства) — если государство заявляет, что имущество принадлежит ему, то суд иностранного государства не вправе подвергать это заявление сомнению. Никакие иностранные органы не могут рассматривать вопрос о том, принадлежит ли действительно собственность государству, если оно заявляет, что собственность принадлежит ему.

6. *Коллизионный иммунитет государства* — к частноправовым отношениям государства должно применяться только его собственное право. Все сделки государства подчиняются его национальному праву.

В доктрине, законодательстве и практике разработаны две теории государственного иммунитета: *доктрина абсолютного иммунитета* и *доктрина функционального (ограниченного) иммунитета*.

Теория *абсолютного иммунитета* государства непосредственно основана на принципе суверенного равенства государств и общем принципе права «равный над равным не имеет ни власти, ни юрисдикции». Доктрина абсолютного иммунитета государства признавалась незабываемой нормой международного права в течение почти 100 лет (до середины XX в.). Государство, даже будучи стороной частного правового отношения, не может быть привлечено к ответственности в судах другого государства. Подсудность судам другого государства допустима только в случае прямо выраженного согласия иностранного государства-ответчика («договорный» или «дипломатический» отказ от иммунитета). Иск к государству может быть предъявлен только в его собственном суде. Частное лицо вправе обратиться в компетентные органы своего государства с тем, чтобы оно вступило в дипломатические переговоры с иностранным государством, к которому это лицо имеет претензии. Доктрина абсолютного иммунитета государства до сих пор закреплена в законодательстве некоторых государств (в частности, России).

В 1950-х гг. в связи с активизацией участия государства в международных гражданских правоотношениях появились теории «служебного» иммунитета, «торгующего» государства, государства-коммерсанта, на основе которых была выработана доктрина функционального (ограниченного) иммунитета. Суть этой доктрины — если государство от своего имени занимается коммерческой деятельностью, оно автоматически в отношении такой деятельности и связанного с ней имущества отказывается от иммунитета, ставит себя в положение частного лица.

Во многих странах существует кодифицированное законодательство, регулирующее иммунитет государства: Закон США, Закон Великобритании, Акт Сингапура (1979), законы Пакистана и Аргентины (1995). Все эти законы основаны на доктрине функционального иммунитета государства. Интересно отметить, что в странах общего права законодательство об иммунитетах иностранного государства кодифицировано (Акт Австралии об иммунитете иностранного государства (1984)), а в странах континентального права этот вопрос регулируется в основном судебной практикой.

В соответствии с теорией *функционального иммунитета* государство обладает иммунитетом, только когда оно совершает действия, являющиеся проявлением государственной, публичной власти, т.е. действия в осуществление суверенных полномочий (*de iure imperii*). Публичные акты государства пользуются абсолютным иммуните-

том и не могут быть предметом разбирательства в суде другого государства.

Когда государство осуществляет функции торгового характера, т.е. действия в ходе осуществления коммерческой деятельности (*de iure gestionis*), оно не обладает иммунитетом и должно рассматриваться как частное лицо. Деятельность государства в качестве «коммерсанта» представляет собой частный акт и подлежит юрисдикции государства места деятельности. По частноправовым сделкам государства возможно привлечение его к ответственности в суде другого государства, применение права страны суда (иного иностранного права), действия по предварительному обеспечению иска и принудительному исполнению судебного решения.

Деление действий государства на публичные и частные — краеугольный камень концепции функционального иммунитета¹. Для определения характера действий государства разработаны теории:

- доктрина цели действий. Главный критерий — цель совершения действий (государственный заказ на постройку военного корабля частной иностранной фирме — действие *iure imperii*);

- доктрина характера действий. Решающим является юридический характер действия. Частные действия — это действия, совершаемые в форме обычных контрактов, если подобный контракт может заключить любое юридическое или физическое лицо.

Критерий «характер действия» закреплен в законодательстве США, Великобритании, Австралии, судебной практике Франции, Нидерландов, ФРГ. В Законе о МЧП Азербайджана (ст. 16) установлен комплексный подход: «К заключенным государством гражданско-правовым сделкам, если это не связано с выполнением им своих суверенных функций, применяются положения настоящего Закона. Характер заключаемых государством правовых сделок определяется в соответствии с их правовой природой и причинами».

Конвенция ООН 2004 г. также предлагает компромиссный вариант: «При определении того, является ли контракт или сделка “коммерческой сделкой”... следует прежде всего исходить из природы этого контракта или сделки, однако следует также учитывать их цель, если стороны контракта... договорились об этом, или если, согласно практике государства суда, эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки».

В отечественной доктрине высказывается мнение, что функциональный иммунитет и ограниченный иммунитет — это различные категории. Теория функционального иммунитета ограничивает иммунитет государства на основе общего принципа (критерия):

¹ Демидов И. А. Государство как субъект международного частного права : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005.

деления деятельности государства на суверенно-властную и частную. Теория ограниченного иммунитета не использует никаких формальных критериев, а формулирует перечень конкретных случаев, когда государство не пользуется иммунитетом¹.

Подавляющее большинство представителей российской и зарубежной доктрины используют термины «ограниченный иммунитет» и «функциональный иммунитет» как синонимы. Теория функционального иммунитета зачастую называется теорией ограниченного или относительного иммунитета. Теория функционального иммунитета закреплена в международных актах — в Европейской (Брюссельской) конвенции 1972 г. и в Конвенции ООН 2004 г.

Европейская конвенция 1972 г. принята в рамках Совета Европы. В Конвенции указывается, что государства-участники учитывают проявляющуюся в международном праве тенденцию ограничения случаев, когда государство может ссылаться на иммунитет в иностранном суде. Провозглашается принцип иммунитета иностранного государства (ст. 15) и закрепляются исключения, при которых иностранное государство не может ссылаться на иммунитет перед национальным судом другого государства:

1. Разбирательство касается обязательства, возникшего из контракта, который подлежит исполнению на территории государства суда.

2. Разбирательство связано с трудовыми отношениями на территории государства суда. Эта норма не применяется: а) физическое лицо является гражданином государства нанимателя на момент предъявления иска; б) во время заключения контракта физическое лицо не было гражданином государства суда и не имело постоянного места жительства на территории государства суда; в) стороны в письменном соглашении договорились об ином.

3. Спор касается участия в компаниях, ассоциациях, иных юридических лицах, которые зарегистрированы, имеют основное место нахождения или место деятельности на территории государства суда; другими участниками юридического лица являются частные лица.

4. Спор касается деятельности офиса, агентства либо учреждения иностранного государства, которые находятся на территории государства суда и осуществляют деятельность таким же способом, что и частные лица.

5. Спор связан: а) с патентом, промышленным образцом или иным подобным правом, которое используется в государстве суда, было зарегистрировано в нем или иным образом защищено, и в отношении которого государство является заявителем или собственником; б) с нарушением иностранным государством на территории

¹ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

государства суда авторского права, которое принадлежит третьему лицу и защищено в государстве суда; в) с правом пользования товарным знаком на территории государства суда.

6. Спор вытекает: а) из права на недвижимую собственность, пользование ею или владение; б) из обязательств, которые возникают из права на недвижимую собственность, а недвижимость находится на территории государства суда.

7. Спор касается его прав на движимое и недвижимое имущество, которые возникли в силу наследования, дарения либо на основании того, что вещь является бесхозной.

8. Спор связан с возмещением вреда, если факты, которые повлекли такой вред, имели место на территории государства суда.

Европейская конвенция использует критерии, свойственные теории функционального иммунитета: деление функций государства на публичные (суверенные) и иные. Конвенция содержит нормы об отсутствии у иностранного государства иммунитета при осуществлении деятельности *iure gestionis*¹. Европейская конвенция весьма успешно действует и применяется в судах европейских стран в течение 40 с лишним лет. Россия в этой Конвенции не участвует; в отечественной доктрине неоднократно ставился вопрос о необходимости присоединения нашей страны к этому акту.

Конвенция ООН 2004 г. (Россией ратифицирована в 2007 г.) подтверждает принцип невозможности осуществления юрисдикции в судах одного государства над иностранным государством и его органами при осуществлении ими властных полномочий, обеспечивает защиту государственной собственности, не используемой в коммерческих целях. Конвенция 2004 г. содержит детальный перечень видов деятельности, осуществление которой лишает государство права на иммунитет.

1. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве дела из коммерческой сделки, заключенной с иностранным физическим или юридическим лицом. Эта норма не применяется в случае коммерческой сделки между государствами, если ее стороны явно договорились об ином.

2. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве, которое касается установления:

а) прав или интересов этого государства в отношении недвижимого имущества, находящегося в государстве суда, или любого обязательства этого государства, возникающего в связи с его интересами в отношении такого имущества;

¹ Хлестова И. О. Проблемы юрисдикционного иммунитета государства (законодательство и практика). М., 2002.

б) прав или интересов этого государства в отношении движимого или недвижимого имущества, которые возникают в силу наследования, дара и бесхозяйного имущества;

с) прав или интересов этого государства в отношении управления имуществом, таким как доверительная собственность, собственность банкрота или собственность компании в случае ее ликвидации.

3. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве, затрагивающем:

а) установления любого права этого государства в отношении патента, промышленного образца, торгового или фирменного наименования, товарного знака, авторского права, любой другой формы интеллектуальной или промышленной собственности, пользующейся защитой в государстве суда;

б) предполагаемого нарушения этим государством на территории государства суда права интеллектуальной или промышленной собственности, принадлежащего третьему лицу и защищаемого в государстве суда.

4. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве, затрагивающем отношения из трудового договора между этим государством и физическим лицом относительно работы, которая была или должна быть выполнена на территории этого государства. Исключения:

— работник был нанят для выполнения обязанностей в порядке осуществления государственной власти;

— работник является лицом, пользующимся дипломатическим иммунитетом;

— предметом разбирательства является наем, возобновление найма или восстановление на работе;

— разбирательство затронет интересы безопасности этого государства;

— работник является гражданином государства-работодателя в момент возбуждения разбирательства.

5. Государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве, касающемся денежного возмещения в случае смерти или причинения телесного повреждения какому-либо лицу или нанесения ущерба имуществу или его утраты в результате действия или бездействия, которое предположительно может быть присвоено государству, если такое действие или бездействие имело место полностью или частично на территории другого государства, и деликвент находился на этой территории в момент совершения действия или бездействия.

В отечественной доктрине высказывается мнение, что Европейская конвенция 1972 г. и Конвенция 2004 г. «не просто исходят

из теории ограниченного иммунитета государства, а еще больше “ограничивают” иммунитет, чем это делают законы большинства стран»¹.

Теория функционального иммунитета государства закреплена во многих современных кодификациях МЧП: «Положения настоящего кодекса применяются и к отношениям частного права с международным элементом, стороной которых является государство, за исключением тех случаев, когда в законе установлено что-то другое» (ст. 60 Кодекса МЧП Болгарии).

5.4.3. Иммунитет собственности государства. Коллизионный иммунитет

Большинство иммунитетов государства имеет процессуальный характер и относится к сфере международного гражданского процесса. К МЧП в узком смысле относятся коллизионный иммунитет и иммунитет собственности государства. Иммунитет собственности государства — категория более общего характера, чем процессуальные иммунитеты, так как не всегда вопрос об иммунитете собственности возникает в связи с рассмотрением иска в суде².

Иммунитет собственности государства предполагает, что в отношении собственности одного государства не могут быть применены меры административного и иного насильственного характера со стороны другого государства. Заявление государства о принадлежности ему имущества не подлежит рассмотрению в любых органах другого государства и не может быть оспорено. Даже если собственность иностранного государства находится в руках третьего лица, которое не пользуется иммунитетом, эта собственность пользуется неприкосновенностью в полном объеме, если доказано, что она принадлежит суверенному государству³.

Если собственность государства используется в коммерческих целях, то на нее не распространяются положения об иммунитете (Конвенция ООН 2004 г.).

Существует имущество иностранного государства, которое обладает полным иммунитетом от предварительных мер и исполнительных действий (собственность государства, используемая для ведения дипломатической и консульской деятельности). Иммунитет такого имущества закреплён в Венской конвенции о дипломатических сношениях (1961), Венской конвенции о консульских сношениях (1963), Конвенции о специальных миссиях (1969).

¹ Демидов И. А. Государство как субъект международного частного права : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005.

² Там же.

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

В Конвенции ООН 2004 г. выделены еще две категории имущества, к которым не могут применяться принудительные меры: собственность, «представляющая часть культурного достояния иностранного государства или часть его архивов»; собственность, «составляющая часть выставки объектов научного, культурного или исторического значения».

Режим неприкосновенности государственной собственности связан с доктриной «*акта государства*» (суды одного государства не должны выносить решения относительно актов правительства другой страны). Если государство приобрело имущество на основе акта, принятого на своей территории, ни один иностранный суд не вправе обсуждать правомерность принадлежности данной собственности. Доктрина «акта государства» проявляется в том, что если имущество находится во владении государства, которое заявило, что оно ему принадлежит, то никакие органы иностранного государства не могут проверять правомерность этого факта.

Общеизвестным является заявление английского суда по делу «Лютер против Сегора» (1921), связанному с национализацией частной собственности в Советской России: «Если г-н Красин привез товары в Англию и от имени своего правительства заявляет, что они принадлежат русскому правительству, то ни один английский суд не может проверять, соответствует такое заявление действительности. Подобное расследование противоречило бы международной вежливости в отношениях между независимыми суверенными государствами»¹.

В судебной практике довольно давно сложилось правило: сделки, заключаемые государством с иностранными физическими или юридическими лицами, должны регулироваться правом этого государства, если только сами стороны не договорятся об ином. Сделки с участием государства подчиняются праву данного государства в силу международного обычая². Постоянная палата международного правосудия в решениях 1929 г. по делам о сербских и бразильских займах, размещенных среди французских граждан, признала: «К особенностям суверенного государства относится то, что оно не предполагается подчинившим существо и действительность своих обязательств иному закону, нежели своему собственному»³.

В настоящее время на международном уровне закреплена теория функционального иммунитета, однако коллизионный иммунитет государства предусматривается в международных договорах.

¹ Там же.

² Канашевский В. А. Сделки с участием государства в международном частном праве // Журнал международного частного права. 2006. № 1 (51).

³ Луниц Л. А. Указ. соч.

Вашингтонская конвенция 1965 г. — инвестиционный спор с участием государства рассматривается на основе права, избранного сторонами; при отсутствии такого выбора применяется право государства, выступающего в качестве стороны в споре.

В Кодексе МЧП Болгарии определяется право, применимое к культурной собственности государства: «Когда вещь, включенная в наследство культуры одного государства, вывезена неправомерным путем из его территории, требование этого государства о возвращении вещи регламентируется его правом, за исключением тех случаев, когда оно выбрало применение права государства, на чьей территории находится вещь к моменту предъявления требования о возвращении» (ст. 70).

Основной коллизийной привязкой договорных обязательств в случае отсутствия автономии воли сторон является право, наиболее тесно связанное с договором. Обычно таковым является право государства — участника сделки, поскольку в данной ситуации имеются особые связи именно с территорией данного государства¹. Такая позиция закреплена в некоторых современных кодификациях МЧП: «Право соответствующего государства применяется к государству и его учреждениям, муниципальному публичному образованию и его учреждениям как субъектам гражданских отношений» (ст. 1.23 ГК Литвы).

Высказывается и иная позиция: к отношениям государства с частным иностранным контрагентом не может применяться право государства — участника сделки, если характерное исполнение осуществляет иностранный контрагент. В этом случае к отношениям должно применяться право страны частного субъекта сделки. Только в том случае, когда невозможно либо затруднительно определить, какая из сторон осуществляла или должна была осуществлять характерное исполнение, суд должен применять право страны государства — участника сделки². Однако приобретение государством собственности на территории другого государства возможно только в силу разрешительной нормы внутреннего права этого другого государства и на условиях, определенных его национальным законодательством³.

Подтверждением данной позиции являются нормы ГК РФ (п. 1 ст. 1213): «При отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению к договору в отношении недвижимого имущества, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которой такой договор наиболее тесно связан,

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011; Канашевский В. А. Международное частное право. М., 2006.

² Демидов И. А. Государство как субъект международного частного права : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005.

³ Ушаков Н. А. Международное право : учебник. М., 2000.

считается... право страны, где находится недвижимое имущество». Положения ст. 1211 ГК РФ также предопределяют справедливость этой точки зрения: договор наиболее тесно связан с правом контрагента, осуществляющего характерное исполнение.

Государство выступает в договорных отношениях на равных началах с частными лицами; сделки с его участием подлежат общему коллизионному регулированию — на основе принципа наиболее тесной связи. Критерии такой связи устанавливаются законодательством и определяют выбор применимого права. Априорно применение права государства — субъекта сделки не может иметь места.

5.4.4. Основные виды гражданских правоотношений с участием государства

Эффективное функционирование рынка предполагает свободу в области заключения международных коммерческих контрактов. Одновременно во всем мире основы регулирования внешнеторговой деятельности определяются государством. Государство устанавливает круг субъектов внешнеторговых контрактов, может ограничить субъектный состав внешнеторговых сделок или допускать к совершению сделок в отношении конкретной группы товаров только субъектов, отвечающих установленным им требованиям. Государство устанавливает режим пересечения его таможенных границ, требования к качеству товара, при необходимости ограничивает экспорт или импорт.

Большинство норм экспортно-импортного регулирования имеют публично-правовую природу. Как правило, такие нормы относятся к свехимперативным и регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права.

Одним из самых распространенных гражданско-правовых контрактов с участием государства является договор займа (в форме выпуска государственных облигаций, облигаций государственного займа). Такие облигации могут выпускаться за пределами данного государства, на территории других стран (1930-е гг. — выпуск облигаций британского государственного займа на территории США). По общему правилу, к обязательствам по договору государственного займа должно применяться право данного государства. Государство может отказаться от применения своего права и подчинить эти отношения праву того государства, на чьей территории распространяются облигации.

Самыми характерными гражданско-правовыми сделками с участием государства являются компенсационные соглашения (о концессии, о разделе продукции, сервисные соглашения). Компенсационные соглашения представляют собой внешнеторго-

вые сделки и относятся к сфере действия МЧП, но обладают серьезной спецификой в силу участия государства и связи с межправительственными соглашениями. Компенсационные соглашения — это долгосрочные крупномасштабные проекты, объекты которых находятся на территории принимающего государства. Возникающие по таким сделкам правоотношения характеризуются как «диагональные» — отношения властно-невластного характера (между государством и его частным иностранным партнером).

Особое место в системе внешнеэкономических сделок занимает договор концессии. «Классическая» (традиционная) концессия представляет собой договор, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранным инвесторам исключительные права на осуществление какой-либо деятельности и передает ему право собственности на продажу или доходы, полученные в результате этой деятельности. Концессия основана на уступке прав. Запрещено одностороннее изменение условий концессионного договора, если иное не предусмотрено в самом договоре.

Современное концессионное законодательство большинства стран определяет концессию как гражданско-правовой договор (за некоторыми исключениями). Исключения касаются особой природы концессионных объектов (объекты государственной собственности), особого порядка предоставления концессионных прав (разрешение органа публичной власти), государственной монополии на определенные виды деятельности. Споры из концессионных отношений рассматриваются в гражданско-процессуальном порядке. В некоторых странах концессия трактуется как аренда государственной собственности.

В исследованиях, проведенных под эгидой ООН, отмечалось: в разных странах подход к концессиям настолько различен, что концессионные договоры невозможно систематизировать. В США и Канаде договоры в области недропользования (по сути — типичные концессионные соглашения) обозначаются как договоры аренды. В Великобритании к концессиям относятся лицензии на нефтедобычу.

В последнее время преобладающей договорной формой государственно-частного партнерства стала аренда «с элементами концессии», т.е. комбинированный арендно-концессионный договор.

Концессионные соглашения можно разделить на концессии в области недропользования и концессии в области инфраструктуры.

Концессии в области недропользования: концедент передает концессионеру право эксплуатации определенного участка недр в обмен на концессионную плату. Концессия представляет собой

уступку права государством на поиск и освоение природных ресурсов. Добытые иностранным инвестором природные ресурсы принадлежат ему на праве собственности. Во многих государствах (Венгрия, Великобритания, Норвегия) порядок предоставления концессий регулируется в специальном законодательстве.

Концессии в области инфраструктуры — это правовые механизмы передачи государством в управление частному бизнесу объектов экономической и социальной инфраструктур, привлечения частного капитала к управлению экономикой. Инфраструктурные концессии стали популярной формой взаимодействия бизнеса и государства в 1990-х гг. в связи с сокращением роли государства в экономике и распространением теорий о большей эффективности исполнения отдельных государственных функций частными компаниями.

В Мексике основы функционирования концессионных механизмов определяются на уровне Конституции. Закреплена возможность предоставления концессий на определенные объекты, обозначены сферы хозяйственной деятельности, концессии в которых не допускаются. Концессионные механизмы используются в строительстве и эксплуатации железных дорог, портов и портовых сооружений, в эксплуатации телекоммуникационных сетей.

Мексиканское концессионное законодательство закрепляет фактическую невозможность переуступки прав по концессионному соглашению, ограничения на получение концессии иностранными инвесторами. Иностранные лица могут стать концессионерами в исключительном порядке, если они заключили специальное соглашение. Действует «оговорка Кальво» — иностранец в отношении предоставленной собственности подчиняется только мексиканскому закону и не вправе претендовать на защиту своего правительства.

Природные ресурсы (участки недр) могут передаваться (уступаться) инвесторам *по соглашениям о разделе продукции*, предмет которых в трактовке российского законодателя отличается от предмета концессионного соглашения. В отечественной доктрине соглашение о разделе продукции рассматривается в качестве одной из форм договора концессии¹.

Соглашение о разделе продукции — это договор, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранному инвестору исключительные права на осуществление какой-либо деятельности. Основное отличие соглашений о разделе продукции от концессии: полученная в ходе хозяйственной деятельности продукция распределяется между государством

¹ Международное частное право : учебник / отв. ред. Н. И. Марышева. М., 2011.

и иностранным инвестором на условиях соглашения. Соглашение о разделе продукции — это фактически соглашение о продаже продукции, по которому государственная сторона продает часть своих природных ресурсов подрядчику в обмен на оказанные подрядчиком эксплуатационные услуги и финансирование производства¹.

Соглашения о разделе продукции широко применяются в области нефте- и газодобычи. В соответствии с Актом Малайзии о разработке нефти (1974) правом собственности на нефть, исключительным правом на ее разведку, разработку и добычу наделена государственная корпорация «Петронас». За получение собственности и исключительных прав «Петронас» обязана отчислять лицензионные платежи (роялти) в бюджет Федерального правительства.

Сервисные соглашения с риском и без риска (контракты на предоставление услуг) — это договоры, в соответствии с которыми государство на срочной основе предоставляет иностранному инвестору право на осуществление конкретных видов работ и услуг, предусмотренных соглашением. Продукция, полученная в результате такой деятельности, остается в полной и исключительной собственности государства.

Государство априорно пользуется иммунитетами (даже если законодательно придерживается концепции функционального иммунитета). Все сделки, заключенные с государством, содержат повышенный риск для частного лица. Современное право пытается обеспечить особую защиту частных партнеров государства, основываясь на принципе защиты слабой стороны.

Государство всегда вправе изменить свое законодательство, что может привести к изменению правоотношений участников международной коммерческой деятельности. Во избежание таких ситуаций стороны включают в контракт стабилизационную оговорку («дедушкина оговорка» — *grandfather's clause*), т.е. условие, что к контракту будет применяться право, существующее на момент заключения сделки, и что изменения в законодательстве не будут распространяться на данный контракт. Если в государстве принимаются нормативные акты, которые ухудшают положение иностранного инвестора по сравнению с тем, которое существовало на дату начала финансирования инвестиционного проекта, то такие нормативные акты не применяются к инвестору в течение срока окупаемости проекта. «Дедушкина оговорка» не применяется, если изменения в законодательство вносятся в целях защиты конституционного строя, здоровья, нравственности, прав других лиц, обороны и безопасности государства.

¹ Канашевский В. А. Сделки с участием государства в международном частном праве // Журнал международного частного права. 2006. № 1(51).

5.4.5. Иммунитеты государства в законодательстве Российской Федерации

Российская Федерация, субъекты РФ, муниципальные образования «выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами» (п. 1 ст. 124 ГК). К гражданско-правовым отношениям с участием российского государства применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов.

Из смысла ст. 124 ГК вытекает юридическое равенство понятий «Российская Федерация» и «юридическое лицо» в правоотношениях, урегулированных гражданским законодательством. От имени Российской Федерации соответствующие органы государственной власти в рамках своей компетенции могут приобретать имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности и выступать в суде (п. 1 ст. 125 ГК).

Россия как субъект гражданского права отвечает по обязательствам своим собственным имуществом, кроме имущества, которое закреплено за созданными ею юридическими лицами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления. Обращение взыскания на землю и другие природные ресурсы допускается в случаях, предусмотренных законом (ст. 126 ГК РФ). В гражданские обязательства, затрагивающие государственную собственность, вступают отдельные государственные органы, территориальные подразделения государства, государственные предприятия, за которыми закреплено государственное имущество для его использования в хозяйственных целях.

Статья 127 ГК РФ устанавливает, что особенности ответственности Российской Федерации и ее субъектов в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств определяются законом об иммунитете государства и его собственности. Формально юридически положения ГК РФ уравнивают государство с иными субъектами гражданско-правовых сделок. К отношениям с участием государства в сфере МЧП на общих основаниях применяются правила разд. VI ГК РФ: «К гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства, правила настоящего раздела применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом» (ст. 1204). Общим постулатом выступает не изъятие иностранного государства из-под действия российского законо-

дательства, а «отыскание применимого права на базе коллизионных норм»¹.

Норма ст. 1204 формально подтверждает установления ст. 124 и 127 ГК РФ. Однако данное предписание корректируется предусмотренным в ГК РФ общим исключением — в федеральных законах или международных договорах может быть установлено иное. Положения ст. 124 и 1204 имеют диспозитивный характер и предусматривают возможность издания законов, устанавливающих приоритетные права государства в частноправовых отношениях. Если федеральный закон (например, ст. 401 ГПК РФ) предусматривает действие абсолютного иммунитета, то в изъятие ст. 1204 ГК РФ должны применяться положения ГПК РФ.

Статья 401 ГПК РФ закрепляет общий принцип: иностранное государство пользуется в России иммунитетом в полном объеме, а ограничение допускается только в случае, если иностранное государство дало на это свое согласие либо если это предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом. ГПК РФ увязывает возможность привлечения иностранного государства к суду в России с наличием согласия соответствующего государства. Российское процессуальное законодательство исходит из идеи абсолютного иммунитета, однако опять же федеральным законом может быть предусмотрено иное.

В результате получились два взаимоисключающих правила: в МЧП государство выступает на равных началах с частными лицами, но федеральным законом может быть предусмотрено иное; в МГП государство пользуется абсолютным иммунитетом, федеральным законом может быть предусмотрено иное.

Отечественная доктрина демонстрирует редкое единодушие: концепция абсолютного иммунитета, предусмотренная российским законодательством, не отвечает реалиям современного мира. Иностранное государство выступает не только как носитель суверенной власти, но и как обычный участник международного рынка товаров, услуг и капитала. Доктрина абсолютного иммунитета государства отражает потребности рыночной экономики, способствует нестабильности международного гражданского оборота. Юридические средства защиты в иностранных судах, основанные на концепции абсолютного иммунитета государства, ограничены и эффекта не дают. Придерживаясь данной концепции, Россия лишает своих граждан и юридических лиц возможности судебной защиты прав, возникающих из гражданско-правовых отношений с иностранными государствами. Признавая за иностранными госу-

¹ Демидов И. А. Государство как субъект международного частного права : дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 2005.

дарствами абсолютный иммунитет, Россия не получила на условиях взаимности абсолютного иммунитета от юрисдикции иностранных государств.

Признавая абсолютный иммунитет иностранного государства, Россия не вправе рассчитывать на то же самое со стороны такого государства, если его законодательство основано на теории ограниченного иммунитета. В частности, российский суд обязан отказать в иске российского юридического лица к иностранному государству, тогда как Российская Федерация может быть привлечена в качестве ответчика в американском (английском, французском) суде, если спор носит коммерческий характер.

В АПК РФ есть «подвижки» от абсолютной концепции иммунитета к функциональной (п. 1 ст. 251). АПК РФ оперирует понятием «иностранное государство — носитель власти» и исходит из того, что в суверенном качестве иностранное государство не может быть привлечено к суду в России без согласия его компетентных органов, если иное не вытекает из требований федеральных законов или международных договоров РФ. Теоретически по спорам из предпринимательской деятельности иностранное государство может быть ответчиком в российском суде.

В законодательстве РФ отсутствует закон об иммунитетах государства, хотя проект такого закона был разработан еще в начале 1990-х гг. и шла интенсивная работа по его принятию. В надежде на скорое принятие данного закона законодатель в ст. 127 ГК РФ закрепил норму, что особенности ответственности России и ее субъектов в гражданских отношениях с участием иностранных лиц «определяются законом об иммунитете государства и его собственности». В итоге получилось, что положения ст. 127 ГК РФ отсылают к несуществующему закону.

Проект федерального закона «Об иммунитете иностранных государств и их собственности» в 2005 г. был принят Государственной Думой в первом чтении. Проект исходил из концепции функционального иммунитета иностранного государства. В нем предусматривалось, что иностранное государство не пользуется в России судебным иммунитетом:

- 1) по спорам, возникшим при осуществлении этим государством предпринимательской деятельности;
- 2) по спорам из сделок, совершенных государством не при осуществлении суверенной власти;
- 3) по спорам, касающимся участия государства в коммерческих и некоммерческих организациях в Российской Федерации;
- 4) по спорам, касающимся прав государства на недвижимое имущество на территории РФ;

5) по спорам, касающимся прав на имущество, возмещения вреда, интеллектуальной собственности, трудового договора, эксплуатации морских судов и судов внутреннего плавания.

По неизвестным причинам дальнейшая работа над этим законопроектом была прекращена.

В связи с ратификацией Россией Конвенции ООН 2004 г. возникла необходимость изменения действующего законодательства в плане отказа от концепции абсолютного иммунитета. В настоящее время иностранное государство (участник Конвенции ООН 2004 г., которая до сих пор не вступила в силу) может быть привлечено к ответственности в российских судах на основании Конвенции ООН 2004 г., имплементированной в отечественное право.

Международные двусторонние договоры РФ о взаимной защите и поощрении инвестиций (США, Венгрия, Южная Корея) устанавливают взаимный (договорный) отказ субъектов договора от государственных иммунитетов, наличие арбитражной оговорки в пользу иностранного коммерческого арбитража (в основном, Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты). При возникновении спора нет необходимости заключать дополнительное арбитражное соглашение. Стороны вправе сразу же передать спор в органы международного коммерческого арбитража. Эти соглашения содержат нормы о возможности выбора применимого права сторонами сделки (по существу — отказ государства от коллизионного иммунитета). В торговом договоре СССР с Австрией 1955 г. закреплено (ст. 4): «Споры по торговым сделкам, заключенным или гарантированным на территории Австрии торговым представительством, подлежат, при отсутствии оговорки о третейском разбирательстве, компетенции австрийских судов».

5.5. Международные организации в международном частном праве

5.5.1. Международные организации как субъекты международного частного права

В международной практике широкое распространение получил термин «международное юридическое лицо». Этот термин применяется к юридическим лицам публичного права, которые созданы:

1) непосредственно в силу международного соглашения (межгосударственного, межправительственного, межведомственного): Международный банк реконструкции и развития — МБРР, Европейское общество химической обработки облученных горючих материалов — «Еврохемик»;

2) на основании национального закона одного или более государств, принятого в соответствии с международным договором (Европейское общество по финансированию закупок железнодорожного оборудования — «Еврофирма», Банк международных расчетов — БМР).

Национальные юридические лица создаются на основе права одного государства. Международные юридические лица представляют собой «межнациональные» (транснациональные) объединения, и их личным законом не может быть право одного государства. Как правило, личный закон и личный статус международных юридических лиц установлены в соответствующем международном соглашении. Международные юридические лица — носители прав и обязанностей цивилистического характера, возникающих в международном обороте, обладают обособленным имуществом, могут от своего имени приобретать имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в качестве истцов или ответчиков по частноправовым спорам в правоприменительных органах¹.

Основная разновидность международных юридических лиц — это международные организации. Понятие «международная организация» включает в себя и международные межправительственные (ММПО), и международные неправительственные (МНПО) организации. Термин «международные межправительственные организации» впервые появился в 1940 г. по отношению к Международному институту по унификации частного права (УНИДРУА). В консультативном заключении Международного Суда ООН 1949 г. закреплена возможность признания международных организаций субъектами международного права.

Международные межправительственные организации — традиционные, основные, типичные, вторичные, производные, отраслевые, несuverенные, правосоздающие и правоприменяющие субъекты международного публичного права. Они создаются государствами (вторичные субъекты) и получают качество международной правосубъектности по прямому волеизъявлению государств (производные субъекты). ММПО не обладают ни территорией, ни населением, поэтому являются несuverенными субъектами, и в силу объективных причин могут обладать только отраслевой правосубъектностью. С момента своего появления (XIX в.) ММПО являются постоянными участниками международных отношений; их количество роль и значение имеют тенденцию к возрастанию. В связи с этим ММПО — это типичные субъекты международного права.

Международные неправительственные организации — нетрадиционные, неосновные, нетипичные, вторичные, производные, несу-

¹ Лукашук И. И. Международное право в судах государств. СПб., 1993.

веренные, правоприменяющие (но не правосоздающие) субъекты международного публичного права. Они обладают ограниченной международной правосубъектностью.

Международные организации (и ММПО, и МНПО) — субъекты международного права особого рода. Они создаются для выполнения конкретных задач и могут вступать только в те правоотношения, которые определены их функциями и задачами и соответствуют их уставу. Компетенция организации ограничена целями, во исполнение которых она создана. В доктрине международного права существуют концепции уставной, подразумеваемой и имманентной компетенции ММПО.

Основой международной правосубъектности государства является его суверенитет; основой правосубъектности международной организации — те полномочия, которыми ее наделили государства-члены. Правосубъектность международных организаций имеет ограниченный и специальный характер. Организации обладают международной договорной правоспособностью, однако их право на участие в международных договорах ограничено, так как они вправе участвовать в заключении международных соглашений по строго определенному кругу вопросов.

Международно-правовой статус международных организаций регулируется Венскими конвенциями о представительствах государств в их отношениях с международными организациями универсального характера (1975) и о праве международных договоров между государствами и международными организациями и между международными организациями (1986), Конвенцией о правовом статусе, привилегиях и иммунитетах межгосударственных организаций, действующих в определенных отраслях сотрудничества (1980). Устав (учредительный акт) международной организации — это *международный договор sui generis* (особого рода), заключенный государствами-членами ММПО.

Международные организации — субъекты не только международного публичного, но и международного частного права. Каждая организация обладает совокупностью прав и обязанностей, свойственных юридическому лицу, имеет частноправовой статус. Это международное юридическое лицо, созданное на основе международного договора, а не на основе национального законодательства. Статус организации как юридического лица закреплён в международно-правовых актах (ст. 104 Устава ООН, ст. 105 Конвенции о привилегиях и иммунитетах ООН (1946)). В учредительных документах организаций фиксируется их гражданско-правовая правоспособность (ст. 104 Устава ООН, ст. 12 Устава ЮНЕСКО). Уставы некоторых специализированных учреждений системы ООН (ВПС, МСЭ) не содержат поло-

жений о статусе этих организаций в международных невластных отношениях. Однако международная практика по заключению гражданско-правовых сделок позволяет сделать вывод о том, что и они выступают в качестве юридических лиц¹.

Как юридическое лицо, международная организация правомочна вступать в гражданско-правовые сделки, приобретать имущество на праве собственности или аренды, возбуждать дела в суде и арбитраже, быть стороной в судебном процессе, субъектом авторского права, участником совместного предприятия.

Государства — члены межправительственных организаций признают, что международные учреждения имеют статус юридических лиц. Государства включают в национальное право положения, что международная организация действует на территории этой страны как юридическое лицо (США, Великобритания). Закон Великобритании о международных организациях (1981) предусматривает, что на территории Великобритании в качестве юридического лица может действовать любая межправительственная организация, в том числе и та, в которой Соединенное Королевство не участвует. Юридический комитет ООН провел анализ международной арбитражной и национальной судебной практики на предмет установления случаев отказа в признании статуса юридического лица за международными организациями. Был сделан вывод, что судебная и арбитражная практика не знает примеров такого отказа².

Международные организации представляют собой юридические лица особого рода — международные юридические лица. Организации возникают в рамках международного правопорядка, поэтому качество юридического лица возникает у них на основе международного публичного права: частноправовой статус организации закреплён в ее уставе (ст. 7 Устава МБРР, ст. 39 Устава МОТ, ст. 16 Устава МАГАТЭ, ст. 9 Устава МВФ). Статус организаций как международных юридических лиц закрепляется в международных соглашениях и в правовых актах, принимаемых самими организациями.

Международная организация получает статус юридического лица с момента регистрации ее устава либо включения в реестр юридических лиц в государстве по месту нахождения ее штаб-квартиры. Необходимо учитывать, что гражданская правоспособность организации определяется не национальным, а международным правом, и имеет серьезную специфику. Международная организация — субъ-

¹ Лантнев А. М. Организации ООН в системе международного частного права, М., 2003.

² Рубанов А. А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984.

ект международного публичного права и обладает привилегиями и иммунитетами (собственности, от национальной юрисдикции, от применения национального права). Вступление организации в частноправовые отношения предполагает отказ от этих привилегий и иммунитетов. Международные организации как международные юридические лица имеют осложненный, двойственный правовой статус.

Международно-правовое существование и деятельность международных организаций невозможны без их участия в гражданских правоотношениях. Объем и виды частных сделок международных организаций разнообразны: покупка и аренда недвижимости, покупка офисного оборудования, покупка услуг (эксперты, переводчики, консультанты), заключение трудовых контрактов. Эти сделки оформляются в традиционной форме договоров подряда, купли-продажи, аренды. Для многих коммерческих фирм заключение контрактов с ММПО считается особо престижными операциями, поэтому многие из таких контрактов заключаются на конкурсной и аукционной основе.

5.5.2. Привилегии и иммунитеты международных организаций

Международные межправительственные (и некоторые неправительственные) организации на территории государства пребывания пользуются привилегиями и иммунитетами с целью нормального и беспрепятственного выполнения своих функций. Приобретая собственность на имущество, находящееся в разных странах, заключая сделки имущественного характера с гражданами различных государств, международные организации не подчиняют свои отношения ни национальному праву, ни национальной юрисдикции какого-либо государства¹. Международная организация не может быть привлечена к разбирательству в национальном суде в качестве ответчика; в отношении ее собственности не применяются меры принуждения по предварительному обеспечению иска и принудительные меры по исполнению судебного решения. Имущество международной организации, даже находящееся в руках третьих лиц, не может быть предметом виндикации, на него не может быть обращено взыскание.

Объем привилегий и иммунитетов различных международных организаций различен, они имеют неодинаковые привилегии и иммунитеты. Наибольшим объемом пользуются ООН и ее специализированные учреждения.

Привилегии и иммунитеты ООН практически совпадают с привилегиями и иммунитетами дипломатических представительств.

¹ Там же.

Конвенция о привилегиях и иммунитетах ООН (1946) — привилегии и иммунитеты ООН имеют функциональный характер (предоставляются для достижения целей, поставленных перед ООН). ООН обладает рядом дополнительных привилегий: пользуется неприкосновенностью помещений, переписки, архивов, документов, собственности, имеет право пользоваться шифром и курьерами, флагом и эмблемой, освобождена от налогов и таможенных пошлин.

Конвенция о привилегиях и иммунитетах ООН (1946) предусматривает функциональный иммунитет для сотрудников ООН. Они освобождены от юрисдикции государства пребывания в отношении действий, совершенных при исполнении служебных обязанностей; пользуются налоговым иммунитетом, таможенными и другими льготами. Эксперты ООН пользуются привилегиями и иммунитетами при выполнении своих служебных функций. Привилегии и иммунитеты предоставляются сотрудникам ООН для выполнения их функций, а не для личных выгод (разд. 20 Конвенции 1946 г.).

Привилегии и иммунитеты специализированных учреждений ООН и их сотрудников установлены в Конвенции о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений ООН 1947 г. Практически это те же привилегии и иммунитеты, которыми пользуется ООН, — неприкосновенность помещений, архивов, переписки и т.п. В полном объеме дипломатическими привилегиями и иммунитетами пользуются высшие исполнительные лица каждого специализированного учреждения и члены их семей. Другие сотрудники, как и сотрудники ООН, обладают функциональным иммунитетом.

В 1994 г. была принята Конвенция о безопасности персонала ООН и связанного с ней персонала. Конвенция закрепила нормы об уголовной ответственности лиц, посягающих на персонал ООН (как на лиц, пользующихся международной защитой).

Государственные иммунитеты базируются на принципе суверенитета. Иммунитеты международной организации возникают на договорной основе в силу функциональной необходимости¹. Международные организации наделяются иммунитетами с целью создания такого статуса, при котором организация сможет беспрепятственно осуществлять свои полномочия, оставаясь независимой от действия национального права и судопроизводства отдельных государств.

Основа функциональной природы иммунитетов международных институтов:

1. Иммунитет способен защитить организацию от контроля со стороны отдельных государств.

¹ Лантес А. М. Организации ООН в системе международного частного права, М., 2003.

2. Иммунитет позволяет международной организации иметь собственные материальные ресурсы, не подпадающие под действие контрольных механизмов государства, на территории которого находится штаб-квартира организации.

3. Иммунитет позволит уберечь организацию от бремени налогов в пользу казны отдельного государства.

Функциональная природа иммунитетов отражена в положениях Устава ООН, посвященных статусу международной организации как юридического лица: ООН пользуется на территории государств-членов такими правоспособностью, привилегиями и иммунитетами, которые необходимы для выполнения ее функций и достижения ее целей (ст. 104, 105).

Соглашение между ООН и Правительством США относительно места пребывания Центральных учреждений ООН 1947 г. предусматривает иммунитет Центральных учреждений ООН от юрисдикции США (изъятие из сферы действия национального законодательства и неподсудность гражданско-правовых споров с участием ООН национальным судам США). Обращение к американскому закону возможно лишь в случае отсутствия особых внутренних правил ООН. Американское законодательство может применяться к сделкам ООН только, если оно не противоречит внутренним правилам ООН (разд. 7 Соглашения). Законодательству США отводится вспомогательная роль, оно действует в качестве дополнения к правилам международной организации и постольку, поскольку какие-либо вопросы не урегулированы этими правилами.

Иммунитет от судопроизводства предопределяет, что американские суды имеют власть над актами, совершенными в районе ООН, только с согласия или по требованию самой ООН (разд. 8 Соглашения). Аналогичный статус на территории Швейцарии (Женева) имеет Европейское бюро ООН.

Международные учреждения последовательно отстаивают свое право на иммунитет в гражданско-правовых отношениях. Международная организация вправе сама отказаться от иммунитетов. Этот вопрос решается каждой организацией применительно к конкретной ситуации. Предложение об отказе от иммунитетов может поступить в адрес международной организации со стороны третьих лиц. Например, такое предложение может сделать национальный суд, усматривающий, что применение иммунитетов может противоречить нормам общечеловеческой морали, например, к межправительственной организации предъявляется иск явно пострадавшей стороной и иммунитет не позволяет возместить ей ущерб¹.

¹ Там же.

В связи с законодательным закреплением концепции функционального иммунитета в судах некоторых государств был поднят вопрос о применении доктрины ограниченного иммунитета и к международным организациям. В 1980 г. Апелляционный суд США (округ Колумбия) принял к рассмотрению иск Броудбейта к Организации американских государств. ОАГ выступила с утверждением абсолютного иммунитета межправительственной организации. Апелляционный суд США поддержал эту позицию, заметив, что «международные организации утверждаются на основании международного договора и в силу этого находятся по сравнению с суверенными государствами в ином положении в том, что касается вопроса об иммунитете. Суд убежден, что международные организации обладают иммунитетом от любой формы судебного вмешательства за исключением случаев, когда этот иммунитет положительно отвергается в договоре или ясно ограничивается в акте об учреждении международной организации»¹.

Российское законодательство устанавливает: «Судебный иммунитет международных организаций определяется международным договором Российской Федерации и федеральным законом» (ч. 2 ст. 251 АПК РФ). Юрисдикция российских арбитражных судов возможна, если отказ от судебного иммунитета произведен в порядке, предусмотренном правилами международной организации (ч. 3 ст. 251 АПК РФ). Гражданско-процессуальное законодательство решает этот вопрос несколько иначе: об отказе от иммунитета не говорится ничего, а международные организации подлежат юрисдикции российских судов по гражданским делам в пределах, определенных международными договорами РФ и федеральными законами (ч. 2 ст. 401 ГПК РФ).

В доктрине признается необходимость соблюдения принципа абсолютного иммунитета в отношении международных организаций.

1. Иммунитет организации закрепляется в международном договоре, обязательном для соблюдения государствами-участниками независимо от сферы деятельности организации.

2. Иммунитет организации имеет функциональный характер, при его нарушении международное учреждение может утратить способность к реализации своих функций.

Секретариат ООН неоднократно подчеркивал, что иммунитеты международных организаций могут пониматься и применяться только как абсолютные, поскольку они имеют договорное происхождение и функциональный характер. Ограничение иммунитета

¹ Там же.

международной организации означает нарушение международного договора.

В настоящее время международные организации накапливают значительные средства в коммерческих банках, которые стремятся избежать соблюдения иммунитетов по отношению к этим вкладам и распространить на них принципы обслуживания, которые применяются в отношении вкладов иных юридических лиц. Некоторые национальные суды высказываются за применение ограничения иммунитетов международных организаций, если они участвуют в международной коммерческой деятельности¹.

Практически невозможно выявить общие критерии разграничения публично-правовой и частноправовой компетенции международной организации, определить сферы ее деятельности, к которым неприменимы международные иммунитеты. Абсолютный иммунитет международной организации, занимающейся коммерческой деятельностью, нарушает общие принципы права и ставит частных контрагентов в неблагоприятное положение. Оптимальное решение проблемы — установление обязательной юрисдикции международных правоприменительных органов в отношении деятельности международных организаций, не связанной с выполнением их международных публичных функций. Споры из такой деятельности должны рассматриваться в Европейском суде, в Страсбургском суде по правам человека, в Арбитражном суде при Международной торговой палате.

5.5.3. Коллизионное регулирование частноправовых отношений международных организаций

Ранее было принято считать, что личный закон международных организаций как субъектов гражданских правоотношений определяется на основе теории оседлости: международная организация — юридическое лицо права того государства, на чьей территории расположена ее штаб-квартира (НАТО — юридическое лицо бельгийского права, СНГ — юридическое лицо белорусского права, Совет Европы — юридическое лицо французского права).

В настоящее время в практике и доктрине господствует иная точка зрения. Международные организации возникают в рамках международного правопорядка и получают качество юридического лица на основе международно-правовых норм. Право, на основе которого возникает и действует международная организация, «должно иметь международный характер; им не может быть территориальное право местонахождения штаб-квартиры межправительственной организации или какой-либо другой системы мунци-

¹ Лихачев В. Н. Установление пробелов в современном международном праве. Казань, 1989.

ципального права. В противном случае будет нарушен международный характер... организации... Персональное право... организации состоит из международных правил, применимых потому, что принципы их деятельности не могут быть подчинены какому-либо муниципальному праву как таковому»¹. Доказательства правоспособности той или иной конкретной организации содержатся прежде всего в договоре о ее учреждении².

Международные организации создаются в целях удовлетворения общих интересов, не имеющих национального характера. Общие цели, для достижения которых создается международная организация, требуют исключить возможность контроля со стороны какого-либо государства. Подчинение организации национальному праву может рассматриваться как форма такого контроля. Полностью справедливой представляется точка зрения, согласно которой несмотря на то, что в международных договорах международные организации наделяются правами юридического лица, для определения их частноправовой правосубъектности неприменима коллизийная привязка к закону национальности юридического лица, равно как и сам термин «национальность»³.

В ГК Португалии установлена специальная норма «Международные коллективные лица» (ст. 34). Личным законом международных коллективных лиц является закон, указанный в конвенции, согласно которой они созданы, или в соответствующих уставах, а при отсутствии указания применяется закон страны, где находится главное место нахождения такого лица. Таким образом, применение какого-либо национального права как личного закона международной организации возможно, но только как субсидиарного права первой степени.

В Российской Федерации гражданско-процессуальная правоспособность международной организации устанавливается на основе международного договора, в соответствии с которым она создана, ее учредительных документов или соглашения с компетентным органом РФ (п. 3 ст. 400 ГПК РФ). Толкование этой нормы позволяет утверждать, что личный закон международной организации определяется не по праву страны места нахождения штаб-квартиры организации, а на основании международно-правовых актов.

В настоящее время частноправовая правосубъектность международных неправительственных организаций определяется их

¹ Черниченко С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. М., 1993.

² Броунли Я. Международное право / пер. с англ. М., 1977.

³ Кохненко О. А. Проблема определения личного закона международной неправительственной организации // Журнал международного права и международных отношений. 2009. № 3.

учредительными актами, соглашениями об условиях пребывания и международными договорами. Указание на право, подлежащее применению для определения гражданской правоспособности и дееспособности ММПО, целесообразно рассматривать в качестве коллизионной привязки «личный закон международной межправительственной организации»¹.

Однако личный закон «международных должностных лиц» (сотрудников международных организаций) определяется по их национальному праву. Например, в Мексике состояние и дееспособность физических лиц определяются правом их места жительства (ст. 13 ГК). Законным местом жительства лиц, которые пребывают в стране при осуществлении должностных функций для какой-либо международной организации, считается место жительства, которым они обладали до упомянутого назначения (ст. 31).

Проблема регулирования деятельности международной организации национальным правом какого-либо государства возникает в следующих случаях:

- 1) совершение гражданско-правовых сделок;
- 2) заключение трудовых контрактов;
- 3) представление документов организации в национальные компетентные органы.

Гражданско-правовые отношения международных организаций регламентируются посредством комбинированного правового комплекса. Составные элементы этого комплекса:

- 1) нормы международного публичного права (положения международных соглашений о месте пребывания штаб-квартиры организации);
- 2) внутреннее право международной организации (например, финансовые правила ООН);
- 3) положения национального права (как правило, страны места пребывания штаб-квартиры организации) — например, земельный кадастр.

Международные организации заключают разнообразные гражданско-правовые контракты: аренда и содержание помещений, закупка канцелярских товаров и оборудования, поставка материалов и оборудования, перевод документов, использование услуг консультантов. Специфика этих договорных отношений — одной из сторон выступает международное юридическое лицо, защищенное иммунитетами.

В доктрине признается, что к сделкам с участием международных организаций применяются коллизионные привязки «закон места подписания акта» и «закон автономии воли». Однако эти традицион-

¹ Там же.

ные коллизионные принципы в подобных сделках трактуются значительно шире, чем при заключении контрактов между национальными юридическими лицами. Права и обязанности международной организации как юридического лица определяются международным правом, поэтому коллизионное регулирование гражданских правоотношений с участием ММПО подчиняется не только национальному, но и международному праву.

В 1975 г. Комитет по контрактам Секретариата ООН разработал Типовые правила и образцы контрактов для международных организаций системы ООН. В специальном заключении Юридического отдела Секретариата ООН (2002) подчеркивается, что последней тенденцией в контрактной практике ООН «является стремление избежать, когда это возможно, ссылки на любое конкретно применяемое право, в особенности на любую внутригосударственную систему права». Наиболее приемлемой считается отсылка к внутреннему праву данной организации.

Форма и порядок заключения контрактов международными организациями определяются на основе внутреннего права организации. В соответствии с Типовыми правилами контракт должен быть подписан уполномоченным помощником главного должностного лица организации. В ООН таким помощником является глава Управления общего обслуживания. Им подписываются контракты на сумму до 10 тыс. долл. Сделки на сумму свыше этой суммы заключаются с разрешения Комитета по контрактам ООН. Несоблюдение данных условий влечет недействительность контракта¹.

Генеральная коллизионная привязка договорных отношений — автономия воли сторон — широко применяется к сделкам с участием международных организаций. Организации вправе подчинять свои контракты любому национальному праву, избранному по соглашению с партнером. Ранее коммерческие контракты международных организаций содержали положения о применении законодательства страны места пребывания штаб-квартиры организации, или страны места подписания контракта, или права, избранного по желанию сторон.

В последнее время в международных организациях сложилась иная практика: организации стремятся избежать подчинения своих коммерческих контрактов национальному законодательству. Административные органы международных учреждений утверждают необходимость отказа от применения национального права. Согласно заключению Юридического отдела Секретариата ООН ни в Уставе ООН, ни в процедурных правилах ее органов, ни в междуна-

¹ Лантес А. М. Организации ООН в системе международного частного права, М., 2003.

родных договорах не содержится норм, указывающих на конкретную правовую систему, применимую к частноправовым сделкам ООН. Секретариат рекомендует всем организациям заключать гражданско-правовые соглашения на основе внутренних правил межправительственных организаций.

Современная контрактная практика международных организаций демонстрирует устойчивую тенденцию отказа от применения национального права и подчинения сделки международному праву, общим принципам права, общим принципам международного права, *lex mercatoria*.

Коллизийные вопросы «международных трудовых контрактов» решаются на основе уставов и внутренних документов международных организаций. Например, в ст. 101 Устава ООН подчеркивается: персонал ООН назначается Генеральным Секретарем согласно «Правилам о персонале Организации Объединенных Наций», утвержденным Генеральной Ассамблеей.

Отдельные положения «Правил о персонале Организации Объединенных Наций» включаются в международные соглашения. В Соглашение ЮНЕП (Программа ООН по окружающей среде) с Ливией включен раздел, посвященный специалистам младшей категории. «Младшие сотрудники категории специалистов» на территории Ливии действуют на основе права ЮНЕП. На «младших сотрудников категории специалистов на период их назначения в Программу Организации Объединенных Наций по окружающей среде в качестве гражданских служащих распространяется действие Правил и Положений о персонале ООН»¹.

Документы международных организаций принимаются в соответствии с правилами и процедурами, принятыми в организациях. Документы не должны подвергаться редактированию, цензуре, отмене со стороны исполнительных, административных и судебных органов государств — членов этих организаций. В ст. 100 Устава ООН закреплено, что функции Генерального Секретаря (и возглавляемой им службы) носят международный и независимый характер. Данное положение включено в Конвенцию о привилегиях и иммунитетах ООН, в соглашения специализированных учреждений ООН с государствами-членами. Соглашения содержат формулировки о неприкосновенности документов международных организаций.

Международные организации обладают многими видами собственности: зданиями, имуществом, морскими судами, летательными аппаратами, автомобилями, банковскими вкладами, ценными бумагами. На это имущество не может быть наложен арест,

¹ Черниченко С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. М., 1993.

оно не может быть конфисковано, национализировано, экспроприровано, реквизировано. Собственность международных организаций не подлежит публичной продаже или иным действиям подобного характера, предусмотренным национальным законодательством. Иммунитет собственности международных организаций предусмотрен во многих международных соглашениях: Конвенция о привилегиях и иммунитетах ООН устанавливает, что имущество и активы ООН не подлежат обыску, реквизиции, конфискации, экспроприации и какой-либо иной форме вмешательства путем исполнительных, административных и судебных действий.

Соглашение ЭКОСОС с Ираком о штаб-квартире Экономической комиссии для Западной Азии декларирует «освобождение имущества ООН от обыска, конфискации, ареста, экспроприации; свободное открытие счетов в любом банке, обладание фондами в любой валюте; свободный ввоз и вывоз валютных средств; освобождение от налогов, таможенных сборов», ограничений на экспорт и импорт аудио- и видеотехники, аудио- и видеокассет.

В международных соглашениях оговаривается освобождение собственности международных организаций от налогообложения. Этому вопросу уделяется особое внимание: как правило, освобождению от налогообложения посвящается отдельный раздел соглашения. Соглашение ООН с Грецией, касающееся штаб-квартиры Сектора координации для плана действий в отношении Средиземноморья, предусматривает, что «активы сектора освобождаются от всех форм прямых налогов...» (ст. 8). Сектор координации освобождается от части косвенных и документальных налогов, регистрационных сборов, таможенных пошлин и сборов, ограничений на экспорт и импорт. В Соглашении закрепляется, что «Сектор может свободно закупать любую валюту по разрешенным каналам, держать и распоряжаться ею; производить операции по счетам в любой валюте; закупать по разрешенным каналам, держать и распоряжаться фондами, акциями и золотом; переводить свои фонды, акции, золото и валюту в Греческую республику и за ее пределы, в любую другую страну и из нее или в пределах Греческой республики». Правительство Греции берет на себя обязательство предоставлять наиболее благоприятные условия в отношении обменных курсов, банковских комиссионных при операциях обмена.

На практике имеют место довольно многочисленные нарушения иммунитета собственности международной организации — аресты банковских вкладов, ограничения, налагаемые национальными таможенными службами на товары, импортируемые межправительственными организациями. В случаях нарушения иммунитета соб-

ственности международная организация делает заявление по дипломатическим каналам правительству государства-члена. Как правило, конфликт разрешается по взаимному согласию сторон без обращения к арбитражной или судебной процедуре¹.

Право собственности международной организации закрепляется в договоре организации с государством ее места пребывания (соглашения между ООН и Швейцарией, между Францией и ЮНЕСКО). Международный характер собственности межправительственных организаций порождает специфические коллизионные проблемы. Исходное начало коллизионного регулирования права собственности, признанное и по отношению к имуществу международных организаций, — применение права места нахождения вещи. Однако международный характер собственности требует трансформации общей коллизионной привязки в специальные — место нахождения штаб-квартиры организации, место регистрации собственности, место нахождения вещи в международном районе. Такая трансформация традиционных коллизионных принципов означает применение к регулированию права собственности ММПО внутренних правил самой организации. Точно так же принято трактовать закон места заключения сделки — закон места заключения контракта в международном районе.

Согласно Соглашению между ООН и Правительством Швейцарии ООН владеет в Женеве (район Ариана) строениями, может возводить здания и сооружения для своих нужд, но право собственности на землю остается у кантона Женева. Другие организации — МОТ, ВОЗ, ВМО — в этом же районе владеют землей и строениями. ЮНЕСКО заключила договор с Правительством Франции о земельной аренде на 99 лет. Строения, возводимые на этой земле, принадлежат организации, которая имеет право заключать договоры субаренды, передавать часть земли другим специализированным учреждениям ООН, сдавать помещения внаем.

В недавнем прошлом доктрина утверждала, что коллизионное начало закон места нахождения вещи «полностью применяется к сделкам, в которых международная организация выступает как юридическое лицо. Если международная организация располагает собственностью и желает ее защитить, то она должна признать закон места нахождения вещи»². Практика подчинения собственности организаций национальному праву на основе принципа места

¹ Лаптев А. М. Организации ООН в системе международного частного права, М., 2003.

² Черниченко С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. М., 1993.

нахождения вещи была связана с вопросами правопреемства ООН собственности от Лиги Наций. Например, земля и здания в Женеве были зарегистрированы в Женевском земельном регистре как собственность Лиги Наций. В 1946 г. был оформлен протокол передачи этой собственности МОТ. Процедура передачи соответствовала швейцарскому праву, правовой статус недвижимостей МОТ также регулировался швейцарским правом.

В 1960 г. ВОЗ подписала Протокол о праве на владение строениями в кантоне Женева. В документах указывалось, что юридический статус собственности определяется по праву Швейцарии; арбитражное рассмотрение споров, связанных с этой собственностью, строится на основе швейцарского права и «общих принципов права». Указание о применении национального права страны места регистрации собственности международных организаций содержится в договорах между МБРР, МВФ и штатом Нью-Йорк, ЮНЕСКО и Францией.

Во второй половине 1960-х гг. правовой режим собственности международных организаций изменился: из договоров организаций с государствами их места нахождения исключаются положения о применении национального права. В настоящее время большинство соглашений о штаб-квартирах международных организаций не предусматривают обязательного применения к гражданско-правовым соглашениям организаций и к их собственности национального права государства места нахождения штаб-квартиры (соглашениях между ФАО и Италией, ИКАО и Канадой). В доктрине отказ от включения в договоры формулировок о применении национального права объясняется тем, что международные организации — это международные юридические лица, пользующиеся привилегиями и иммунитетами:

1. Собственность находится во владении или пользовании международного юридического лица.

2. Применение национального права противоречит положениям о международных иммунитетах, включенным во многие международные соглашения этих юридических лиц.

Международные организации обладают правом «искать и отвечать в суде» (ст. 104 Устава ООН). Наличие этого права подчеркивается в консультативных заключениях Международного Суда ООН (1949 г. — «дело Бернадотта» о возмещении ущерба, понесенного на службе ООН). Предпочтение отдается разрешению споров путем обращения в международные правоприменительные органы. Международные организации практически не обращаются в национальные суды.

Обращение частных лиц в национальный суд с иском к международной организации влечет отказ в принятии иска (судебный иммунитет международной организации). Национальная судебная практика довольно единообразна: заявителю дается ответ, что суд не может принять иск к рассмотрению, так как международная организация обладает иммунитетом от рассмотрения исков гражданско-правового характера в национальных судах (решение гражданского суда Версаля по иску гражданина Шемидмена к Международному бюро мер и весов (1945); постановление Верховного суда Мексики по иску гражданина Диаса к Экономической комиссии для Латинской Америки (1953)). Обоснование отказа в принятии иска — формулировка о том, что суд не «обладает юрисдикцией в отношении спора в силу иммунитета организации»¹.

Международные организации — это международные юридические лица, т.е. юридические лица особого рода, обладающие иммунитетами и создающие собственные правовые нормы. Эти нормы включаются в общую систему регулирования международных частноправовых отношений и оказывают модифицирующее влияние на действие традиционных коллизионных принципов. «Закон места нахождения вещи» может толковаться как «закон места нахождения вещи в международном районе». К регулированию правового положения такой собственности должны привлекаться правила международной организации. Привязка «закон места подписания контракта» может толковаться как «закон места подписания контракта в международном районе».

Договорные отношения международных организаций регулируются на основе закона автономии воли сторон. В отсутствие выбора применимого права коллизионное регулирование предполагает использование принципа наиболее тесной связи. Практика гражданско-правовых контрактов международных организаций свидетельствует, что в таких ситуациях принцип наиболее тесной связи имеет в виду международное право, внутреннее право организации, общие принципы права. Национальное право, определенное на основе критерия характерного исполнения или места нахождения вещи, применяется довольно редко.

Контрольные вопросы

1. Как можно определить правовой статус физических лиц как субъектов МЧП?
2. Как можно определить правовой статус юридических лиц как субъектов МЧП?

¹ Лантес А. М. Организации ООН в системе международного частного права. М., 2003.

3. Как можно определить правовой статус государства как субъекта МЧП?
4. Как можно определить правовой статус международных организаций как субъектов МЧП?
5. Что представляют собой офшорные зоны и офшорные юрисдикции?
6. Как можно определить правовой статус ТНК в аспекте МЧП?

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- специфику вещных прав в национальном и международном праве;
- коллизионные вопросы права собственности;
- порядок правового регулирования иностранных инвестиций;
- специфику национализации в МЧП;
- правовое положение иностранных инвестиций в свободных экономических зонах;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

6.1. Вещные права в национальном и международном праве

Вещное право — это «совокупность правовых норм, регулирующих такие имущественные отношения, в которых управомоченные лица могут осуществлять свои права на имущество (вещи), не нуждаясь в положительных действиях других лиц»¹. Признаки вещных прав:

¹ Александрова С. П. Гражданское право. Общая часть : учеб. пособие. СПб., 1997.

1. Вещные права прямо предусмотрены нормами гражданского права, т.е. лицо не вправе по своему усмотрению создавать новые разновидности вещных прав (замкнутый круг вещных прав).

2. Вещное право — это абсолютное право, т.е. его обладателю противостоит неограниченный круг субъектов, на которых лежит обязанность не нарушать правомочия носителя вещного права.

3. Вещное право следует за вещью при ее переходе к другим лицам (право следования). Собственник вещи, выбывшей из владения помимо его воли, продолжает оставаться собственником и вправе истребовать ее из чужого незаконного владения.

4. Для вещных прав характерно право преимущества. При возникновении противоречий между вещными правами и обязательственными приоритет отдается вещным правам.

5. Объект вещных прав — индивидуально-определенные вещи. Этим определяется наличие специфических способов защиты вещных прав.

Право собственности является основополагающим в числе прочих вещных прав, это центральный институт вещного права. Юридическое содержание правоотношения собственности раскрываются через совокупность субъективных исключительных правомочий собственника, с помощью традиционной «триады»: владения, пользования и распоряжения.

В соответствии с п. 2 ст. 209 ГК РФ собственник вправе передавать свои правомочия владения, пользования и распоряжения принадлежащим ему имуществом другим лицам, оставаясь при этом его собственником. На этом принципе основано (п. 4 ст. 209 ГК РФ) доверительное управление, т.е. возможность передать свое имущество другому лицу, что не влечет перехода к доверительному управляющему права собственности на переданное имущество (п. 1 ст. 1012 ГК РФ). В соответствии с ГК РФ доверительное управление является институтом обязательственного, а не вещного права. Это отличает институт доверительной собственности от траста, который предусмотрен англо-американским правом.

Западная доктрина рассматривает право собственности как наиболее полное господство над вещью. ФГК определяет собственность, как «право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом». Такое же понимание собственности закреплено в ГГУ: «Собственник вещи может... распоряжаться вещью по своему усмотрению и устранять других лиц от всякого на нее воздействия». Сходная формулировка содержится в Швейцарском гражданском уложении 1907 г.

Провостепенное деление вещей — вещи телесные и бестелесные. Западная доктрина относит к «бестелесному» имуществу круг прав

на технические и нетехнические объекты промышленной собственности (изобретения, промышленные образцы, товарные знаки, фирменные наименования) и круг прав на объекты финансовой и коммерческой собственности (облигации, векселя, чеки, паи).

Особое значение имеет отнесение к категории бестелесного имущества прав из ценных бумаг и оборотных документов, которые именуются «финансовая и коммерческая собственность». Финансовая собственность — это денежные бумаги (облигации, векселя, чеки), а также документы, выражающие право участия в обществах или компаниях (паи, акции). Коммерческая собственность — это товарораспределительные документы, выражающие право на получение товаров (коносаменты, накладные, свидетельства товарного склада).

Основная классификация объектов вещного права — деление вещей на движимое и недвижимое имущество. Под недвижимыми понимаются вещи, находящиеся в одном и том же месте, обладающие индивидуальными признаками и являющиеся незаменимыми. Движимые вещи переместимы и в большинстве случаев могут быть заменены другими однородными вещами.

Французское законодательство относит к недвижимым вещам «по их природе» землю и связанные с ней строения, урожай на корню, леса. К недвижимым вещам «по их назначению» закон относит машины, инструменты и сырье, используемые на предприятиях, сельскохозяйственные орудия и скот в имении. Если эти объекты выделить из состава имения, они станут движимыми. Под понятие недвижимости подпадают установленные на землю права — сервитуты, узуфрукт, ипотека. Остальные виды имущества, в том числе и бестелесные, являются движимыми.

В Англии и большинстве штатов США термины движимое и недвижимое имущество применяются судами, если идет речь об отношениях, связанных с иностранным правопорядком. Во внутренних отношениях такое деление значения не имеет. Реальное (недвижимое) имущество — земля и неразрывно связанные с ней объекты. К реальному имуществу относятся здания, урожай на корню, скот на ферме. Остальное имущество относится к персональному (движимому).

Право собственности сильно «привязано» к национальной правовой системе, поэтому его чрезвычайно сложно унифицировать. Для германской правовой подсистемы характерно учение об абстрактных вещных договорах, для стран общего права — институт траста. С точки зрения английского права лицензия является имущественным правом. По российскому законодательству лицензия не может быть имущественным правом и не имеет денежной оценки.

Скандинавским странам присуща унификация актов и норм о векселях, торговых знаках, торговом реестре. Единый проект закона о купле-продаже движимого имущества вступил в силу в Швеции в 1905 г., в Дании — в 1906 г., в Норвегии — в 1907 г., в Исландии — в 1972 г. Такой же путь пройден законом о договорах и других сделках в области вещного права¹. Одна из попыток унификации права собственности — Гаагская конвенция о праве, применимом к трастам, и их признании (1985). Конвенция вступила в силу, однако из развитых стран ее подписали (но не ратифицировали) только США и Франция. Конвенция представляет собой основу международно-правового регулирования коллизионных вопросов трастового права; ее положения — компромисс общего и континентального права. При этом для государств англосаксонской системы права Конвенция недостаточна, а для стран континентального права идет слишком далеко².

На европейском уровне сложилось унифицированное международно-правовое регулирование отношений собственности. Статья 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод (1950): «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества, иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права».

Европейский Суд расширительно толкует понятие имущество, и относит к объектам права собственности любое «частное право, представляющее имущественную ценность» (Постановление ЕСПЧ по делу Ван Марле против Нидерландов (1986)). В концепцию «имущество» попадают:

- 1) требование о возмещении ущерба;
- 2) клиентура компании и предпринимательский интерес;
- 3) право на получение социальных гарантий.

Для квалификации того или иного объекта правоотношения в качестве имущества Судом разработаны критерии:

1. Признак экономической ценности. Имущество обладает экономической ценностью, которая может быть определена в денежной форме на основе объективных критериев

2. Признак реальности. Имущество должно быть наличным и юридически должно принадлежать заинтересованному лицу. Ожидание экономической выгоды имуществом не является.

¹ Тихомиров Ю. А. Коллизионное право : учеб. и научно-практич. пособие. М., 2000.

² Зуев А. Е. Фидуциарные правоотношения: международная практика и российское право (вопросы модальности в праве). М., 2003.

В деле Ван Марле против Нидерландов Суд постановил, что доброе имя (деловая репутация) может рассматриваться как имущество. Экономическая ценность заключается в том, что благодаря своему доброму имени и хорошей деловой репутации заинтересованные лица могут создать клиентуру и деловые связи.

В делах Общество S. и T. против Швеции (Постановление ЕСПЧ от 11 декабря 1986 г.) и Совтрансавто против Украины (Постановление ЕСПЧ от 25 июля 2002 г.) Суд указал на особые свойства акции как объекта собственности. Имуществом являются права, которые удостоверяются акцией, т.е. право на участие в управлении компанией, право на получение дивидендов, право на получение доли имущества компании при ее ликвидации.

6.2. Коллизионные вопросы права собственности

В праве собственности практически невозможна международная унификация гражданских материально-правовых норм. Основную роль в регулировании права собственности и других вещных прав, связанных с иностранным правопорядком, играет национальное коллизионное право.

По отношению к недвижимости господствует принцип, что право собственности на такое имущество подчиняется закону места нахождения вещи: «К вещным правам на недвижимое имущество применяется право места, в котором оно находится» (§ 36 Закона о МЧП Китая). Этот закон определяет содержание права собственности на недвижимость, форму, порядок и условия перехода вещных прав. Данное коллизионное начало является господствующим. В отношении земельных участков закон места нахождения вещи действует особенно жестко. Закон места нахождения вещи регулирует и форму сделок о вещных правах на недвижимость.

Более сложным является решение вопроса коллизионного регулирования движимого имущества (права требования, ценные бумаги, транспортные средства, личные вещи). В большинстве стран исходным коллизионным принципом определения вещных прав на любое движимое имущество признается закон места нахождения вещи: «Возникновение и прекращение вещных прав на имущество устанавливаются правом страны, где находится данное имущество» (ст. 21 Закона о МЧП Азербайджана). Порядок управления общей долевой собственностью подчиняется закону места нахождения предмета общей собственности.

Вещно-правовой статут решает вопросы классификации вещей, их деление на движимые и недвижимые, способность выступать в качестве объекта права собственности и других вещных прав,

содержание права собственности и других вещных прав, порядок и способы возникновения, перехода и прекращения вещных прав, момент перехода права собственности¹. Если право собственности возникло по закону места нахождения вещи, то оно сохраняется и признается при перемещении вещи через границу. Во всех правовых системах признается экстерриториальный характер вещных прав. Однако «при изменении местонахождения вещи права, приобретенные на основании права государства, в котором вещь находилась, не могут осуществляться таким образом, который может привести к нарушению права государства, в котором находится ее новое местонахождение» (ст. 66 Кодекса МЧП Болгарии).

Закон места нахождения вещи определяет объем права собственности. При перемещении вещей из одного государства в другое изменяется и содержание прав собственника; не имеет значения, какое право применялось при возникновении вещных прав и каков личный закон собственника. Право собственности на вещь, приобретенную за границей, признается, но его содержание определяется не законом места приобретения вещи и не личным законом приобретателя, а законом места нахождения вещи².

Однако в настоящее время в отношении вещных прав на движимости допускается автономия воли: «Стороны могут выбрать право, применимое к вещным правам на движимое имущество. Если стороны не осуществили выбор, применяется право места, в котором движимое имущество находилось в момент наступления юридического факта (§ 37 Закона о МЧП Китая).

Принцип закона местонахождения имеет большое значение и при разрешении вопроса защиты добросовестного приобретателя. В странах общего права защита добросовестного приобретателя против виндикационного иска со стороны собственника определяется законом места нахождения вещи в момент приобретения. Во французском праве наблюдается тенденция расширительного толкования этого начала, — законодательство Франции регулирует защиту добросовестного приобретателя любых движимых вещей на территории Франции, даже если в момент предъявления виндикации вещь находится за границей. В ГК Беларуси (ст. 1123) установлено, что к защите права собственности и иных вещных прав применяется по выбору заявителя право страны, где находится имущество, или право страны суда. К защите права собственности и иных вещных прав на недвижимое имущество применяется право страны, в которой это имущество находится.

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Там же.

Вещные права на ценные бумаги подлежат специальному коллизионному регулированию — применяется право места эмиссии ценных бумаг (*lex loci cartae*). Оно охватывает как право на ценную бумагу, так и вытекающее из нее право собственности: «Ценные бумаги регулируются правом государства, на территории которого они были выпущены... обязательства, отличные от основного обязательства, регулируются правом государства, на территории которого каждое из обязательств было принято» (ст. 59 Закона о МЧП Италии).

Если речь идет об именных ценных бумагах, то правообладатели являются и собственниками, поэтому применимое право определяется не по закону места нахождения ценной бумаги, а по *lex causae*. В отношении ценных бумаг на предъявителя «право вытекает из ценной бумаги», поэтому компетентным является также *lex cartae sitae*. При регулировании ордерных (оборотных) ценных бумаг приобретение ценных бумаг (векселей, чеков, коносаментов) в собственность осуществляется по праву их места нахождения. Приобретение товаров, представленных ценными бумагами (распорядительными документами), регулируется правом, которое является компетентным в отношении транспортируемых товаров, — *lex rei sitae* товаров или право страны их назначения¹.

Приобретение, прекращение, изменение прав и распоряжение правами на совместно хранимые ценные бумаги регулируются правом, которое применяется к договору о совместном хранении. Если применяемое право определено не следует из договора, права на совместно хранимые ценные бумаги регулируются правом, с которым существует наиболее тесная связь (§ 44 Закона о МЧП Тайваня).

Опубликование сведений об установлении, передаче и прекращении вещных прав по общему правилу регулируется правом государства, на территории которого имущество находится в момент совершения сделки (ст. 55 Закона о МЧП Италии). К залоговым правам на права применяется право по месту установления залоговых прав (§ 40 Закона о МЧП Китая).

В некоторых странах (Бельгия, Болгария) установлено коллизионное регулирование особой категории вещей — культурное наследие, культурные ценности: «Если вещь, которую государство считает включенной в его культурное наследие, покинула территорию этого государства путем, который считается незаконным, то требование о возврате регулируется правом этого государства, или по выбору последнего, — правом государства, на территории которого вещь находится во время виндикации. Если право государства, которое

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.

считает вещь частью своего культурного наследия, не предоставляет защиты добросовестному приобретателю, последний может испросить защиту, которая ему предоставляется по праву государства, на территории которого вещь находится во время виндикации» (ст. 90 Кодекса МЧП Бельгии).

Национальное законодательство различных государств по-разному решает проблему перехода риска. В некоторых странах используется принцип римского права: риск переходит на покупателя в момент совершения контракта независимо от того, переходит ли в этот момент на покупателя право собственности на проданный товар (*periculum est emptoris*). Этот принцип отражен в законодательстве Швейцарии, Голландии, Японии.

В законодательстве других стран (Великобритания, Франция, ФРГ) действует принцип — риск несет собственник (*res perit domino*). Момент перехода риска совпадает с моментом перехода права собственности. При этом по-разному определяется момент перехода права собственности. Во Франции момент перехода права собственности и риска приобретателя вещи определяется моментом совершения контракта. В английском Законе о продаже товаров (1863) выражен принцип совпадения обоих моментов, однако момент перехода права собственности определяется в соответствии с намерениями сторон (при наличии презумпции, что собственность перешла в момент совершения контракта).

Согласно ст. 223 ГК РФ право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором. В соответствии со ст. 459 ГК РФ риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя с момента, когда в соответствии с законом или договором продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю.

«Переход права собственности и переход риска являются различными гражданско-правовыми категориями, только в первом случае налицо вопрос вещного права, во втором же случае речь идет о праве обязательственного характера»¹. Вопрос о моменте перехода риска имеет самостоятельную коллизионную привязку и этим отличается от вопроса о моменте перехода права собственности. Коллизионный вопрос о переходе риска — вопрос обязательственного статуса. Эта концепция отражена в современном законодательстве — общие положения об обязательствах определяют также: 1) момент, с которого приобретатель или получатель движимого имущества имеет право на продукцию или плоды, полученные от использования вещи;

¹ Луниц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

2) момент, с которого приобретатель либо получатель несет риск, связанный с вещью (ст. 26 Закона о МЧП Македонии).

Гаагская конвенция о праве, применимом к переходу права собственности в случаях международной продажи движимых материальных вещей (1958), устанавливает принципиально различное и самостоятельное коллизионное регулирование для момента перехода права собственности и момента перехода риска. Конвенция регулирует определенные вопросы перехода права собственности не на основании *lex rei sitae*, а на основании обязательственного статута. Возникновение и прекращение права собственности на имущество, являющееся предметом сделки, определяются по праву места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон. Если в соглашении отсутствует оговорка о применимом праве, действует коллизионная привязка к праву места заключения сделки (*lex loci contractus*).

Самостоятельное коллизионное регулирование момента перехода риска и момента перехода права собственности — исходное начало при решении коллизионного вопроса. В международной торговле при применении Инкотермс момент перехода права собственности и момент перехода риска рассматриваются как самостоятельные категории и определяются без использования коллизионных принципов посредством унифицированного материально-правового регулирования. В Инкотермс момент перехода права собственности не учитывается вообще; значение имеет только установление момента перехода риска.

Особой сложностью отличаются случаи, когда предметом сделки является «груз в пути», — движимые материальные вещи, находящиеся в процессе международной перевозки. При совершении сделок по поводу таких вещей практически невозможно определить, на территории какой страны находится вещь в данный момент. Особенности коллизионного регулирования «груза в пути» связаны с тем, что здесь невозможно применение закона места нахождения вещи. По общему правилу, применяются специальные коллизионные привязки — право места нахождения товарораспорядительных документов, право места отправления или назначения груза, личный закон собственника, закон продавца. Наилучший способ регулирования — применение автономии воли сторон: «Стороны могут выбрать право, применимое к возникновению вещных прав на движимые вещи во время их транспортировки. Если стороны не осуществили выбор, применяется право по месту назначения вещи» (§ 38 Закона о МЧП Китая).

Применение закона места нахождения вещи невозможно, если речь идет не о физической вещи, а о правах на имущественный ком-

плекс, в состав которого входят и вещные, и обязательственные права, и «исключительные права» (авторские, право промышленной собственности). Оптимальный вариант регулирования прав на имущественный комплекс — автономия воли сторон и расщепление коллизионной привязки.

В современном праве довольно много ограничений применения закона места нахождения вещи, замены его другими формулами прикращения. Наблюдается тенденция к сужению вещно-правового статута правоотношения за счет расширения обязательственного, наследственного и личного статутов: «Регулируются правом государства, на территории которого имущество находится... приобретение и утрата вещных прав, за исключением наследственных правоотношений и случаев, когда предоставление вещного права зависит от семейных отношений или от договора» (ст. 51 Закона о МЧП Италии).

Гагская конвенция о праве, применимом к переходу права собственности в международной торговле товарами (1958), содержит положение, что право, применимое к контракту (обязательственный статут), в отношениях между сторонами определяет:

- 1) момент, до наступления которого, продавец имеет право на доходы или плоды от проданной вещи;
- 2) момент, до наступления которого продавец несет риск, связанный с проданной вещью;
- 3) момент, до наступления которого продавец имеет право на возмещение убытков, связанных с проданной вещью;
- 4) момент, до наступления которого действует оговорка о сохранении права собственности в пользу продавца;
- 5) момент, по наступлении которого к новому собственнику переходит право распоряжения вещью.

Несмотря на тенденцию ограничить применение закона места нахождения вещи, это коллизионное начало остается основной коллизионной привязкой при определении содержания вещных прав. Общепризнанное применение закона места нахождения вещи обусловлено сложившейся международно-правовой практикой.

Коллизионное регулирование вещных прав в российском законодательстве установлено в ст. 1205—1207, 1213 ГК РФ. Генеральная коллизионная привязка вещных прав — закон места нахождения вещи. Это коллизионное правило применяется для определения принадлежности имущества к движимому или недвижимому, для определения содержания, возникновения, прекращения права собственности и иных вещных прав (ст. 1205 ГК РФ). Коллизионная привязка этой статьи имеет императивный характер. Применение к вещным правам закона места нахождения вещи дополняется императив-

ным положением о том, что форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны места нахождения этого имущества. Форма сделки в отношении недвижимостей, внесенных в государственный реестр РФ, должна подчиняться только российскому праву (п. 3 ст. 1209 ГК РФ).

К возникновению и прекращению вещных прав (за исключением вещных прав на «груз в пути») применяется закон того государства, на территории которого вещь находилась в момент, когда имело место действие или обстоятельство, послужившее основанием для возникновения или прекращения вещных прав (ст. 1206 ГК РФ). Положения этой статьи имеют диспозитивный характер — «если иное не предусмотрено законом». Возникновение и прекращение вещных прав по сделкам с «грузом в пути» регулируется на основе привязок обязательственного статута, — применяется право страны места отправления груза (п. 2 ст. 1206 ГК РФ).

К возникновению права собственности и иных вещных прав на имущество, приобретенное в силу приобретательной давности, применяется право того государства, на чьей территории находилось такое имущество в момент окончания срока приобретательной давности (п. 3 ст. 1206 ГК РФ).

Российский законодатель закрепляет особый правовой режим вещей, подлежащих государственной регистрации. Установлены специальные коллизионные нормы для определения применимого права по вопросам права собственности и иных вещных прав на воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, их осуществлению и защите. Применяется право страны, где эти суда и объекты зарегистрированы (ст. 1207).

В ГК РФ отсутствует специальное регулирование по коллизионным вопросам виндикации. Применимое право в отношении защиты права собственности и других вещных прав определяется по общей привязке «закон места нахождения вещи».

Российское законодательство учитывает современные тенденции в развитии коллизионного регулирования (расширение применения автономии воли), — возможен выбор права сторонами при заключении соглашений в отношении недвижимого имущества (ст. 1213 ГК). Автономия воли является генеральной коллизионной привязкой ко всем договорным отношениям, в том числе и по сделкам с недвижимостью. Статья 1213 ГК РФ содержит и субсидиарную коллизионную привязку (при отсутствии соглашения сторон о применимом праве) — применяется право того государства, с которым договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которым данный договор реально связан, считается право места нахождения недвижимости.

Данная норма имеет диспозитивный характер, — возможно иное решение вопроса, если это вытекает из закона, договора или совокупности обстоятельств дела.

Особый правовой статус имеет российская недвижимость — к договорам в отношении недвижимого имущества, находящегося на территории РФ, возможно применение только российского права (п. 2 ст. 1213). Законодатель в императивном порядке установил недопустимость автономии воли в подобных соглашениях.

В Концепции развития гражданского законодательства РФ в целях большей определенности регулирования предлагается дополнить нормы о праве, подлежащем применению к вещным правам, перечнем конкретных вопросов, которые решаются на основе вещного статута, по аналогии с личным статутом юридического лица (п. 2 ст. 1202 ГК), обязательственным (ст. 1215) и деликтным статутами (ст. 1220). Кроме того, по мнению авторов Концепции, неоднозначное толкование вызывает положение п. 1 ст. 1210 о применении выбранного сторонами договора права к возникновению и прекращению вещных прав на движимое имущество. Неясно, допустимо ли подчинение этого вопроса праву, применимому к договору в отсутствие соглашения сторон о выборе права (ст. 1211). В основе расхождений в толковании лежит несовпадение точек зрения относительно того, относится ли данный вопрос к вещному или к договорному статуту, что предполагает различное коллизионное регулирование. С учетом международных подходов названный вопрос целесообразно регулировать в рамках коллизионных норм, посвященных вещным правам.

Проект ГК РФ ст. 1205 «Право, подлежащее применению к вещным правам» излагает в следующей редакции: *«Право собственности и иные вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится»*. Предлагается дополнить разд. VI ст. 1205.1 *«Сфера действия права, подлежащего применению к вещным правам»*, определяющей *вещно-правовой статут отношения: «Правом, подлежащим применению к вещным правам, определяются, в частности:*

- 1) виды объектов вещных прав, в том числе принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам;*
- 2) оборотоспособность объектов вещных прав;*
- 3) виды вещных прав;*
- 4) содержание вещных прав;*
- 5) возникновение и прекращение вещных прав, в том числе переход права собственности;*
- 6) осуществление вещных прав;*
- 7) защита вещных прав».*

Статью 1206 предлагается дополнить п. 2.1: *«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»*.

6.3. Правовое регулирование иностранных инвестиций

Иностранные инвестиции — это материальные и нематериальные ценности, принадлежащие юридическим и физическим лицам одного государства и находящиеся на территории другого государства с целью извлечения прибыли. Инвестиции делят на прямые и косвенные (портфельные). Прямые инвестиции — это создание совместных предприятий и предприятий, на 100% принадлежащих иностранным инвесторам. Иностранные инвесторы прямо и непосредственно участвуют в управлении предприятием. Цель прямого инвестирования — максимальная оптимизация использования средств, минимизация налогов и затрат на посредников.

Портфельные инвестиции не предусматривают непосредственного участия в управлении компанией, а предполагают получение иностранными инвесторами дивидендов на акции и ценные бумаги (т.е. на капитал, вложенный в эти предприятия). Основные моменты, которые предоставляют иностранным инвесторам определенные преимущества¹:

- 1) возможность репатриации доходов;
- 2) возможность осуществления деятельности через филиалы иностранного юридического лица как особую юридическую форму инвестиций.

В структуре правового регулирования инвестиционных отношений можно выделить два уровня: международно-правовой (заключение международных соглашений) и внутригосударственный (основа — национальное законодательство принимающего государства). Международно-правовое регулирование инвестиций осуществляется на универсальном, региональном и двустороннем уровнях. Руководство по регулированию иностранных инвестиций, разработанное и принятое Мировым банком (1992), предусматривает (ст. 2): *«Каждое государство сохраняет за собой право регулировать допуск иностранных частных инвестиций... Государства будут принимать во внимание, что открытый доступ... (при существовании списка огра-*

¹ Соколова Т. В. Особенности создания организаций с иностранными инвестициями // URL: http://click.begun.ru/kick/jsp?url=4vrlYhYbHFWip_NeNVsukEIVSYtohb39BNSgPvBhWxnrlao1Ki8yxpr8VE

ниченного числа отраслей и видов деятельности, закрытых для иностранных инвестиций или требующих оценки условий допуска либо лицензирования) является наиболее эффективным решением проблемы правового регулирования иностранных инвестиций».

Универсальное международное регулирование предусмотрено в Вашингтонской конвенции 1965 г. и в Сеульской конвенции 1985 г. об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций.

В соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 г. при МБРР был учрежден МЦУИС — Международный центр по урегулированию инвестиционных споров между государствами и частными иностранными инвесторами. Разрешение инвестиционных споров производится путем проведения примирительной процедуры (гл. III Конвенции) либо путем арбитражного производства (гл. IV). В целях избежания споров принимающие государства обязаны предоставлять национальные гарантии иностранных инвестиций.

Более действенный способ защиты иностранных инвестиций — это страхование. Сеульская конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (МИГА) 1985 г. предоставляет иностранным инвесторам финансовые гарантии путем страхования инвестиций от некоммерческих рисков. Функции МИГА — заключение договоров страхования и перестрахования иностранных инвесторов от некоммерческих рисков. В Сеульской конвенции закреплено понятие традиционных некоммерческих рисков — это риски, связанные с переводом валют (кроме девальвации местной валюты), экспроприацией или аналогичными мерами, войной, революцией, государственными переворотами и гражданскими беспорядками (кроме террористических актов, направленных непосредственно против владельца гарантий).

Кроме традиционных некоммерческих рисков, Сеульская конвенция предусматривает покрытие риска нарушения договора со стороны принимающего государства. В соответствии с Конвенцией создана система государственного и частного страхования на национальном уровне, дополненная международной многосторонней системой страхования иностранных инвестиций. С 1993 г. на территории РФ действует Международное агентство по страхованию иностранных инвестиций в Российской Федерации от некоммерческих рисков.

Самым гибким инструментом регулирования инвестиционных отношений являются двусторонние международные соглашения о взаимном поощрении и защите иностранных капиталовложений. Цель таких соглашений — обеспечить на территории одного договаривающегося государства максимальную защиту капиталовложе-

ний другого договаривающегося государства, предоставить гарантии беспрепятственного вывоза валютной части прибыли и гарантии от некоммерческих рисков.

Двусторонние международные договоры о взаимной защите инвестиций предусматривают взаимную обязанность государств не проводить принудительного изъятия капиталовложений путем национализации, реквизиций или конфискации в административном порядке. Инвестиционные споры должны рассматриваться в арбитражном порядке. Двусторонние соглашения о взаимной защите и поощрении инвестиций связывают большинство государств мира (Россия заключила подобные соглашения с Финляндией, Францией, Канадой, США, Италией, Австрией, Данией, Грецией).

В Соглашении между СССР и Испанией о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений (1990) Россия участвует в порядке международного правопреемства. В соответствии с Соглашением термин «инвестор» означает:

- 1) любое физическое лицо, являющееся гражданином или подданным одной из Сторон и правомочное в соответствии с действующим законодательством этой Стороны осуществлять капиталовложения на территории другой Стороны;
- 2) любое юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством одной из Сторон, находящееся на ее территории и правомочное в соответствии с действующим законодательством этой Стороны осуществлять капиталовложения на территории другой Стороны.

Капиталовложения — это любые имущественные ценности, в частности:

- 1) акции и другие формы участия в предприятиях;
- 2) права, вытекающие из любых вкладов, сделанных с целью создания экономических ценностей;
- 3) недвижимое имущество, а также все виды прав, связанных с ним;
- 4) права на интеллектуальную собственность (патенты, товарные знаки, наименования мест происхождения товара, фирменные наименования, промышленные образцы, авторские права, технологии и «ноу-хау»);
- 5) права на осуществление экономической и коммерческой деятельности, предоставляемые на основе закона или договора, касающиеся разведки, разработки, эксплуатации и сохранения природных ресурсов.

Каждая из Сторон обеспечивает на своей территории защиту капиталовложений, осуществляемых в соответствии с ее законодательством инвесторами другой Стороны (ст. 4). Каждая из Сторон

обеспечивает на своей территории справедливый и равноправный режим в отношении капиталовложений инвесторов другой Стороны. Такой режим будет не менее благоприятным, чем режим, предоставляемый каждой из Сторон в отношении капиталовложений, осуществляемых на ее территории инвесторами любого третьего государства (ст. 5).

Любой спор по выбору инвесторов рассматривается:

- 1) Арбитражным институтом Стокгольмской торговой палаты;
- 2) третейским судом *ad hoc*, созданным в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

При рассмотрении споров третейский суд принимает решения на основе:

- 1) положений Соглашения;
- 2) национального законодательства Стороны, на территории которой размещены капиталовложения, включая коллизионные нормы права этой Стороны;
- 3) норм и общепризнанных принципов международного права.

Инвестированию иностранного капитала в экономику принимающего государства способствуют соглашения об избежании двойного налогообложения. Эти соглашения призваны разделить налоговую юрисдикцию государств, согласовать наиболее важные в налоговом праве термины, установить круг налогооблагаемых доходов и налоговый режим. Все это создает дополнительные гарантии для иностранных инвесторов. Россия участвует почти в 90 двусторонних соглашениях об избежании двойного налогообложения (с Великобританией, Канадой, Кипром, Испанией, Италией, Бельгией, Австрией, Японией, ФРГ, США).

В большинстве государств отсутствует кодифицированное национальное законодательство об иностранных инвестициях, — к ним применяется общее законодательство (антимонопольное, анти-трестовское, налоговое, гражданское, валютное, банковское). Специальные законодательные акты об иностранных инвестициях приняты практически во всех государствах и устанавливают порядок инвестирования, правовой режим иностранной собственности, организацию иностранных капиталовложений, режимы иностранных инвестиций, льготы для них, полную и безусловную правовую защиту иностранных инвесторов.

Каждое государство самостоятельно устанавливает порядок допуска иностранного капитала на свою территорию, — в одних странах действует разрешительная или лицензионная система (Индия, страны Латинской Америки), в других установлен режим свободного допуска иностранного капитала. Государства, проводящие политику наиболее активного привлечения иностранного капитала, при-

нимают специальные инвестиционные кодексы (Китай, Польша, Венгрия, Аргентина, Мексика). Повсеместно правовое регулирование иностранных инвестиций осуществляется не коллизионным методом, а непосредственно материально-правовым (в основном с использованием национальных материально-правовых норм).

Инвестиционное законодательство Новой Зеландии — Закон об иностранных инвестициях (1973), Правила регулирования иностранных капиталовложений (1985), Закон о торговле (1986). Компании — филиалы иностранных фирм, находящиеся на территории Новой Зеландии, по Закону о компаниях (1955) не рассматриваются как национальные предприятия. Порядок их учреждения на территории Новой Зеландии требует согласия Комиссии по иностранным инвестициям. Иностранное лицо должно получить разрешение Комиссии по иностранным инвестициям, если оно намерено:

- 1) создать новый бизнес, превышающий 10 млн. новозеландских долл.;
- 2) приобрести новозеландскую компанию стоимостью свыше 10 млн. новозеландских долл.

Принимающее государство обязано создавать для иностранных инвесторов стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия. Договор к Энергетической хартии предписывает принимающим государствам устанавливать для иностранных инвесторов национальный режим или режим наибольшего благоприятствования. Изъятия из этих режимов должны быть сведены к минимуму. Как правило, в национальном законодательстве предусмотрено несколько видов режимов иностранного инвестирования. Кроме режимов наибольшего благоприятствования и национального может устанавливаться и особо льготный (преференциальный) режим. Преференциальный режим предусматривается для иностранных инвесторов, производящих инвестирование в особо крупных размерах либо в особо важные и капиталоемкие отрасли национальной экономики. Такой режим предполагает предоставление определенных льгот: освобождение от некоторых налогов и сборов, от налога на прибыль, предоставление особых гарантий на случай национализации.

В России отсутствует систематизированное инвестиционное законодательство. Правовой базой выступают специальные федеральные законы. Во многих субъектах РФ принято собственное инвестиционное законодательство. Иностранные инвестиции — это вложение принадлежащего иностранному инвестору капитала в промышленность, сельское хозяйство, недвижимость, облигации, акции, торговлю, образование и другие отрасли на территории РФ в целях получения выгоды. Иностранные инвестиции могут быть в виде денег

(в иностранной и российской валюте), ценных бумаг, иного имущества и имущественных прав, имеющих денежную оценку, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), услуг и информации. Коммерческие организации с иностранными инвестициями могут осуществлять в России любые виды деятельности, соответствующие их правосубъектности и не запрещенные законодательством, в том числе приобретать имущественные права.

Правовой режим иностранных инвестиций и деятельности иностранных инвесторов по их осуществлению не может быть менее благоприятным, чем режим для имущества, имущественных прав и инвестиционной деятельности юридических лиц и граждан России (национальный режим). Изъятия и ограничения деятельности иностранных инвесторов могут быть установлены только федеральными законами и только в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обороны и безопасности России. В интересах социально-экономического развития отдельным иностранным инвесторам может быть предоставлен преференциальный режим.

Организации с иностранными инвестициями — это коммерческие организации, в которых иностранное юридическое или физическое лицо обладает более 10% доли в уставном капитале.

Установлен перечень «неблагоприятных изменений законодательства»:

- изменение размеров ввозных таможенных пошлин, федеральных налогов и взносов в государственные внебюджетные фонды;
- увеличение совокупной налоговой нагрузки на деятельность иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями по реализации приоритетных инвестиционных проектов;
- установление режима запретов и ограничений в отношении иностранных инвестиций.

6.4. Национализация в международном частном праве

Серьезным препятствием для осуществления иностранного инвестирования является проблема национализации имущества иностранных частных лиц. В современном международном праве признается недопустимость национализации имущества иностранного государства и правомерность национализации иностранной частной собственности. Проведение национализации — это право каждого суверенного государства. Условия и основания проведения национали-

зации устанавливаются во внутригосударственном праве. С точки зрения правовой природы национализация представляет собой акт суверенной государственной власти, социально-экономическую меру общего характера, а не наказание отдельных лиц. В современном праве и практике закреплена безусловная обязанность государства выплатить иностранному лицу быструю, эффективную и адекватную компенсацию в случае национализации его собственности.

В 1962 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Резолюцию по Постоянному суверенитету государств над природными богатствами, которая устанавливает: «Национализация, экспроприация или реквизиция должны быть вызваны необходимостью коммунального обслуживания, целями безопасности или предприняты в национальных интересах, которые признаны превалирующими над индивидуальными или частными интересами, как местными, так и иностранными... Собственнику должна быть выплачена... компенсация согласно действующему законодательству государства, предпринимającego подобные меры в силу своего суверенитета и в соответствии с международным правом».

В 1974 г. Генеральная Ассамблея приняла Устав Экономических прав и обязанностей государств: «Каждое государство имеет право:

(а) регулировать и осуществлять власть над иностранными инвестициями в пределах национальной юрисдикции согласно своим законам и инструкциям и в соответствии со своими национальными целями и приоритетами. Ни одно государство не должно принуждаться к предоставлению преференциального режима иностранным инвестициям...;

(с) национализировать, конфисковать или передать иностранную собственность... в этих случаях должна быть выплачена соответствующая компенсация государством, принимающим такие меры... В случае, если по вопросу о выплате компенсации возникают противоречия, они должны разрешаться в соответствии с внутригосударственным законодательством страны, проводящей национализацию, и в ее судах».

Европейская энергетическая хартия (1991) прямо не закрепляет право принимающего государства на национализацию собственности иностранного инвестора, но подчеркивает суверенитет государства на энергоресурсы: «Договаривающиеся стороны признают государственный суверенитет и суверенные права на энергоресурсы. Они подтверждают, что последние должны осуществляться в соответствии с нормами международного права и в зависимости от них... Соглашение никоим образом не должно ставить под сомнение законы, действующие в государственных системах договаривающихся сторон относительно имущественной собственности на энергоресурсы».

В соответствии с Соглашением между Великобританией и Китайской Народной Республикой о содействии и взаимной защите инвестиций (1986) иностранные инвестиции могут быть национализированы по «внутриполитическим общественным или социальным целям» и за разумную компенсацию. Компенсация должна основываться на реальной ценности конфискованных капиталов, включать выплату процентов, производиться без задержки, эффективно осуществляться и свободно передаваться. Пострадавшая компания должна иметь право по закону государства, производящего конфискацию, обратиться к судебной или другой независимой власти или к этому государству с просьбой рассмотреть ее случай и оценить ее капиталы.

Соглашение между Россией и Испанией о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений (1990) устанавливает, что национализация, экспроприация или любые иные меры, имеющие аналогичные последствия, в отношении капиталовложений инвесторов другой Стороны, должны приниматься только в общественных интересах в соответствии с действующим законодательством. Такие меры не должны носить дискриминационного характера. Сторона, принимающая такие меры, выплатит инвестору или его правопреемнику без необоснованной задержки соответствующую компенсацию в свободно конвертируемой валюте (ст. 6).

В свое время национализация, произведенная в России после октябрьской революции, была признана другими государствами в соответствии с двусторонними международными соглашениями — договоры между СССР и Германией (1922), США (1933), Норвегией (1959), Швецией (1941 и 1964), Данией (1964), Великобританией (1968). Принцип взаимного зачета финансовых и имущественных претензий, возникших до 9 мая 1945 г. положен в основу Соглашения между Россией и Францией об окончательном урегулировании взаимных финансовых и имущественных претензий (1997).

Французская сторона обязалась не предъявлять и не поддерживать требований, касающихся претензий по займам и облигациям, интересам и активам, в отношении которых французские лица были лишены права собственности или владения, претензий по долгам царского правительства и правительства СССР. Россия со своей стороны обязалась не предъявлять требований в отношении ущерба, причиненного во время интервенции 1918—1922 гг., требований в отношении активов во Франции и переданного золота (в том числе «колчаковского» золота).

В возмещение претензий Россия должна была до 2000 г. выплатить Франции определенную сумму. Полученные средства должны быть распределены во Франции среди французских физиче-

ских и юридических лиц в соответствии с французским правом. Соответственно, у французских держателей облигаций по российским займам и лиц, собственность которых была национализирована в России без выплаты компенсации, должны возникнуть соответствующие отношения с правительством Франции, а не России¹.

В современном российском законодательстве сохраняется право Российской Федерации на национализацию, но устанавливается принцип быстрой, адекватной и эффективной компенсации в пользу иностранного собственника. Выплата компенсации производится в той валюте, в которой было произведено инвестирование, либо в любой другой валюте по желанию инвестора. К спорам о национализации должно применяться российское право, а сами споры рассматриваются в российских правоприменительных органах. Естественно резко отрицательное отношение иностранных инвесторов к подобным установлениям нашего национального права и их нежелание рисковать своими капиталами, вкладывая их в российскую экономику. Право Российского государства на национализацию — серьезный тормоз притока иностранных капиталовложений.

6.5. Правовое положение иностранных инвестиций в свободных экономических зонах

Создание свободных экономических зон (СЭЗ) — один из способов привлечения иностранных инвестиций. СЭЗ существуют в промышленно развитых странах (США, ФРГ, Великобритания, Франция, Япония, Ирландия), в новых индустриальных странах (Южная Корея, Мексика, Бразилия, Аргентина), в развивающихся странах (Ближний Восток, страны Карибского бассейна) и странах с переходной экономикой (КНР.) Количество СЭЗ по разным данным составляет от 400 до 2500.

По определению экспертов ООН, «СЭЗ — это ограниченные промышленные районы, представляющие собой часть территории страны с беспошлинным таможенным и торговым режимом, где иностранные фирмы, производящие продукцию главным образом на экспорт, пользуются рядом налоговых и финансовых льгот». Международная ассоциация развития свободных зон (МАРСЭЗ) определяет СЭЗ как особое территориально-хозяйственное образование, благоприятствующее экономическому, научно-техническому, экологическому и социальному развитию, специально создаваемое путем дополнительного делегирования прав и полномочий

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

с закрепленными и соблюдаемыми границами, свободным зональным законодательством, бюджетом, налоговой системой, органами управления. Международная конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур (Киотская конвенция) (1973) подчеркивает специфику СЭЗ как части территории государства, выведенной за рамки таможенных границ, в которой любое передвижение товаров и денег не подвластно административному или какому-либо иному контролю.

Общие принципы функционирования СЭЗ:

1) отсутствие таможенных пошлин (или их фиксация на минимальном уровне) на ввоз и вывоз оборудования, материалов и готовой продукции при максимальном упрощении всех процедур, связанных с экспортно-импортными операциями;

2) льготный режим налогообложения;

3) свободное обращение конвертируемой валюты;

4) гарантии от конфискации иностранной собственности и предоставление функционирующим в СЭЗ компаниям широкого круга льгот и привилегий.

В ООН зафиксировано более 30 различных наименований СЭЗ, которые представляют собой обособленную территорию государства с особыми условиями хозяйствования. Понятие «свободная экономическая зона» является условным и собирательным. СЭЗ — это ограниченная территория с льготными экономическими условиями для национальных и иностранных предпринимателей, обладающая особым юридическим статусом по отношению к остальной территории государства.

Преференциальный режим хозяйствования в СЭЗ — обязательный признак, определяющий существо зоны. Он подразумевает действие на территории зоны специальных правовых и льготных таможенных режимов, которые сочетаются с предоставлением иных льгот (свободное перемещение товаров, услуг, интеллектуальной собственности, инвестиций и рабочей силы через государственную и таможенную границу; налоговые льготы). Характерные черты СЭЗ:

1) внешнеторговые льготы (снижение или отмена экспортно-импортных пошлин, упрощенный порядок осуществления внешне-торговых операций);

2) фискальные льготы, связанных с налоговым стимулированием конкретных видов деятельности;

3) финансовые льготы, включающие различные формы субсидий;

4) административные льготы, упрощающие процедуры регистрации предприятий, режима въезда и выезда иностранных граждан;

5) локальная, относительно обособленная система управления зоной, наделенная правом принимать самостоятельные решения.

Классификация СЭЗ:

1. Торгово-складские зоны — это небольшая территория (порт, терминал, аэропорт) без постоянного населения, выделенная из таможенной территории и пользующаяся таможенной свободой. На территории зоны не действует таможенное законодательство, поэтому можно завозить товары в любых объемах без уплаты пошлины. Торгово-складские зоны создаются для обслуживания мирового рынка; на них не распространяются многие налоговые нормы и таможенные ограничения, действующие на остальной территории страны («таможенная экстерриториальность»). Виды торгово-складских зон:

- зоны свободной торговли (зоны внешней торговли) — обособленная часть территории страны, рассматриваемая как находящаяся вне ее таможенной территории, в пределах которой поддерживается свободная от таможенных и количественных ограничений международная торговля промышленными товарами (в США на основе Закона 1934 г. функционирует больше 180 зон внешней торговли);
- свободные таможенные зоны (свободный склад) — устанавливается таможенный режим, при котором иностранные товары размещаются в соответствующих территориальных границах без взимания таможенных пошлин и налогов, без применения к ним мер экономической политики (Болгария, Венгрия, Словения). В Европе функционирует около 130 свободных таможенных зон;
- свободные беспошлинные зоны (Герцеговина, Македония);
- свободные порты (порто-франко) — вольная гавань; порт на побережье или внутренний порт, который пользуется правом беспошлинного ввоза и вывоза товаров (ФРГ, Нидерланды). На территории ФРГ расположены шесть городов — открытых портов (Бремен, Бремерхафен, Киль, Гамбург, Куксхафен, Эмден). В мире насчитывается более 400 зон «порто-франко».

2. Экспортно-производственные зоны — это зоны специализированного типа с высокой степенью индустриализации, зоны содействия экспорту. Они представляют собой часть территории государства или региона, имеющую четко определенные границы и подготовленную для промышленного освоения. Этот вид СЭЗ основан на применении льготного таможенного, налогового и финансового режимов. Виды экспортно-производственных зон:

- зоны свободного предпринимательства — предполагают сохранение существующих и образование новых рабочих мест (КНР). Предприятиям, которые сохраняют установленный уровень занятости, предоставляются налоговые льготы или освобождение от платы за газ, электроэнергию, другой ресурс или получение их по льготным тарифам;

- зоны совместного предпринимательства — часть территории страны, рассматриваемая как находящаяся вне ее таможенной территории, на которой вводятся особые таможенный, арендный, налоговый, валютный, визовый, трудовой и другие режимы, создающие благоприятные условия для иностранных капиталовложений и осуществления совместного предпринимательства;

- предпринимательские зоны (Сингапур, Гонконг);
- специальные экономические зоны (Малайзия, Мексика).

3. Научно-исследовательский парк (технополис, технопарк, технологическая зона) — разновидность СЭЗ на базе интеграции высокоразвитого производства, науки и образования (Франция, Япония, Греция, Германия, Китай, Индия). Цель функционирования — разработка и внедрение современных технологий. На территории этих зон создаются наукоемкие предприятия, сосредоточенные вокруг крупного научно-исследовательского центра или университета. Технополисы пользуются разнообразными льготами и обеспечивают разработку и внедрение современной технологии с помощью национальных и иностранных предприятий и организаций. В США действует научно-техническая СЭЗ «Силиконовая долина», где сосредоточено 20% мировых объемов производства компьютеров и другой вычислительной техники. Виды технополисов:

- инновационный центр — экономическая структура, размещенная в пределах небольшого участка и предназначенная для маленькой компании;
- научный парк — территория, на которой размещаются наукоемкие компании разных размеров и стадий развития, позволяющая развертывать производство на основе научно-технических разработок местного исследовательского центра;
- исследовательский парк — структура, где научно-технические новшества разрабатываются только для стадии технического прототипа.

4. Комплексные (комбинированные) СЭЗ — «открытый» город или особый район, использующий элементы разных видов СЭЗ. На практике СЭЗ «чистого типа», специализирующихся на одной функции, практически не встречается. Наиболее распространены зоны, в которых сочетаются торговые, таможенные, производственные, исследовательские функции (специальные экономические зоны «Шэньчжэнь» и «Хайнань» в КНР, свободная зона «Манаус» в Бразилии).

По степени интеграции в национальную и международную экономику можно выделить два типа СЭЗ:

1) замкнутые (анклавы, исключенные из таможенной территории государства) — зоны, ориентированные на внешний рынок;

2) интеграционные — зоны, интегрированные в национальную экономику (интеграционные).

В зависимости от способа оформления границ зоны различаются микрозоны (территория одного предприятия, порта) и макрозоны (территория района, города, региона). В зависимости от того, территории какого количества стран охватывают СЭЗ, они подразделяются на мононациональные (территория одного государства) и интернациональные (территория группы государств).

Доступ на территорию зоны может быть свободным или ограниченным. В зависимости от режима функционирования СЭЗ делятся на открытые («открытые прибрежные города» в КНР) и закрытые (СЭЗ в КНР).

С точки зрения подхода к организации СЭЗ выделяются:

1) территориальные СЭЗ — специальные экономические зоны Китая, бразильская зона «Манаус», областные зональные образования России;

2) функциональные (режимные) СЭЗ — зоны «точечного» характера. Преференциальный режим предоставляется определенному виду предпринимательской деятельности (страны Западной Европы, Сингапур, Тайвань, Гонконг).

Деятельность СЭЗ частично регулируется международным правом (Международная конвенция по упрощению и гармонизации таможенных процедур (1973), Директива Европейского Совета «О свободных таможенных зонах и складах» (1988)). Во многих государствах приняты специальные законы, определяющие единые для всей страны условия создания и функционирования СЭЗ (США, Мексика, Румыния, Южная Корея, Венгрия, Великобритания, Колумбия, Болгария). Основа законодательства о СЭЗ — английское прецедентное право.

В 1970 г. Южная Корея приняла Закон «О свободных экономических зонах». С целью привлечения иностранных инвестиций, увеличения экспорта, роста занятости, усовершенствования промышленных технологий на основе этого закона была создана СЭЗ в прибрежных районах Южной Кореи. Конституция страны и Закон «Об иностранных инвестициях» гарантируют иностранным инвесторам защиту их капитала и статуса в соответствии с нормами международными права. В настоящее время в Южной Корее существуют две зоны СЭЗ «Масан» и «Ири».

В Греции в 1925 г. созданы зоны свободной торговли в Салониках, в 1932 г. — в Пиреях. Управление зоной в Салониках возложено на специальный орган, входящий в структуру Министерства торгового флота, в Пиреях — на администрацию порта. Запрещен ввоз товаров, составляющих монополию греческого правительства (соль,

керосин, спички, бумага для сигарет). Ввоз товаров греческого производства требует специального разрешения. Переработка товаров, предназначенных для использования в Греции, невозможна без одобрения таможенных органов.

В Австрии тремя зонами управляют товарищества с ограниченной ответственностью, одной — акционерная компания. Копенгагенская СЭЗ (Дания) управляется администрацией порта через акционерное общество (администрации принадлежит полный пакет акций). Деятельность СЭЗ находится под контролем датского правительства. СЭЗ «Гамбург» (Германия) управляет администрация свободного порта. Администрация входит в состав правящих структур земли Гамбург, имеет право выполнять таможенные функции.

В США действуют три типа зон:

1) внешнеторговые зоны (около 200 зон и субзон), цель которых — стимулирование экспорта, повышение участия США во внешнеэкономических связях, экономический подъем территории (штат Миссисипи — порт Паскагула, штат Коннектикут — порт Хартфорд; международные аэропорты). Внешнеторговые зоны общего типа создаются по решению Управления внешнеторговых зон. Деятельность внешнеторговых зон регулируется комплексом законодательных актов (Закон 1934 г. с последующими изменениями);

2) промышленные зоны (несколько сотен штатских и федеральных зон) создавались в 1980-е гг. с целью улучшения положения на рынке труда и повышения экономической активности. Промышленные зоны делятся на три вида: федеральные, штатские и локальные. Каждый штат имеет собственное законодательство по промышленным зонам;

3) научные парки, концентрирующие на своей территории высокотехнологичные предприятия.

Несмотря на различия концепций, существующие между внешнеторговыми зонами, промышленными зонами и научными парками, их объединяет государственная зональная политика США — создание среды, стимулирующей инновационную и предпринимательскую деятельность.

В Китае СЭЗ имеют широкие автономные права в области привлечения иностранного капитала и установления льготного режима внешнеторговой деятельности. По решению центральных властей создано более 40 СЭЗ различного типа, несколько сотен зон функционируют по инициативе местных администраций. Единый закон, регулирующий деятельность СЭЗ, отсутствует. В общей сложности по СЭЗ принято более 30 специальных нормативных актов. При Госсовете КНР создана Канцелярия по делам СЭЗ — высший орган административного управления зонами.

В СЭЗ действует льготный налоговый режим для иностранных инвесторов (налог на прибыль в Китае составляет 33%, а в СЭЗ — 15%). В этих зонах используется специфическая таможенная политика, применяются особые правила таможенного надзора и управления.

Специальные экономические зоны созданы в городах Шэньчжень, Сямэнь, Чжухай и Шаньтоу по решению Постоянного комитета Всекитайского собрания народных представителей в 1980 г. Специальная экономическая зона в провинции Хайнань создана в 1988 г. Каждая зона имеет право принимать по экономическим вопросам свое собственное законодательство. Во всех зонах значительно снижена ставка налога. Зоны являются закрытыми территориями, для въезда необходимо иметь специальное разрешение.

Комплексные зоны (зона свободной торговли, районы финансово-торговой, промышленной и научной специализации) — «новая зона развития Пудун» (район Шанхая), созданная по решению Госсовета КНР в 1990 г. Административно Пудун — один из районов Шанхая, однако предоставленные льготы и привилегии не уступают льготам других СЭЗ. По району Пудун принято специальное законодательство.

Открытые города — с 1992 г. этот статус предоставлен всем административным центрам провинций и городам в приграничных районах. Такие города имеют большое количество субзон, предлагающих налоговые льготы. Им отведена роль «окон» и посредников на внешнем рынке.

Зоны развития экономики и техники находятся практически во всех основных городах северной части страны и в прибрежных районах. Они имеют право принимать собственные правила по вопросам регулирования бизнеса, нацелены на развитие интенсивных технологий. Зоны развития высоких технологий расположены в открытых городах. Налоговые льготы предоставляются иностранным инвесторам, специализирующимся в сфере высоких технологий. Предоставление льгот входит в компетенцию Министерства науки и технологий, а не местных властей.

Функционирование СЭЗ приносит экономике Китая серьезные выгоды:

- 1) создаются благоприятные условия для привлечения иностранных инвестиций;
- 2) в страну привлекаются новые технологии и передовая техника;
- 3) частично решается насущная для Китая проблема нехватки рабочих мест;
- 4) более эффективно используются природные ресурсы;
- 5) увеличивается экспортная прибыль;
- 6) более быстрыми темпами развивается экономика в целом.

В доктрине высказывается точка зрения, что офшоры — один из видов СЭЗ («сервисные» СЭЗ, предоставляющие услуги по регистрации и обслуживанию юридических лиц). Офшорные юрисдикции представляют собой наиболее распространенный и успешный вид СЭЗ. Как и СЭЗ, офшорные зоны создаются для привлечения иностранного капитала, повышения занятости и налаживания внешнеэкономических отношений. Юридические лица, зарегистрированные в таких образованиях, подпадают под действие соглашений об избежании двойного налогообложения¹.

Механизм функционирования СЭЗ и офшоров принципиально различен. Деятельность юридических лиц, зарегистрированных в офшорной юрисдикции, не может иметь места на территории государства регистрации. Предприятия СЭЗ действуют только в пределах, ограниченных территорией СЭЗ, их деятельность в императивном порядке осуществляется на территории данного государства. СЭЗ и офшоры имеют сходные цели, но эти цели достигаются разными средствами.

Контрольные вопросы

1. Что представляют собой вещные права в национальном и международном праве?
2. Как решаются коллизии вопросы права собственности?
3. Что представляет собой правовое регулирование иностранных инвестиций?
4. Что представляет собой национализация в МЧП?
5. Какова специфика правового положения иностранных инвестиций в СЭЗ?

¹ Кабир Л. С. Организация офшорного бизнеса. М., 2004.

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- понятие сделок международного характера и международных коммерческих контрактов;
- коллизийные вопросы международного договорного права;
- унификацию правового регулирования международных коммерческих контрактов;
- специфику договора международной купли-продажи товаров;
- порядок правового регулирования Интернет-коммерции;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

7.1. Сделки международного характера.

Международные коммерческие контракты

Международное договорное право — центральный институт Особенной части МЧП. В отечественной доктрине принята иная терминология для его обозначения — право внешнеэкономических сде-

лок, международное коммерческое право, международное контрактное право. Термин «международное договорное право» применяется в зарубежной литературе¹.

Любая частноправовая сделка, предусмотренная национальным правом, может быть связана с иностранным правовым порядком. В доктрине такую сделку предлагается назвать «сделка международного характера». Критерий проявления «тесной связи с правовыми порядками двух или более государств» выступает квалифицирующим признаком сделки международного характера².

С точки зрения МЧП гражданско-правовые контракты, связанные с иностранным правовым порядком, можно обозначить как «*международные контракты*» и разделить на *контракты международного характера* и *международные коммерческие контракты*. Специфика таких контрактов — они затрагивают правовое поле двух и более государств, в то время как внутренние контракты (хозяйственные договоры) лежат в сфере действия права одного государства.

Контракты международного характера заключаются на личном уровне, имеют разовый, нерегулярный характер и не оказывают влияния на международный торговый оборот. К таким контрактам можно отнести сделки с участием потребителя. Международные коммерческие контракты — основа международной торговли, фундамент, центральное звено мирового товародвижения.

Унифицированное понятие «международный коммерческий контракт» в МЧП отсутствует. В законодательстве и доктрине употребляется различная терминология для обозначения этого понятия — внешнеэкономическая сделка, внешнеторговая сделка, международный торговый договор, международный контракт. Определение международного коммерческого контракта дается путем перечисления особенностей подобных сделок: «пересечение» товаров и услуг через границу, необходимость таможенного регулирования, использование иностранной валюты. основополагающим для квалификации сделки как международного коммерческого контракта является наличие экспортно-импортных и приравненных к ним операций предпринимательского характера, затрагивающих публичные интересы государства³.

Основным критерием международного коммерческого контракта считается «место нахождения коммерческих предприятий сторон

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.

² Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. д-ра юрид. наук. М., 2004.

³ Горшкова Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

в разных государствах» (Венская конвенция 1980 г., Гагская конвенция 1986 г., Конвенция о международном финансовом лизинге (1988)). Такой критерий сильно сужает понятие «международный коммерческий контракт» и не позволяет рассматривать многие коммерческие сделки, осуществляемые в процессе международного оборота, как внешнеторговые. В связи с этим более корректным представляется определение, предложенное в доктрине: «К внешнеторговым сделкам относятся сделки, в которых хотя бы одна из сторон является иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом и содержанием которых являются операции по ввозу из-за границы товаров или по вывозу товаров за границу либо какие-нибудь подсобные операции, связанные с вывозом или ввозом товаров»¹.

Основной вид международных коммерческих контрактов — договор международной купли-продажи товаров. По его образцу моделируются другие виды внешнеторговых сделок — подряд, дарение, хранение, страхование. Определенными особенностями и правовой спецификой отличаются встречные торговые сделки (бартерные сделки, встречные закупки, встречные поставки, приграничная и прибрежная торговля). Особый вид внешнеторговых сделок составляют компенсационные и кооперационные соглашения, которые предусматривают комплекс дополнительных мероприятий и заключаются в основном с участием государства. В отдельную группу внешнеторговых сделок можно выделить контракты, которые используются как способы финансирования основного обязательства — финансовый лизинг, факторинг, форфейтинг.

Поскольку договорные обязательства — это основа международных хозяйственных отношений, наиболее эффективным является не национальное, а унифицированное международное регулирование. Отсылка к унифицированным коллизионным нормам, определяющим право, применимое к договорным обязательствам, закреплена во многих национальных кодификациях МЧП. Впервые подобное решение в 2004 г. предложил законодатель Бельгии: «Право, подлежащее применению к контрактным обязательствам, определяется Конвенцией о праве, применимом к контрактным обязательствам, заключенной в Риме 19 июня 1980 г.» (ст. 98.1 Кодекса МЧП).

В настоящее время эта модель (с учетом того, что в отношениях между государствами — членами ЕС действует уже не Римская конвенция 1980 г., а Регламент Рим I) воспринята законодательством других стран — членов ЕС (Польша, Нидерланды, Германия). Как правило, национальный законодатель предусматривает собственное коллизионное регулирование только для договорных обязательств

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

ственных отношений, на которые не распространяется действие Рим I (§ 24.2 Указа о МЧП).

Специальное коллизионное регулирование предусматривается для договоров о вещных правах на недвижимость. Директива 94/47/ЕС Европейского парламента и Совета о защите приобретателей применительно к некоторым аспектам договоров, относящихся к приобретению права пользования в отдельные периоды времени недвижимым имуществом, содержит определение таких договоров (ст. 2). Это любой договор, заключенный на срок не менее трех лет, посредством которого за определенную цену создается вещное или любое иное право, относящееся к пользованию недвижимым имуществом, на определенный или определяемый период года, который не может составлять менее одной недели». Сторонами указанного договора выступают «продавец» — физическое или юридическое лицо, действующее в рамках предпринимательской деятельности, и «приобретатель» — физическое лицо, которое действует в целях, не связанных с предпринимательской деятельностью («потребитель»). Договор о пользовании в отдельные периоды времени недвижимым имуществом известен под названием «договор таймшера».

По общему правилу, договоры о вещных правах на недвижимость наиболее тесно связаны с правом местонахождения недвижимого имущества: «Компетентным правом для договоров, заключенных по поводу недвижимости, является исключительно право государства, на территории которого находится недвижимое имущество» (ст. 23 Закона о МЧП Македонии).

Специальное коллизионное регулирование устанавливается для договоров перевозки и страхования вследствие их особого характера и необходимости обеспечивать надежный уровень защиты пассажиров и страхователей. Например, Закон о МЧП Эстонии содержит специальный раздел «Договоры страхования». В разделе определены местонахождение страхового риска, право сторон на свободный выбор применимого права, ограничения на выбор применимого права при страховании, не являющемся страхованием жизни, ограничения на выбор применимого права при страховании жизни, обязательное страхование. С точки зрения эстонского законодателя, договор страхования имеет наиболее тесную связь с государством, в котором находится страховой риск (ст. 45).

Во всех странах сделки с участием потребителя и трудовые контракты подлежат специальному регулированию. Причина — соблюдение принципа защиты слабой стороны, в качестве которой априори выступают потребитель и работник. Например, в Законе о МЧП Японии установлены «Специальные правила для потребительских договоров» (ст. 11). Потребительским договором считается договор

о передаче движимых вещей или прав потребителю и договор о предоставлении услуг потребителю. Потребитель — это лицо, которое приобретает вещи, права и услуги преимущественно для личного употребления или употребления в собственном домашнем хозяйстве. По общему правилу, потребительский договор наиболее тесно связан с правом государства, в котором потребитель имеет свое местожительство, но при соблюдении определенных условий:

- если заключение договора является следствием предложения или рекламы в этом государстве и потребитель совершил в этом государстве необходимые действия для заключения договора;
- если контрагент потребителя или его представитель принял заказ потребителя в этом государстве;
- если договор купли-продажи заключался в другом государстве или потребитель осуществил свой заказ в другом государстве, когда эта поездка была организована продавцом с намерением побудить к заключению таких договоров.

В любом случае стороны не могут посредством выбора права исключить применение обязательных положений о защите потребителя, которые содержит право государства местожительства потребителя (ст. 22 Закона о МЧП Словении).

7.2. Коллизионные вопросы международного договорного права

Общая генеральная коллизионная привязка договорных обязательств в МЧП — автономия воли сторон — самая гибкая формула прикрепления, применение которой в максимальной степени соответствует общему принципу свободы договора.

В основном законодательство предусматривает право неограниченного выбора применимого закона сторонами. Законы некоторых государств (США, Скандинавские страны) устанавливают «разумные» пределы автономии воли. Для ограничения пределов автономии воли используется доктрина «локализации» (общее ограничение свободы выбора права).

В теории права существует понятие «самодостаточный контракт», т.е. договор, исчерпывающе регулирующий все отношения сторон. Все спорные ситуации, которые возникают при выполнении этого договора, могут быть урегулированы на основе положений самого договора без обращения к нормам какого-либо права. На практике составить абсолютно независимый от национального права договор невозможно в силу существования императивных норм национального законодательства, которые не могут быть изменены договор-

ным регулированием¹. К таким нормам относятся положения о сроке исковой давности, требования к форме сделки, возможность снижения судом неустойки в случае ее несоразмерности последствиям нарушения обязательства, правила о защите прав потребителей.

Российское право (ст. 1210 ГК РФ) предусматривает возможность неограниченной автономии воли сторон. Соглашение о выборе права может быть сделано как в момент заключения договора, так и в последующем; касаться как договора в целом, так и отдельных его частей. Выбор права сторонами, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения контракта.

Автономия воли сторон затрагивает прежде всего обязательственный статут отношения. Объем обязательственного статута — это сфера действия права, применимого к договору. Как правило, обязательственный статут составляют следующие вопросы (перечень открытый):

- толкование договора;
- права и обязанности сторон договора;
- исполнение договора;
- последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора;
- прекращение договора;
- последствия недействительности договора.

В настоящее время имеет место тенденция к расширению сферы действия обязательственного статута, который определяет исковую давность, основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам, регулирует обязательства из неосновательного обогащения, возникающие в связи с приобретением имущества. В сферу действия обязательственного статута входят вопросы пресекательной давности, виды и суррогаты исполнения обязательств, зачет встречных требований, конкуренция исков, просрочка, обстоятельства и условия освобождения от ответственности, определение действительности договора по существу (вопросы «пороков воли»).

Сфера действия обязательственного статута в принципе не распространяется на вопросы «первичного» (личного и формального) и вещно-правового статутов. Из сферы действия обязательственного статута исключаются вопросы о требованиях, на которые не распространяется исковая давность (требования о возмещении вреда; требования, вытекающие из личных неимущественных прав): «Исковая давность определяется правом, применяемым для опреде-

¹ Зеленин А. Инкотермс: эволюция содержания и проблемы применения // URL: <http://www.legas.ru/incoterms3>

ления прав и обязанностей участников соответствующих отношений. Требования, на которые исковая давность не распространяется, определяются правом Украины, если хотя бы один из участников соответствующих отношений является гражданином... или юридическим лицом Украины» (ст. 35 Закона о МЧП).

Соглашение сторон о применимом праве направлено на определение права, применимого к договору. Предмет этого соглашения: выбор права, которым будут регулироваться как права и обязанности сторон по договору, так и иные элементы обязательственного статуса. Заключение соглашения о применимом праве — не обязанность, а право сторон. Такое соглашение нельзя считать существенным условием договора. Его нельзя расценивать и как необходимое условие договора, связанного с иностранным правом порядком. Соглашение о применимом праве играет вспомогательную роль. Отношения, возникающие из основного договора, являются главными, а отношения в связи с соглашением о применимом праве имеют субсидиарный характер.

Некоторые национальные и международно-правовые акты закрепляют право сторон договора изменять соглашение о применимом праве для целей судебного разбирательства: «Выбор права может быть осуществлен или изменен в любое время. Если выбор права осуществлен после заключения договора, он имеет обратную силу и действует с момента заключения договора» (ст. 116.3 Закона Швейцарии о МЧП). Аналогичное правило установлено в Регламенте Рим I (п. 2 ст. 3).

«Молчаливый» выбор права имеет место в ситуации, если применимое право «с достаточной ясностью» вытекает из положений договора или из обстоятельств дела: «Молчаливый выбор права определяют обычно по юрисдикции суда или арбитража... Выражение «юрисдикция города Гамбурга» означает молчаливый выбор немецкого права, а выражение «любой спор подлежит рассмотрению арбитража в Лондоне» означает выбор английского права»¹. Эта позиция поддерживается и отечественной доктриной².

Как правило, в международных контрактах оговорка о применимом праве сопряжена с оговоркой о подсудности (пророгационным или арбитражным соглашением). В доктрине отмечается идентич-

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.

² Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004; Розенберг М. Г. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правому регулированию и практике. М., 2003; Светланов А. Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции. М., 2002.

ный характер целей соглашений о применимом праве, пророгационных и арбитражных соглашений¹:

- 1) повышение предсказуемости соглашения сторон;
- 2) устранение расходов, связанных со спорами о том, какое право должно применяться и какой орган должен рассматривать спор;
- 3) получение преимуществ, которые может дать предварительное согласование применимого права и юрисдикционного органа.

В одном из американских судебных решений отмечается, что «положение контракта, указывающее заранее на орган, компетентный разрешать спор, и право, подлежащее применению, является... необходимой предпосылкой для достижения упорядоченности и предсказуемости, столь важных для любой международной предпринимательской сделки»².

Выбор применимого права априорно предопределен следующими факторами: в какой мере юрисдикционный орган сможет получить необходимую информацию об иностранном праве; способен ли суд или арбитраж проанализировать и применить его должным образом; с какими финансовыми и временными затратами это будет сопряжено. Выбор компетентного суда или арбитража в значительной степени обуславливает решение вопроса о применимом праве.

Оптимальный вариант для международных коммерческих контрактов — совпадение коллизионной (соглашение о применимом праве) и процессуальной (пророгационное или арбитражное соглашение) оговорок. Оно позволяет избежать многих трудностей, затрат и расходов, с которыми неизбежно связано применение иностранного права. В Регламенте Рим I отмечается, что его материальная сфера применения и положения должны быть совместимыми с процессуальными нормами Регламента Брюссель I.

Соглашение о выборе права имеет коллизионно-правовую природу. Как любые коллизионные нормы, автономия воли сторон играет роль правового регулятора. Соглашение о применимом праве представляет собой особую гражданско-правовую сделку, имеющую специальный и субсидиарный характер. Стороны не преследуют цель непосредственно установить, изменить или прекратить гражданские права и обязанности. Стороны выбирают правовую систему, которая наряду с положениями договора будет регулировать их права и обязанности и на основе которой будут разрешаться споры.

При этом оговорка о применимом праве, являясь одним из условий договора, имеет самостоятельный, автономный от основного контракта характер. Действительность *lex voluntatis* не зависит от действительности договора в целом. Это означает, что при при-

¹ Тимохов Ю. А. Иностранное право в судебной практике. М., 2004.

² URL: <http://www.commerce.state.ut.us/web/commerce/digsig/act.htm>

знании основного контракта недействительным выбор сторонами применимого к нему права является действительным. Такое решение основано на юридической фикции и преследует прежде всего прагматическую цель — облегчить порядок рассмотрения спора. Спор из недействительного договора рассматривается по праву, избранному сторонами и зафиксированному в качестве одного из условий такого договора. Иначе возник бы «порочный круг: суд обязан применять право, избранное сторонами, но не может этого сделать в силу недействительности договора, в текст которого включено соглашение о применимом праве, а подлежащее применению право, определенное с помощью иных коллизионных норм, не дает оснований для признания основного договора недействительным»¹.

Регламент Рим I устанавливает, что существование и действительность договора или отдельного его положения определяются правом, которое подлежало бы применению согласно настоящему Регламенту, если бы договор или положение являлись действительными (п. 1 ст. 10). В западной доктрине отмечается, что эта норма позволяет не принимать во внимание утверждение, что даже при наличии соглашения о применимом праве никакое право не может быть признано применимым, пока контракт не признан действительным. Стороны могут выбирать применимое право, даже если еще не решен вопрос о действительности контракта, т.е. они способны «вытащить самих себя за ремешки собственных ботинок»². Аналогичный подход закреплен в национальном законодательстве (ст. 28.1 Закона о МЧП Польши).

При отсутствии соглашения сторон применимое право устанавливается судом на основании соответствующих коллизионных норм. Современное коллизионное регулирование договорных отношений основано на принципе наиболее тесной связи, который закреплен в международных соглашениях и в национальном законодательстве: «Обстоятельства дела, соприкасающиеся с границей, рассматриваются в частноправовом отношении согласно тому правопорядку, с которым (у них) присутствует наиболее прочная связь... Отдельные правила о применимом правопорядке рассматриваются как выражение данного принципа» (ст. 1 Закона о МЧП Австрии). Принцип наиболее тесной связи в формулировке австрийского Закона является общей основой по вопросу установления применимого права ко всей области частноправовых отношений³.

¹ Розенберг М. Г. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правому регулированию и практике. М., 2003.

² Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982.

³ Испанова Г. Б. Особенности коллизионного регулирования договорных обязательств по законодательству Российской Федерации и Республики Казахстан // СПС КонсультантПлюс

Принцип наиболее тесной связи в современном законодательстве устанавливается в форме доктрины характерного исполнения (применение права места жительства, обычного места пребывания, места нахождения лица, исполняющего обязательство, характерное для данного договора). Эта доктрина впервые была закреплена в Законе о МЧП Чехословакии 1963 г. (§ 10) — законодатель перечислил коллизионные презумпции и установил принцип применения к договорным обязательствам права страны, где находится сторона, осуществляющая характерное для договора исполнение.

По общему правилу, законодатель устанавливает автономию воли (генеральная коллизионная привязка, основное право) ко всем видам договорных отношений. Если выбор права отсутствует, компетентный правопорядок определяется на основе принципа наиболее тесной связи (субсидиарное право первой степени). Общая презумпция для установления наиболее тесной связи — закон характерного исполнения. Далее посредством частных презумпций прописывается применимое право для отдельных видов договоров. Например, в Законе о МЧП Украины указывается, что стороны могут избрать право, применяемое к договору. При отсутствии согласия сторон о выборе права применяется право, имеющее наиболее тесную связь со сделкой. Если иное не предусмотрено или не вытекает из условий, существа договора или совокупности обстоятельств дела, то договор более тесно связан с правом государства, в котором сторона, которая должна осуществить выполнение, имеющее решающее значение, имеет свое место жительства или местонахождение.

Стороной, которая должна осуществить выполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, является: 1) продавец — по договору купли-продажи; 2) даритель — по договору дарения; 3) получатель ренты — по договору ренты и т.д. (украинский законодатель устанавливает 23 частных презумпции для различных видов договоров) (ст. 43, 44 Закона о МЧП Украины). Для отдельных видов договоров (о недвижимом имуществе; о совместной деятельности; договоров, заключенных на аукционе, по конкурсу или на бирже; договоров потребления; учредительских договоров) предусмотрено специальное коллизионное регулирование, иные частные презумпции.

В российском законодательстве значительное число коллизионных норм основано на принципе применения «права страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано». По подсчетам некоторых авторов, общее число таких норм достигает трех десятков¹.

¹ Испаева Г. Б. Особенности коллизионного регулирования договорных обязательств по законодательству Российской Федерации и Республики Казахстан // СПС КонсультантПлюс.

Регулирование всех договорных обязательств в отсутствие автономии воли сторон предполагает использование принципа тесной связи.

Российские коллизионные нормы, установленные для договорных отношений, подлежат применению в сочетании с правилами, поясняющими, какое право понимается под «правом страны, с которой договор наиболее тесно связан»¹. Принцип наиболее тесной связи закреплен в форме доктрины характерного исполнения. Положения ст. 1211 ГК РФ являются базовыми для всех договорных обязательств и имеют характер общего правила при разрешении коллизионных вопросов.

В качестве общего правила для всех договоров презюмируется их наиболее тесная связь со страной места жительства или основного места деятельности стороны, осуществляющей «решающее исполнение» (п. 2 ст. 1211 ГК РФ). В качестве презумпции второго порядка указывается, какую именно сторону договора (19 видов договоров — п. 3 ст. 1211) следует считать предоставляющей исполнение, которое имеет «решающее значение для содержания договора»². В частности, применимым правом в договоре финансирования под уступку денежного требования является право страны основного места деятельности или места жительства финансового агента, в договоре банковского вклада и договоре банковского счета — право страны банка, в агентском договоре — право страны агента, в договоре коммерческой концессии — право страны правообладателя.

Для отдельных видов договоров предусматривается использование специальных норм (п. 4 ст. 1211). Общая презумпция не применяется, если не может быть установлено характерное исполнение. Специальные презумпции предусмотрены для договоров строительного подряда, выполнения проектных и изыскательских работ, простого товарищества и договора, заключенного на бирже, аукционе и по конкурсу. Такие договоры не подпадают под действие доктрины характерного исполнения, и принцип наиболее тесной связи рассматривается вне связи с этой доктриной.

В российском законодательстве принцип наиболее тесной связи закреплен и в специальных коллизионных нормах с «жесткой» привязкой. Общая и специальные презумпции не применяются, если очевидно, что договор более тесно связан с другой страной. ГК РФ предусматривает возможность отступить от общей и специальной презумпций: установленное коллизионное правило применяется,

¹ Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.

² Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского и Е. А. Суханова. М., 2003.

если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела¹.

Специальные коллизионные нормы договорных обязательств:

— потребительские договоры — право места жительства потребителя (п. 2 ст. 1212);

— договоры, предметом которых является недвижимость, — право места нахождения недвижимого имущества (п. 1 ст. 1213);

— договор о создании юридического лица с иностранным участием — право страны, в которой согласно договору подлежит учреждению юридическое лицо (ст. 1214);

— договор об уступке требования — право страны цедента (ст. 1216).

В отношении договоров, не предусмотренных в ГК РФ (непоименованных — консигнация, дистрибуция, франчайзинг), вопрос должен решаться по аналогии с коллизионным регулированием поименованных договоров. Установление применимого права к дистрибьюторскому договору возможно по аналогии с агентским договором, к договору консигнации — по аналогии с договором комиссии².

В Концепции развития гражданского законодательства РФ п. 3 ст. 1211 ГК РФ предлагается дополнить: 1) нормой, что стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора возмездного оказания услуг, является исполнитель; 2) нормой об определении права, подлежащего применению к договору об отчуждении исключительного права, предусмотрев, что стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение, является правообладатель.

Кроме того, в ГК РФ отсутствуют коллизионные нормы, посвященные внесудебному зачету встречных требований, его допустимости и порядку осуществления. Применение общих правил ст. 1210 и 1211 представляется затруднительным, поскольку зачетом могут прекращаться два встречных обязательства, каждое из которых регулируется своим применимым правом. По мнению авторов Концепции, заслуживает внимания возможность формулирования специальной коллизионной нормы с учетом международных подходов, в частности, норм Рим I.

Концепция предлагает принципиально новый подход к определению применимого права в отсутствие автономии воли сторон. Коллизионная норма, направленная на определение права, приме-

¹ Бардина М. П. Определение применимых коллизионных норм в практике международного коммерческого арбитража / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. статей / под ред. А. С. Комарова. М., 2007.

² Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. М., 2004.

нимого к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права (п. 2 ст. 1211 ГК РФ), предусматривает, что по общему правилу подлежит применению право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Данная коллизийная норма является гибкой — суд может прийти к выводу о необходимости применения права другого государства, если это вытекает из условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела. В целях обеспечения определенности правового регулирования и предсказуемости его результата желательно уточнить эту норму. Необходимо указать, что отказ от применения общей коллизийной привязки к месту жительства или основному месту деятельности стороны возможен только в ситуации, когда договор явным образом демонстрирует более тесную связь с правом другой страны.

Проект ГК РФ предлагает расширить сферу применения автономии воли сторон, распространив ее не только на договорные обязательства (п. 6 ст. 1210): *«Если иное не вытекает из закона или существа отношения, положения пунктов 1—3 и 5 настоящей статьи соответственно применяются к выбору по соглашению сторон права, подлежащего применению к иным отношениям, когда такой выбор допускается законом»*.

В проекте ст. 1211 предлагается изменить следующим образом: *«2. Правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, считается, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.*

3. Стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, признается, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, сторона, являющаяся, в частности...

5.1) исполнителем — в договоре возмездного оказания услуг...

4. Правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, считается, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела...

5. К договору, содержащему элементы различных договоров, применяется, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан».

Принципиальные изменения предложено внести в ст. 1212 *«Право, подлежащее применению к договору с участием потреби-*

теля»: «1. Выбор права, подлежащего применению к договору, стороной которого является физическое лицо, использующее, приобретающее или заказывающее либо имеющее намерение использовать, приобрести или заказать движимые вещи (работы, услуги) для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, не может повлечь за собой лишение такого физического лица (потребителя) защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя, если контрагент потребителя (профессиональная сторона) осуществляет свою деятельность в стране места жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию такой страны или нескольких стран, включая территорию страны места жительства потребителя, при условии что договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны...

4. Если правила, установленные пунктом 1 настоящей статьи, не применяются, то выбор права, подлежащего применению к договору с участием потребителя, не может повлечь за собой лишение потребителя защиты его прав, предоставляемой императивными нормами той страны, чье право применялось бы к такому договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права.

5. За установленными настоящей статьей изъятиями право, подлежащее применению к договору с участием потребителя, определяется по общим правилам настоящего Кодекса о праве, подлежащем применению к договору».

Согласно проекту, ст. 1214 «Право, подлежащее применению к договору о создании юридического лица с иностранным участием и договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица» излагается в следующей редакции: «1. Выбор права, подлежащего применению к договору о создании юридического лица и договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица, не может затрагивать действие императивных норм права страны места учреждения юридического лица по вопросам, указанным в пункте 2 статьи 1202 настоящего Кодекса.

2. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору о создании юридического лица и договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица, применяется право страны, в которой учреждено или подлежит учреждению юридическое лицо».

В проекте в части коллизионного регулирования договорных обязательств предложен ряд дополнений:

- «Статья 1216.1. Право, подлежащее применению к переходу прав кредитора к другому лицу на основании законат

Переход прав кредитора к другому лицу на основании закона при удовлетворении таким лицом требования кредитора определяется по праву, подлежащему применению к отношениям кредитора и такого лица по удовлетворению требования кредитора, если иное не вытекает из закона или совокупности обстоятельств дела. При этом в отношениях между должником и новым кредитором не затрагивается действие тех положений права, подлежащего применению к обязательству между должником и первоначальным кредитором, которые направлены на защиту должника».

- «Статья 1217.1. Право, подлежащее применению к прекращению обязательства зачетом

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 по правилам настоящего Кодекса о праве, подлежащем применению к договору».

7.3. Коллизионные вопросы формального статута международных контрактов

Формальный статут договора предполагает самостоятельное коллизионное регулирование. Коллизионные проблемы связаны с тем, что форма международного коммерческого контракта не унифицирована. В разных государствах к ней предъявляются разные требования (устная, простая письменная, нотариально заверенная, «договоры за печатью»). Форма и порядок подписания сделки — это вопросы, не входящие в обязательственный статут правоотношения. Ввиду этого в национальном законодательстве закрепляются специфические основания разрешения этих вопросов: «Форма сделки должна соответствовать требованиям права, применяемого к содержанию сделки, но достаточно соблюдения требований права места ее совершения, а если стороны сделки находятся в разных государствах, — права места жительства стороны, сделавшей предложение, если иное не установлено договором» (ст. 31.1 Закона о МЧП Украины).

Коллизионные нормы о форме сделки отличаются особой структурой, — они предполагают кумуляцию коллизионной привязки (форма сделки подчиняется праву места ее совершения, но в случае его расхождения с местным правом достаточно соблюдения требований местного права). Тенденция современного МЧП — подчинение вопросов формального статута общему статуту договора: «Договор действителен с точки зрения формы, если она удовлетворяет требованиям права, применимого к договору, или права места заклю-

чения договора... Когда правом, применимым к договору, в целях охраны интересов одной из сторон предусмотрена строго определенная форма, форма договора подчиняется исключительно праву, применимому к договору, если только этим правом не допускается применение другого права» (ст. 124.1 Закона о МЧП Швейцарии).

В законодательстве большинства государств существуют специальные императивные коллизионные нормы о форме и порядке подписания сделок, нарушение которых является основанием для оспаривания контракта. Как правило, особая форма предусмотрена для внешнеэкономических сделок: «Внешекономический договор, если хотя бы одной стороной является гражданин Украины или юридическое лицо Украины, заключается в письменной форме независимо от места его заключения, если иное не установлено законом или международным договором Украины» (ст. 31.3 Закона о МЧП Украины).

Попытка унифицировать форму и порядок подписания внешнеэкономических контрактов предпринята в Венской конвенции 1980 г. Допускается заключение международных торговых контрактов в устной форме, но Конвенция содержит норму «правила о заявлении», — право государств-участников решать этот вопрос в соответствии со своим национальным законодательством.

В российском законодательстве предусмотрена обязательная простая письменная форма внешнеэкономических сделок, хотя бы одной из сторон которых выступают российские юридические лица. Несоблюдение простой письменной формы представляет собой основание ничтожности сделки (по российскому праву). Статья 1209 ГК РФ устанавливает примат российского права по отношению к форме внешнеэкономической сделки.

Форма доверенности регулируется правом места ее составления либо правом, применимым к договору (*lex causae*): «По форме документ, подтверждающий полномочия представителя, является действительным, если он признается таковым правом, регулирующим существо обязательства, или правом государства, на территории которого данный документ составлен» (ст. 60 Закона о МЧП Италии).

По российскому законодательству форма, срок действия и основания прекращения доверенности на подписание сделки международного характера определяются правом страны, где выдана доверенность (ст. 1217 ГК РФ). Невозможно признать доверенность недействительной, если она выдана за границей, но по форме соответствует требованиям российского права. Данная норма имеет диспозитивный характер, — может применяться и иной правовой порядок, если это вытекает из закона, условий, существа сделки, совокупности фактических обстоятельств дела.

К обязательствам, возникающим из односторонних сделок, применяется право страны места жительства или основного места деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке (ст. 1217 ГК РФ). Данная норма имеет диспозитивный характер, — может применяться и иной правопорядок, если это вытекает из закона, условий, существа сделки, совокупности фактических обстоятельств дела. В законодательстве других стран применяется привязка к праву места совершения сделки: «Одностороннее обязательство регулируется правом государства, на территории которого оно было сделано» (ст. 59 Закона о МЧП Италии).

Действительность договора с точки зрения формы по праву одного государства и недействительность по праву другого иногда используется в качестве самостоятельного критерия коллизионного права: из двух или более коллидирующих правопорядков предпочтение должно быть отдано тому, в силу которого данная сделка должна быть признана действительной (принцип «благоприятствования сделке» — *favour negotii*). Наиболее широкое распространение этот принцип получил в практике США; он считается одним из основных начал МЧП США, особенно при разрешении межштатных коллизий.

Применение данного принципа целесообразно в качестве альтернативной привязки при определении формы сделки. В законодательстве многих стран закреплено, что если сделка не соответствует по форме праву места ее заключения, но соответствует закону суда, она признается действительной с точки зрения формы (ст. 1209 ГК РФ).

Самым детальным и подробным образом вопросы формальной действительности договоров урегулированы в Регламенте Рим I (ст. 11). Договор, заключенный между лицами, которые в момент его заключения находятся в одной стране, является действительным по форме, если он отвечает условиям в отношении формы, предусмотренным правом, которое применяется к договору в целом, или правом страны места его заключения. Договор, заключенный между лицами, которые находятся в разных странах, является действительным по форме, если он отвечает условиям, предусмотренным правом, которое применяется к договору в целом, или правом страны, где в момент его заключения находится любая из сторон, или правом страны, где в этот момент имела свое обычное место жительства любая из сторон. Односторонний юридический акт, относящийся к договору, является действительным по форме, если он отвечает условиям, предусмотренным правом, которое применяется к договору в целом, или правом страны, где был совершен этот акт, или правом страны, где совершившее акт лицо имело в этот момент свое обычное место жительства.

Эти положения не применяются к договорам с участием потребителя. Форма таких договоров регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства потребитель. Любой договор, имеющий предметом вещное право на недвижимое имущество или аренду недвижимого имущества, подчиняется правилам в отношении формы, предусмотренным правом страны, где находится недвижимое имущество, если:

а) данные правила подлежат соблюдению независимо от места заключения договора и независимо от того, какое право регулирует его по существу;

б) от данных правил не разрешается отступать посредством соглашения.

В Концепции развития гражданского законодательства РФ отмечается, что ст. 1209 ГК отражает принцип альтернативного применения права разных стран путем признания достаточным соблюдения менее строгих требований к форме сделки одного из возможных правопорядков (принцип *favor negotii*). В качестве таких правопорядков названы право места совершения сделки и российское право, если сделка совершена за границей. С учетом международных подходов предлагается использовать в качестве дополнительной альтернативной коллизионной привязки отсылку к праву, регулирующему существо обязательства (*lex causae*). Такой подход уже закреплен в двусторонних договорах России о правовой помощи (в частности, с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Кубой, Польшей).

Кроме того, в п. 2 ст. 1209 ГК РФ содержится специальная коллизионная норма о форме внешнеэкономической сделки, отсылающая к российскому праву. Она призвана обеспечить соблюдение материально-правовой нормы о недействительности внешнеэкономической сделки при нарушении требования о ее письменной форме (ст. 162 ГК РФ). В Концепции предлагается отказаться от выделения особых последствий несоблюдения простой письменной формы для внешнеэкономических сделок, поскольку это неоправданно в современных условиях. С реализацией данного предложения отпадает необходимость в сохранении п. 2 ст. 1209 ГК.

В проекте ГК ст. 1209 излагается следующим образом:

«1. Форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке. Однако достаточно соблюдения права страны места совершения сделки. Совершенная за границей сделка, хотя бы одной из сторон которой выступает лицо, чьим личным законом является российское право, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права.

Правила, предусмотренные абзацем первым настоящего пункта, применяются и к форме доверенности.

При наличии обстоятельств, указанных в пункте 1 статьи 1212 настоящего Кодекса, к форме договора с участием потребителя по выбору потребителя применяется право страны места жительства потребителя.

1.1. Если право страны места учреждения юридического лица содержит особые требования в отношении формы договора о создании юридического лица или сделки, связанной с осуществлением прав участника такого юридического лица, форма сделки подчиняется личному закону юридического лица.

2. Если сделка либо возникновение, переход, ограничение или прекращение прав по ней подлежат обязательной государственной регистрации в Российской Федерации, форма такой сделки подчиняется российскому праву.

3. Форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, российскому праву».

7.4. Унификация правового регулирования международных коммерческих контрактов

Различия в нормах национальных правовых систем, применяемых к внешнеторговым сделкам, осложняют процесс заключения и исполнения международных коммерческих контрактов. Устранение этих препятствий путем создания единообразного правового режима способствует успешному развитию международной торговли. В этом плане огромную роль играют международные организации (ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА).

В 1964 г. были приняты разработанные под эгидой УНИДРУА конвенции о международной купле-продаже: Конвенции о единообразном законе о заключении договоров о международной купле-продаже товаров (Гаагская конвенция о заключении договоров) и Конвенции о единообразном законе международной купли-продажи товаров (Гаагская конвенция о купле-продаже). В конвенциях отражены правовые традиции и экономические реалии континентальных стран Западной Европы. Сфера применения конвенций не является универсальной, а круг их участников ограничен. Гаагские конвенции 1964 г. не получили широкого признания. В целях унификации международно-правового регулирования международной торговли государства — участники Венской конвенции обязаны денонсировать Гаагские конвенции 1964 г.

Многие проекты, разработанные УНИДРУА, стали основой для международных конвенций, принятых под эгидой других международных организаций (в частности, Конвенция о международных дорожных перевозках грузов (CMR), Конвенция о международных дорожных перевозках пассажиров и багажа (CVR), принятые под эгидой Европейской экономической комиссии ООН).

В рамках ЮНСИТРАЛ подготовлена Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров (1974). В Конвенции определены контрактные сроки исковой давности (сокращенные по сравнению с национальными), их начало, течение, перерыв и истечение. В 1980 г. Конвенция дополнена Протоколом в связи с принятием Венской конвенции 1980 г.

В рамках ЮНСИТРАЛ был подготовлен проект Венской конвенции 1980 г. Сфера применения Конвенции — сделка купли-продажи между субъектами, чьи коммерческие предприятия находятся в разных государствах. Ее положения имеют компромиссный характер и представляют собой попытку объединить в одном договоре принципы континентальной и общей правовых систем. Нормы Конвенции носят диспозитивный, материально-правовой, самоисполнимый характер. Венская конвенция признает неограниченную договорную свободу сторон. Конвенция дает юридическое понятие договора международной купли-продажи товаров, устанавливает форму контрактов, определяет содержание основных прав и обязанностей продавца и покупателя, ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение контрактов.

Международной унификацией коллизионных норм в основном занимается Гагская конференция по МЧП. В доктрине соглашения, заключенные в рамках этой международной организации, принято называть «Гагские конвенции».

Гагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров (1955), устанавливает принцип неограниченной свободы воли сторон. Субсидиарная коллизионная привязка — применение закона местожительства продавца (в отсутствие явно выраженной оговорки о праве). Для регулирования прав и обязанностей продавца и покупателя установлена единая коллизионная привязка. Государства-участники обязаны трансформировать нормы Конвенции в их национальное право.

Гагская конвенция о законе, применимом к переходу права собственности на движимые материальные вещи (1958), расширяет сферу действия обязательственного статута в контрактах о продаже за счет сужения вещно-правового статута.

Гагская конвенция 1986 г. дополняет Венскую конвенцию 1980 г. Сфера действия Гагской конвенции 1986 г. — международные ком-

мерческие контракты, стороны которых имеют коммерческие предприятия на территории разных государств. Конвенция 1986 г. закрепляет генеральную коллизионную привязку международных контрактов — автономия воли сторон, явно выраженная или прямо вытекающая из условий сделки и поведения сторон. Конвенция устанавливает право «дополнительной и частной автономии воли». Стороны вправе изменить оговорку о применимом праве после заключения контракта. При отсутствии соглашения сторон применяется закон страны продавца как субсидиарная коллизионная привязка.

Гагская конвенция 1986 г. регулирует наиболее важные аспекты, предваряющие решение вопроса о применимом праве:

- 1) наличие и материальная действительность соглашения сторон о применимом праве;
- 2) наличие и материальная действительность международного коммерческого контракта или его условий;
- 3) формальная действительность международного коммерческого контракта.

Вопросы международной торговли урегулированы в региональных международных соглашениях. Римская конвенция 1980 г. закрепила принцип неограниченной воли сторон, явно выраженной или с «разумной определенностью» вытекающей из условий контракта или обстоятельств дела. Конвенция предусматривает возможность ограничения свободы выбора права сторонами на основании презумпции «наиболее тесной связи» и содержит унифицированные коллизионно-правовые нормы для выбора применимого права по обязательствам из международных коммерческих контрактов.

В 2008 г. был принят Регламент (ЕС) № 593/2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам (Рим I). Его цель — усовершенствовать содержание и расширить сферу применения единообразных коллизионных норм в области договорного права. С декабря 2009 г. Рим I имеет юридически обязательную силу и прямое действие в государствах — членах ЕС, в том числе в их национальных судах, и заменяет Римскую конвенцию. В Преамбуле Рим I указывается, что нормальное функционирование рынка требует, чтобы в интересах предсказуемости исхода судебных разбирательств, повышения определенности в отношении применимого права и содействия свободному передвижению судебных решений, коллизионные нормы, действующие в государствах, указывали одно и то же национальное право независимо от страны, где подан иск.

Регламент разрешает проблему конфликта законов в отношении обязательств, возникающих на основании гражданско-правовых или торговых (коммерческих) договоров. В сферу его действия включены

договоры с участием потребителя, договоры перевозки, коммерческой концессии, оказания услуг, о сбыте продукции, страхования. Рим I применяется к любым договорным отношениям, в том числе к «индивидуальным трудовым договорам». Генеральная коллизионная привязка — автономия воли сторон: «Свобода сторон выбирать подлежащее применению право должна выступать одним из краеугольных камней системы коллизионных норм в области договорных обязательств».

Общей субсидиарной презумпцией выступает принцип «характерного исполнения» — при отсутствии выбора сторон применимое право должно определяться согласно правилу, предусмотренному для различных категорий договоров. Если договор не может быть отнесен к одной категории или если он принадлежит к нескольким категориям, то договор регулируется правом страны, где находится обычное место жительства стороны, осуществляющей решающее исполнение. В случае договора, состоящего из связки прав и обязанностей, которые могут быть отнесены к нескольким категориям договоров, исполнение, имеющее решающее значение, должно определяться относительно его центра тяжести. Этот принцип регулирует все договорные обязательства, как прямо перечисленные в Рим I, так и непоimenованные.

Практически по всем видам договоров принцип «характерного исполнения» конкретизируется посредством частных презумпций. Прежде всего это касается договоров перевозки, страхования, договоров с участием потребителей и индивидуальных трудовых контрактов. Например, «вследствие особого характера договоров перевозки и страхования специальные положения должны обеспечивать адекватный уровень защиты пассажиров и страхователей» (п. 46 Преамбулы). Для договоров с участием потребителя предусмотрен «каскад коллизионных норм». Договор, заключенный потребителем с целью, не имеющей отношения к его предпринимательской деятельности, с предпринимателем, действующим в ходе осуществления своей предпринимательской деятельности, регулируется правом страны, где имеет свое обычное место жительства потребитель, при условии, 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.

Стороны потребительского договора могут выбирать право, подлежащее применению к договору. Однако этот выбор не может повлечь за собой лишение потребителя защиты, предоставляемой

ему положениями, от которых не разрешается отступать посредством соглашения (ст. 6 Рим I).

Принцип «наиболее тесной связи» позиционируется как «условие об изъятии». При отсутствии выбора сторон, когда применимое право не может быть определено ввиду невозможности отнести договор к определенной категории или установить место жительства стороны, которая должна осуществить решающее исполнение, договор подлежит регулированию правом страны, с которой он имеет наиболее тесные связи (п. 21 Преамбулы). Сужение применения принципа «наиболее тесной связи» связано с тем, что для достижения «правовой определенности в рамках европейского пространства правосудия коллизионные нормы должны быть в высокой степени предсказуемыми» (п. 16 Преамбулы).

В Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам (1994), дано определение международных контрактов. Автономия воли является первоосновой выбора права, генеральной коллизионной привязкой любых обязательств из международных контрактов. В Конвенции закреплены унифицированные коллизионно-правовые нормы регионального международного договорного права.

Следует упомянуть и универсальные конвенции, регулирующие частные вопросы международной купли-продажи и иные внешнеэкономические сделки: Женевская конвенция об агентировании при международной купле-продаже товаров (1983), Оттавские конвенции УНИДРУА о международном факторинге и международном финансовом лизинге (1988).

7.5. Международный торговый обычай

В международных коммерческих контрактах широко применяются международные обычаи. В МЧП выделяют особую категорию правовых обычаев — обычаи делового оборота.

Обычай делового оборота — это «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе» (ст. 5 ГК РФ). В постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указывается, что обычай делового оборота — это «не предусмотренное законодательством или договором, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое в какой-либо обла-

сти предпринимательской деятельности правило поведения, например, традиции исполнения тех или иных обязательств».

Среди обычаев делового оборота выделяется *международный торговый обычай*. Термин «международный торговый обычай» является обобщающим и охватывает все применяемые в международной торговле правила неюридического характера — собственно обычаи, обыкновения, заведенный порядок¹. В доктрине отмечается, что определение классического международного торгового обычая закреплено в п. 1 ст. 9 Венской конвенции 1980 г.: «При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли»².

Международный торговый обычай — это единообразное правило поведения, сложившееся в практике международной торговли. Правило поведения можно квалифицировать как международный торговый обычай:

- это устойчивая, регулярная, освоенная, единообразная практика международной торговли;

- признание в качестве правовой нормы, т.е. санкционирован юридически обязательный характер.

Разрешение спора из международных коммерческих контрактов на основе торговых обычаев предусмотрено во многих национально-правовых и международно-правовых актах: «Третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке» (п. 3 ст. 28 Закона РФ о МКА). При разрешении дела «арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями» (п. 1 ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (1961)).

В международном публичном и международном частном праве часто употребляется термин «*обыкновение*» (торговое обыкновение). Обыкновение — это единообразное устойчивое правило, всеобщая практика, не имеющая юридической силы. Как правило, формирование обыкновения представляет собой первую стадию установления обычной нормы права. Процесс трансформации обыкновения в обычно-правовую норму предполагает его признание в качестве юридически обязательного правила поведения на международном или национальном уровне.

¹ Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

² Канашевский В. А. Международный торговый обычай и его место в правовой системе Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 8.

Обычай относится к устной категории источников права. Устная форма порождает различное толкование торговых обычаев и является основным недостатком их использования¹. Необходимо отметить, что практически все международные и национальные правовые обычаи фиксируются в письменной форме (в судебной и арбитражной практике, путем установления обычных терминов проформ и типовых контрактов, в сборниках сведений о торговых обычаях, в «сводах» торговых обычаев, в частных неофициальных кодификациях международных обычаев).

С одной стороны, фиксация правила поведения в каком-либо документе неофициального характера (частный сборник, формуляр, стандартные условия) не означает, что оно приобрело письменную форму в юридическом смысле. С другой стороны, существование международного торгового обычая не зависит от его письменного закрепления. Письменный источник может рассматриваться как доказательство существования обычного правила².

Систематизацию обычаев делового оборота и международных торговых обыкновений в целях их единообразного толкования осуществляет МТП. Письменные сборники МТП (правила унифицированного толкования) не имеют самостоятельной юридической силы. Однако эти сборники могут опережать формирование обычая и приобретать по отношению к обычаям относительно самостоятельный статус.

МТП постоянно выпускает новые редакции унифицированных правил. Закрепление в очередной редакции какого-либо нового правила диктуется целесообразностью его применения в международной торговле. Не обязательно, чтобы данное правило уже было признано торговым обычаем или получило большое распространение. Таким образом, торговая практика формируется на основании рекомендаций МТП. Этот процесс можно обозначить как «сознательное формирование обычаев»³.

В практике международной торговли применяются Условия страхования грузов, разработанные Объединением лондонских страховщиков. Российское законодательство устанавливает, что условия, на которых заключается договор страхования, могут быть определены в стандартных правилах страхования, принятых страховщиком либо объединением страховщиков (п. 1 ст. 943 ГК). В договоре должна быть ссылка на эти правила, сами правила должны быть изложены в одном документе с договором либо приложены

¹ Там же.

² Там же.

³ Зыкин И. С. Негосударственное регулирование // Международное частное право: современные проблемы / под ред. М. М. Богуславского. М., 1994.

к нему. В доктрине подчеркивается, что это положение не применяется к общеизвестным правилам страхования, в частности, к правилам Объединения лондонских страховщиков: если при заключении договора страхователь делает ссылку на указанные правила, то следует исходить из того, что указанные правила известны страхователю и нет необходимости прикладывать текст правил к договору¹.

По российскому законодательству обычаи делового оборота применяются только в той части, в которой они не противоречат нормам гражданского законодательства (императивным и диспозитивным) или договору (ст. 5, п. 5 ст. 421 ГК РФ). В отечественной доктрине подчеркивается, что применительно «к отношениям по договору международной купли-продажи следовало бы исходить из приоритета обычая делового оборота над диспозитивной нормой закона». Обычаи делового оборота должны учитываться судом для определения содержания договора при выяснении действительной общей воли его сторон. Обычаи делового оборота представляют собой подразумеваемые условия, которые стороны должны иметь в виду при заключении договора².

Во многих нормативных правовых актах подчеркивается «связанность» субъектов контракта обычно-правовыми нормами: «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 делового оборота, обозначенных соответствующими торговыми терминами» (п. 6 ст. 1211 ГК РФ). Международный торговый обычай применяется к отношениям сторон как диспозитивная правовая норма, т.е. независимо от ссылки на него в контракте (п. 1 ст. 9 Венской конвенции 1980 г.).

7.6. Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (Инкотермс)

Торговые термины (типы договоров) на протяжении длительного времени складывались в практике и в конце концов приобрели качество обычаев международной торговли³. В законодательстве некоторых государств закреплены базисные условия поставки с указанием терминов FOB, FAS, CIF (Единообразный торговый кодекс

¹ Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизийное регулирование. М., 2008.

² Розенберг М. Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. М., 2006.

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

США, Закон Франции о фрахтовании и морской торговле (1969)). Толкование одних и тех же терминов существенно отличается (например, условие ФАС в российской практике понимается как «свободно вдоль борта судна», во Франции — как «франко-станция» и «франко-граница»). Условие FOB по ЕТК США толкуется как «FOB место отгрузки» (похожее на условие FCA по Инкотермс-2000) и «FOB место назначения» (близкое по толкованию к терминам группы «С»). Применение термина FOB (в отличие от Инкотермс-2000) не ограничено исключительно водным транспортом; согласно ЕТК это условие имеет универсальный характер.

В целях унификации практики внешнеторгового оборота МТП разработала унифицированные международные правила по толкованию таких терминов (Инкотермс), которые представляют собой частную неофициальную кодификацию международных торговых обычаев. Основная причина разработки Инкотермс — различное понимание в отдельных странах (и даже портах одной страны) торговых терминов. Смысл этой кодификации — закрепление единообразных правил толкования терминов, наиболее часто применяемых во внешней торговле, чтобы таким образом максимально избежать различную интерпретацию таких понятий в национальном праве.

Во второй половине 1920-х гг. МТП опубликовала сведения о принятых в 18 странах торговых терминах (Trade Terms). В 1936 г. ICC Rules for the Interpretation of Trade Terms — Incoterms (Правила МТП толкования международных торговых терминов — Инкотермс). В 1953 г. Инкотермс были пересмотрены Комитетом по международным торговым терминам. Дополнения и изменения в этот документ вносились в 1967, 1976 и 1980 гг. Коренной пересмотр Инкотермс состоялся в 1990 г. Основная причина этого пересмотра — использование компьютерной связи, изменения в технике транспортировки грузов (контейнеры, смешанные перевозки, суда типа «ро-ро», перевозки автомобильным и железнодорожным транспортом «по спокойной воде»). Из редакции 1990 г. были исключены некоторые термины — FOR/FOT и FOB-аэропорт. Следующая редакция Инкотермс имела место в 2000 г.

При разработке Инкотермс-2000 были приложены значительные усилия, чтобы достичь максимального единообразия при использовании каких-либо терминов. По возможности применялись формулировки Венской конвенции 1980 г. (толкование выражений «грузоотправитель», «поставка», «передача товара», «сборы» и др.). В Инкотермс-2000 используется выражение «обычный срок» вместо «разумный» (условие EXW, условия группы С). Термин «обычный» представляется более удачным, так как во многих случаях легко определить, какая практика является «обычной» для международной тор-

говли. Эта практика может играть роль руководства. Термин «разумный» определить сложнее, поскольку он требует оценки не с точки зрения торговой практики, а с точки зрения принципа справедливости и доброй совести.

Основная причина последовательных пересмотров Инкотермс — необходимость адаптировать Правила к современной коммерческой практике. В настоящее время действуют Инкотермс-2010.

Стороны международного коммерческого контракта по своему желанию вправе использовать любую редакцию Инкотермс.

Под терминами, толкование которых дано в Инкотермс, понимаются типы договоров международной купли-продажи, основанные на фиксированном распределении прав и обязанностей торговых партнеров. Сфера действия Инкотермс ограничена определением прав и обязанностей сторон по договору купли-продажи движимых материальных вещей (Правила не применяются при купле-продаже «нематериальных» товаров). Правила толкования относятся только к договору купли-продажи, хотя на практике между сторонами имеет место взаимосвязанная система различных договорных отношений — договоры перевозки, страхования, таможенного брокера, финансирования.

Инкотермс не относятся к договору перевозки, однако использование определенного термина имеет значение не только для купли-продажи, но и для других обязательств. Например, заключение договора на условиях CFR или CIF предполагает только морскую (реже — внутреннюю водную) перевозку, так как продавец обязан представить покупателю коносамент или иной морской транспортный документ.

Инкотермс регулируют строго определенные обязательства сторон: обязанность продавца передать товар в распоряжение покупателя, передать его перевозчику или доставить в пункт назначения; распределение риска между сторонами. Правила регламентируют обязанности сторон по таможенной очистке товара, его упаковке, обязанность покупателя принять поставку и подтвердить выполнение обязательств продавца. Большое количество вопросов, имеющих значение для договора купли-продажи (передача права собственности и других вещных прав, последствия нарушения договора, возможность освобождения от ответственности) остаются вне сферы действия Инкотермс. Правила не предназначены для полной замены всех условий договора купли-продажи.

Термины Инкотермс исходят из того, что риск утраты или повреждения товара переходит на покупателя с момента выполнения продавцом его обязанности по поставке товара. Инкотермс увязывают переход риска с передачей товара и не связывают его с иными обсто-

ятельствами с переходом титула (права собственности) или с моментом заключения договора. Ни Инкотермс, ни Венская конвенция не регламентируют вопросы перехода права собственности или иных вещных прав, связанных с товаром. Если момент перехода права собственности в договоре специально не установлен, то каждая сторона определяет его по нормам своего национального законодательства.

В настоящее время проблема безопасности товаров, судов и т.д. является одной из основных в международной торговле. Учитывая, что большинство стран предъявляют повышенные требования к проверкам безопасности, Инкотермс-2010 вводит обязательство обеих сторон предоставлять всю необходимую информацию по запросу в случаях проведения таможенной импортной/экспортной очистки. Предыдущие редакции Инкотермс не содержали подобного правила.

В Инкотермс-2010 особое внимание обращено на то, какое условие поставки следует использовать в договоре при перевозке тем или иным видом транспорта. Все термины подразделяются на две группы:

1) условия поставки, применяемые при перевозке грузов любым видом транспорта — EXW, FCA, CPT, CIP, DAP, DAT, DDP;

2) условия поставки, применяемые при перевозке грузов только морским или внутренним водным транспортом — FAS, FOB, CFR, CIF.

Инкотермс-2010 содержат толкования 11 торговых терминов, фиксирующих права и обязанности сторон по каждому типу договоров:

1) права и обязанности контрагентов по перевозке и страхованию товара, обеспечению его надлежащей упаковки, выполнению стивидорных работ, распределение дополнительных расходов, возникающих в процессе перевозки;

2) права и обязанности контрагентов по выполнению таможенных формальностей (таможенная очистка — уплата таможенных пошлин и сборов, осуществление необходимых действий для таможенного оформления ввоза или вывоза товаров), по получению экспортных и импортных лицензий, по транзиту товара через третьи страны;

3) момент перехода риска с продавца на покупателя в случае гибели или повреждения товара в период транспортировки;

4) порядок извещения покупателя о поставке товара и предоставления ему транспортных документов.

В Инкотермс определенные типы договоров формулируются в зависимости от условий транспортировки товаров, перехода рисков, таможенных обременений, т.е. тип договора сводится к типу условий, на которых он совершается: 1) группа «Е» (отправление); 2) группа «F» (основная перевозка не оплачена); 3) группа «С»

(основная перевозка оплачена); 4) группа «D» (прибытие). 11 терминов составляют 11 типов договоров. Все условия поделены на четыре категории в зависимости от степени участия и ответственности продавца за транспортные, таможенные и другие обременения:

1. Группа «E» (отгрузка): EXW (франко-завод). Это наименее обременительное для продавца и наиболее обременительные для покупателя условие. Продавец должен в срок передать товар покупателю на предприятии-изготовителе или вблизи от него. Применяется при перевозке любым видом транспорта.

2. Группа «F» (основная перевозка не оплачена продавцом): а) FCA (франко-перевозчик) — свободно у перевозчика; б) FAS (франко вдоль борта) — свободно вдоль борта судна; в) FOB (франко-борт) — свободно на борту. Определяющий момент — обязанность продавца поставить товар до транспортных средств, указанных покупателем, без обязанности организовывать перевозку. Применение: FCA — любой вид транспорта; FAS и FOB — морской и внутренний водный транспорт.

3. Группа «C» (основная перевозка оплачена продавцом): а) CFR (на практике используется более привычное выражение — C&F или C + F) — стоимость и фрахт; б) CIF — стоимость, страхование и фрахт; в) CPT — провозная плата оплачена до ...; г) CIP — провозная плата и страхование оплачены до ... Основная обязанность продавца — заключение договора перевозки без несения риска утраты или повреждения груза после погрузки товара на зафрахтованное судно. Применение: CPT и CIP — любой транспорт; CFR и CIF — морской и внутренний воздушный транспорт.

Договоры на условиях групп F и C представляют собой договоры отгрузки (отправки). Со страхованием связаны только условия CIF и CIP (продавец обязан обеспечить страхование в пользу покупателя). В соответствии с условиями страхования грузов Института лондонских страховщиков страхование может осуществляться с минимальным покрытием, со средним покрытием, с наиболее широким покрытием. Традиционно по CIF и CIP выбирается минимальное страхование. При необходимости покупатель может потребовать от продавца дополнительного страхования. В Инкотермс-2010 пересмотрено страховое покрытие с учетом поправок, внесенных в Institute Cargo Clauses (Институт лондонских страховщиков).

4. Группа «D» (доставка): а) DAP (франко-пункт) — поставка в пункте... Данное условие используется вместо DAF, DES и DDU (Инкотермс-2000); б) DAT (франко-терминал) — поставка на терминале... Данное условие используется вместо DEQ (Инкотермс-2000); в) DDP (франко-склад) — поставлено с оплатой пошлины. Это наиболее обременительные для продавца условия — он несет все затраты

и риски, связанные с доставкой груза в пункт назначения. Условия группы D — это договоры прибытия. Все они применяются при перевозке любым видом транспорта.

Инкотермс не требуют какого-либо формального присоединения к ним. По законодательству многих государств (Испания, Ирак, Украина — всего около 50 стран) этот документ обязателен для применения ко всем импортным операциям. Австрия, Франция, Германия расценивают Инкотермс как правовой обычай, который применяется, если стороны не оговорят иное. В Польше Инкотермс имеют силу торгового обычая. Доктрина Англии и США полагает, что Инкотермс — это свод торговых обыкновений. Международная арбитражная практика идет по пути использования Инкотермс независимо от наличия или отсутствия в контракте ссылки на них. Встречаются случаи, когда стороны, согласовывая условие о применимом праве, ссылаются на Инкотермс¹.

Правление ТПП РФ в постановлении от 28 июня 2001 г. объявило Инкотермс-2000 торговым обычаем. В п. 6 ст. 1211 ГК РФ предусматривается: если в договоре использованы принятые в международном обороте термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, обозначаемых соответствующими торговыми терминами. В отечественной доктрине подчеркивается: «Как видно из данной нормы ГК РФ, в новых условиях прямая отсылка к Инкотермс не обязательна. Следовательно, основанием для применения Инкотермс будет не ссылка на этот документ в контракте, а положения ст. 5 ГК РФ, согласно которым Международные правила толкования торговых терминов как сложившиеся и широко применяемые в области международной торговли правила поведения признаются обычаем делового оборота»². При отсутствии в договоре ссылки на Инкотермс данный документ подлежит применению в качестве обычая делового оборота³.

Инкотермс предназначены для использования в международных коммерческих операциях, когда товар пересекает национальные границы. На практике Инкотермс зачастую включаются в договоры для продажи товаров в пределах внутренних рынков. Новая редакция легализовала эту практику. Инкотермс-2010 могут использоваться и в международной, и во внутренней торговле. Это указано на титульной странице официального издания Инкотермс.

¹ Вилкова Н. Г. Применение Инкотермс в практике МКАС при ТПП РФ // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1.

² Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008.

³ Вилкова Н. Г. Указ. соч.

Договорная практика российских предприятий свидетельствует об использовании Инкотермс во внутренних договорах поставки.

В отечественной доктрине отмечается, что из факта признания Инкотермс торговым обычаем напрямую следует возможность его применения и к договорам, не осложненным иностранным элементом. «Нет никаких препятствий к тому, чтобы аналогичные отсылки (ко всему сборнику или к отдельным включенным в него правилам) содержались во внутренних договорах»¹. Допустимость применения Инкотермс во внутренних договорах поставки основана на положениях п. 5 ст. 421 ГК РФ и п. 1 ст. 510 ГК РФ. Использование Инкотермс позволяет достичь единообразного и принятого в коммерческом обороте уточнения диспозитивных правил ст. 458 (момент исполнения обязанности продавца передать товар) и ст. 459 ГК РФ (переход риска случайной гибели товара)². Включение в договор того или иного термина позволяет более четко определить взаимные права и обязанности сторон, уточнить момент перехода рисков.

В начале 1980-х гг. выявилась необходимость дополнить Инкотермс предоставлением сторонам возможности использовать электронные эквиваленты бумажных документов. В 1987 г. были приняты Унифицированные правила поведения для международного обмена коммерческими данными путем телекоммуникаций. В редакции Инкотермс-1990 положение об обязанности продавца предоставить доказательства поставки включало возможность заменить бумажную документацию электронными сообщениями, если стороны договорились об электронной связи. Такие сообщения могли быть переданы непосредственно заинтересованной стороне или через третью сторону, предоставляющую дополнительные услуги.

Инкотермс-2000 также содержали отсылку к ситуации, когда продавец и покупатель согласились осуществлять электронную переписку. При наличии такого соглашения бумажный документ может быть заменен эквивалентным извещением по электронной связи EDI (Electronic Data Interchange — осуществляемый с помощью электронных коммуникаций обмен коммерческими данными).

Инкотермс-2010 предусматривают возможность для покупателя и продавца предоставлять контрактную документацию в виде электронных документов. Электронные записи используются в случае согласия сторон или когда использование такого способа обмена информацией является общепринятым.

В 1990 г. Международный морской комитет представил Правила для электронных коносаментов. Право контроля над товаром и его

¹ Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право. Общие положения. М., 2002.

² Вилкова Н. Г. Указ. соч.

передачи, как и любое иное право, требует наличия личного кода (*Private Key*), который перевозчик сообщает грузоотправителю после принятия товара. Личный код может быть выражен в виде любой технически приемлемой формы, которую стороны могут согласовать в целях обеспечения аутентичности и полноты передачи электронного сообщения.

Правила ММК определяют три стороны правоотношения — перевозчик, грузоотправитель (первый держатель) и грузополучатель (второй или последующий держатель). Перевозчик, грузоотправитель и любые последующие стороны, применяющие процедуры EDI, соглашаются, что переданные и подтвержденные электронные данные, соответствуют требованиям национального или местного права, обычая или практики о необходимости заключить договор перевозки в письменной форме. Выражая согласие на применение Правил, стороны соглашаются не выдвигать в качестве защиты довода о необходимости заключить договор в письменной форме.

В 1996 г. ЮНСИТРАЛ разработала Модельный закон по электронной торговле, основанный на системе Правил ММК для электронных коносаментов.

7.7. *Lex mercatoria* в правовом регулировании международных коммерческих контрактов. Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА

Понятие *lex mercatoria* используется для обозначения всего существующего массива национального и международного регламентирования внешнеторговых отношений, т.е. глобальное осмысление правил международной торговли. *Lex mercatoria* — это автономный правопорядок, самостоятельная правовая система, которая создается не государством и не группой государств, а непосредственно субъектами международной торговли¹. *Lex mercatoria* — это международное коммерческое право, объединяющее нормы прямого действия и устраняющее *argiōi* коллизию между правовыми системами разных государств².

Критерий включения каких-либо актов в *lex mercatoria* — возможность и целесообразность их применения в международном коммерческом обороте.

¹ Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

Основные инструменты *lex mercatoria* разрабатываются в рамках международных организаций. В связи с этим доктрина в основном рассматривает *lex mercatoria* как «квазиправовое регулирование». Предписания *lex mercatoria* не подлежат принудительному исполнению, т.е. обязывают стороны не сами по себе, а лишь становясь частью контрактных условий¹.

Большинство ученых признает, что *lex mercatoria* — это не юридическая, а параюридическая система (параллельное право). Термины «право», «правовая система» в данном случае понимаются условно — это нормативная регулирующая система. По своей природе «*lex mercatoria*» является системой негосударственного регулирования международной торговли.

Международные организации играют главенствующую роль в формировании *lex mercatoria*. В 1983 г. ЮНСИТРАЛ приняла Единообразные правила о договорных условиях согласования суммы, причитающейся в случае неисполнения обязательства. Единообразные правила представляют собой унифицированную формулу, объединяющую различные подходы к правовой квалификации неустойки (концепции «заранее исчисленных убытков» в англо-американском праве и «штрафной» неустойки в континентальном праве).

В 1988 г. было опубликовано Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов. Руководство предлагает различные варианты решения возникающих между подрядчиком и заказчиком правовых вопросов. В 1992 г. ЮНСИТРАЛ разработала Правовое руководство по международным встречным торговым сделкам. Цель Руководства — оказать содействие сторонам, заключающим встречные сделки.

В области правового регулирования государственных закупок ЮНСИТРАЛ в 1994 г. приняла Типовой закон о закупках товаров (работ) и услуг. Типовой закон содержит нормы, направленные на обеспечение конкурентных условий, гласности (транспарентности), честности и объективности в процессе осуществления закупок. ЮНСИТРАЛ одобрила Руководство по принятию Типового закона.

В 1996 г. ЮНСИТРАЛ приняла Типовой закон по электронной торговле. Он призван создать благоприятные условия для использования современных средств коммуникаций и хранения информации, электронного обмена информацией, электронной почты и факсимильной связи. ЮНСИТРАЛ разработала Руководство по принятию

¹ Бахин С. В. Субправо: Новые тенденции в унификации международного права // Правоведение. 2002. № 1 (240).

Типового закона, которое может использоваться при толковании его отдельных положений.

В рамках УНИДРУА разработано Руководство по организации международной сети коммерческой концессии (франчайзинга), в рамках ОЭСР — Руководящие принципы для многонациональных предприятий, в рамках МОТ — Принципы многонациональных предприятий и социальной политики, в рамках ООН — Комплекс справедливых принципов и норм для контроля за ограничительной деловой практикой и многочисленные кодексы поведения (Международный кодекс рекламной практики, Кодекс поведения линейных конференций, Кодекс поведения для ТНК, Кодекс поведения в области передачи технологии).

Международная торговая палата (международная неправительственная организация; основана в 1919 г.) производит кодификацию международных обычаев делового оборота. Палатой составлены своды единообразных правил: Инкотермс, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов. Своды унифицированных правил включаются в систему *lex mercatoria*.

Международная торговая палата и другие международные неправительственные организации разрабатывают типовые контракты на отдельные виды товаров. В рамках МТП приняты образцы договора международной купли-продажи, агентского и дистрибьюторского договоров, договоров франчайзинга и случайного посредничества. Типовые проформы соглашений, предлагаемые МТП и другими МНПО, представляют собой рекомендации по выбору условий внешнеторгового контракта.

Ссылка в контракте на международные своды принципов, обычаев делового оборота и торговых обыкновений в определенной степени исключает международный коммерческий контракт из сферы действия национального права. Включенные в соглашения условия становятся положениями контракта (ст. 1, 421, 422 ГК РФ) и стоят в иерархии правовых норм выше диспозитивных норм права.

Американская ассоциация юристов в проекте «Юрисдикция киберпространства» рекомендует судам одобрить применение *lex mercatoria* к сделкам с участием потребителя («операции *business-to-consumer*»).

В 1994 г. Административный совет УНИДРУА утвердил Принципы международных коммерческих контрактов (Принципы УНИДРУА). Первая редакция включала 120 статей. В 2004 г. была принята новая редакция Принципов (185 статей). В 2010 г. принята третья редакция Принципов (211 статей). Многие ученые считают этот документ

материализацией концепции *lex mercatoria*¹. Принципы УНИДРУА призваны заменить бессистемный конгломерат различных регуляторов и материализовать в доступном виде концепцию *lex mercatoria*². В западной доктрине Принципы УНИДРУА отождествляются с *lex mercatoria*.

Принципы основаны на транснациональном подходе, — они не принадлежат ни к какому национальному порядку, не отражают правила и принципы какой-либо национальной системы права. Они сформулированы для глобального применения к международным контрактам. Во Введении указывается, что составители стремились избежать использования терминологии, свойственной какой-либо одной правовой системе. В сопровождающих каждую статью комментариях не содержится отсылок к национальному праву для объяснения происхождения и смысла предложенного решения. Во Введении подчеркивается, что Принципы «включают также то, что предположительно является наилучшим решением, даже если оно еще не стало общепринятым». Тем не менее никакие нормы Принципов не ограничивают применение обязательных (императивных) положений национального, международного или наднационального происхождения, которые подлежат применению в силу соответствующих норм МЧП (ст. 1.4).

При подготовке текста Принципов УНИДРУА использовалось национальное законодательство — ЕТК США, ГК Алжира (1975), проекты ГК Нидерландов (1992) и Квебека (1994), Закон КНР о внешне-экономическом договоре (1999).

С точки зрения формы Принципы представляют собой правила рекомендательного характера, предназначенные для использования субъектами международных коммерческих контрактов. Этот документ не предполагает одобрения со стороны государств, а предназначен для применения в соответствии с волей сторон. Принципы рассчитаны на универсальное применение в отношении любых коммерческих сделок³. В тексте Принципов прямо указывается сфера их применения — международные коммерческие контракты.

Принципы устанавливают «общие нормы для международных коммерческих контрактов» и основаны на общих принципах права цивилизованных народов, наиболее приспособленных для особых потребностей международной торговли. Принципы УНИДРУА — это детализированная система норм общего договорного права, регулирующая вопросы заключения, действительности, толкования, содер-

¹ Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

³ Бахин С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права). СПб., 2002.

жания, исполнения и последствий неисполнения международных коммерческих контрактов независимо от национальных правовых традиций¹.

В Преамбуле закреплены общие правила применения Принципов:

1) они подлежат применению, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этими Принципами;

2) они могут применяться, когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», «*lex mercatoria*» или аналогичными положениями;

3) они могут использоваться в случае, когда стороны не выбрали право, применимое к их договору;

4) они могут использоваться для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов;

5) они могут использоваться для толкования и восполнения национального законодательства;

6) они могут служить в качестве модели для национальных и международных законодателей.

Стороны, желающие предусмотреть, что их соглашение будет регулироваться Принципами, могут использовать следующие слова, добавив по своему желанию любые исключения или изменения: «Настоящий договор будет регулироваться Принципами УНИДРУА 2010 (за исключением статей...)». Стороны, желающие предусмотреть субсидиарное применение права определенного государства, могут использовать следующие слова: «Настоящий договор будет регулироваться Принципами УНИДРУА 2010 (за исключением статей...), дополненными, в случае необходимости, правом государства...».

Статья 1.1 «Свобода договора» устанавливает: «Стороны свободны вступать в договор и определять его содержание». Принципы УНИДРУА закрепляют свободу формы договора, его добросовестность и обязательность, формулируют специфические условия международных коммерческих контрактов, разрешают противоречие между стандартными и неожиданными условиями и проблему конфликта проформ, устанавливают возможность наличия подразумеваемых обязательств. Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

Принципы изначально не планировались как обязательный для применения инструмент². Стороны могут исключить применение

¹ Смитюх А. *Lex mercatoria и национальное право. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА как средство дополнения и легитимизации применения внутригосударственного законодательства* // Юридическая практика. 2002. № 1 (211).

² Кужин А. В. *Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: основные положения, юридическая природа* : дис. канд. юрид. наук. М., 2005.

настоящих Принципов, отступать от них или изменять содержание любого из их положений, если иное не предусмотрено в Принципах. Их некоторые императивные положения не могут быть отменены или изменены, поскольку отражают саму природу Принципов и соответствуют императивным положениям национального права большинства государств.

Одна из императивных норм Принципов УНИДРУА, действие которой стороны, избравшие Принципы или *lex mercatoria* в качестве применимого права, не могут исключить своим соглашением, — провозглашение принципов добросовестности и честной деловой практики («стороны не вправе исключить или ограничить эту обязанность»). Добросовестность и честная деловая практика в международных коммерческих отношениях обозначаются как одна из целей, ради достижения которых созданы Принципы УНИДРУА.

Статья 1.7 Принципов «Добросовестность и честная деловая практика» устанавливает обязанность субъектов коммерческих отношений действовать в соответствии с принятыми в практике международной торговли стандартами добросовестности и честной деловой практики. Критерий добросовестности предопределяет решение вопросов¹:

1) признание договора недействительным вследствие существенной ошибки одной стороны, о которой было известно другой стороне;

2) признание договора недействительным вследствие обмана;

3) признание договора недействительным вследствие существенного неравенства условий договора, когда одна сторона получает чрезмерное и неоправданное преимущество за счет другой;

4) оговорки об ограничении ответственности.

Структура Принципов 2010: Преамбула, гл. 1 «Общие положения», гл. 2 «Заключение договора и полномочия представителей» (разделы «Заключение договора», «Полномочия представителей»), гл. 3 «Действительность» (разделы «Общие положения», «Основания оспаривания», «Противоправность»), гл. 4 «Толкование», гл. 5 «Содержание, права третьих лиц и условия» (разделы «Содержание», «Права третьих лиц», «Условия»), гл. 6 «Исполнение» (разделы «Общие положения об исполнении», «Затруднения»), гл. 7 «Неисполнение» (разделы «Общие положения», «Право на исполнение», «Прекращение», «Убытки»), гл. 8 «Зачет», гл. 9 «Уступка прав, перевод обязательств, уступка договоров» (разделы «Уступка прав»,

¹ Смитюх А. *Lex mercatoria* и национальное право. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА как средство дополнения и легитимизации применения внутригосударственного законодательства // Юридическая практика. 2002. № 1 (211).

«Перевод обязательств», «Уступка договоров»), глава 10 «Исковая давность», гл. 11 «Множественность должников и кредиторов» (разделы «Множественность должников», «Множественность кредиторов»).

Многие положения отсутствовали в предыдущих редакциях. Например, новыми в ред. 2010 г. являются разд. 3.3 «Противоправность», 5.3. «Условия», гл. 11.1 «Множественность должников и кредиторов». Принципы 2010 г. приспособлены к потребностям заключения контрактов в электронной форме.

При толковании Принципов надлежит учитывать их международный характер и цели, включая необходимость содействовать достижению единообразия в их применении. Вопросы, охватываемые сферой действия Принципов, но которые прямо в них не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с их основополагающими общими принципами.

На основе Принципов УНИДРУА в 1995 г. были разработаны Принципы европейского контрактного права (Европейские принципы). Этот документ разработан в рамках подготовки общеевропейского кодекса частного права. Сфера действия Европейских принципов — международные сделки и сделки «внутреннего» характера. Европейские принципы — это общие правила договорного права, применяемые к любым сделкам, включая потребительские.

Принципы имеют статус «мягкого права», их соблюдение не обеспечивается принудительно государством. Статья 1 указывает, что Принципы предназначены для применения в качестве общих правил договорного права ЕС. Европейские принципы применяются:

1) стороны согласились включить их в договор или согласились, что договор будет регулироваться Европейскими принципами;

2) стороны согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, *lex mercatoria* или иными аналогичными положениями;

3) стороны не избрали какую-либо систему или правила законодательства для урегулирования их договора.

Европейские принципы — часть системы *lex mercatoria*; они содержат практически все общие положения договорного права и частично — общие положения обязательственного права.

Европейские принципы устанавливают, что если объективно применимое к договору право это допускает, стороны могут договориться не только о применении Принципов к их договору, но и о том, что не будут применяться национальные императивные нормы. В Рим I зафиксировано, что Регламент не препятствует сторонам включить в контракт указание о применении вненациональных норм права или международного договора. В случае, если Сообщество в соответствующем правовом документе утвердит правила матери-

ального договорного права, включая примерные условия, то такой документ может предусматривать, что стороны могут сделать выбор в пользу применения этих правил (п. 13, 14 Преамбулы).

Независимость от национальных правовых систем, использование общих норм права и абстрактных юридических формул (критерии «добросовестности», «разумности») позволяют оценить Принципы УНИДРУА и Европейские принципы как своеобразные кодексы универсального и регионального международного договорного права (универсального и регионального).

7.8. Договор международной купли-продажи товаров

Договор международной купли-продажи товаров представляет собой основной вид международных коммерческих контрактов. Предмет договора международной купли-продажи товаров — движимые материальные вещи. В настоящее время международная купля-продажа регулируется в основном посредством унифицированных международных материально-правовых норм.

Венская конвенция 1980 г. — основной международно-правовой документ, регламентирующий международную куплю-продажу в современном торговом обороте. Отношения, не урегулированные Конвенцией, могут регламентироваться посредством обычаев, в отношении которых стороны договорились, и подразумеваемых обычаев (обычай, о котором стороны знали или должны были знать, который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах подобного рода).

Пробелы Конвенции восполняются путем применения (ст. 7):

- 1) общих принципов, на которых основана Конвенция;
- 2) права, применимого в силу норм МЧП.

Сфера применения Венской конвенции 1980 г. — договоры купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах. Нахождение коммерческих предприятий в разных государствах не принимается во внимание, если это не вытекает из договора, или деловых отношений, или обмена информацией между сторонами. Для применения Конвенции не имеет значения национальная принадлежность сторон, их гражданский или торговый статус, гражданский или торговый характер договора (ст. 1). В ст. 2 дан перечень видов купли-продажи, к которым Конвенция не применяется: купля-продажа товаров для личного потребления, ценных бумаг, акций и денег, судов водного и воздушного транспорта, электроэнергии.

Конвенция регламентирует принципиальные вопросы международных коммерческих отношений:

- 1) понятие договора международной купли-продажи товаров;
- 2) порядок заключения договора между отсутствующими;
- 3) форма договора международной купли-продажи товаров;
- 4) содержание прав и обязанностей продавца и покупателя;
- 5) ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора.

Конвенция устанавливает порядок заключения международного коммерческого контракта между «отсутствующими». Момент заключения контракта основан на «доктрине получения»: оферта вступает в силу, когда она получена ее адресатом, а договор считается заключенным в момент, когда вступает в силу акцепт оферты (ст. 15, 23). Место заключения контракта также определяется в соответствии с доктриной получения — это место получения акцепта (ст. 18). Оферта — это предложение, адресованное одному или нескольким лицам, если такое предложение достаточно определенно и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта. Конвенция определяет понятия отзывной и безотзывной оферты; устанавливает право оферента на отзыв оферты; определяет момент, когда оферта утрачивает силу.

Акцепт — заявление или иное поведение адресата оферты, выражающее согласие с офертой. Акцепт оферты вступает в силу, когда указанное согласие получено оферентом. Конвенция закрепляет течение срока для акцепта, — он должен быть получен в установленный оферентом срок; если срок не указан, — то в разумный срок (который определяется на основании фактических обстоятельств договора). Конвенция определяет, когда ответ на оферту, содержащий дополнительные или отличительные условия, может считаться акцептом; устанавливает понятие встречной оферты (ст. 18—22).

Конвенционные требования к форме сделки учитывают международную практику не связывать стороны жесткими требованиями о форме договора. Договор купли-продажи может заключаться и в письменной, и в устной форме. Факт договоренности может доказываться, любыми средствами, включая свидетельские показания (ст. 11). Конвенция закрепляет «правила о заявлении»: государство-участник, национальное законодательство которого требует письменной формы договора, в любой момент может сделать заявление об обязательном соблюдении такой формы, если одна из сторон контракта расположена на его территории (ст. 12 и 96). Это положение является одной из немногих норм Конвенции, имеющих императивный характер.

Товар по количеству, качеству, описанию и упаковке должен соответствовать требованиям контракта. Конвенция определяет случаи признания товара несоответствующим договору:

1) непригодность для целей, в которых такой товар обычно используется;

2) непригодность для конкретной цели, о которой продавец был заблаговременно извещен;

3) несоответствие представленному продавцом образцу или модели;

4) товар не затарен или не упакован надлежащим способом.

Покупатель утрачивает право ссылаться на несоответствие товара, если он в разумный срок не известил продавца об обнаруженных им несоответствиях.

В Конвенции отсутствует регламентация вопросов, касающихся перехода права собственности от продавца к покупателю. Такие вопросы разрешаются на основе автономии воли сторон или иной привязки национального коллизионного права. Конвенция самым подробным образом определяет момент перехода риска случайной гибели или повреждения товара, юридические последствия перехода риска (этим вопросам посвящена гл. IV). Подобный подход характерен для современного правового регулирования, — Инкотермс точно так же не учитывают момент перехода права собственности, но подробно регламентируют момент перехода риска.

Вне сферы действия Конвенции остались серьезные аспекты договора купли-продажи:

1) действительность договора и последствия, которые он может иметь в отношении права собственности на проданный товар;

2) ответственность продавца за причиненные товаром повреждения здоровья или смерть какого-либо лица;

3) заключение договора через агента;

4) использование одной или всеми сторонами стандартных условий договоров;

5) государственный контроль импорта или экспорта определенных категорий товаров.

Многие положения Конвенции основаны на обращении к национальному законодательству:

1) формальные требования, предъявляемые к договору (ст. 12, 96);

2) возможность получения решения суда об исполнении обязательства в натуре (ст. 28);

3) возможность заключения договора без прямого или косвенного указания цены (ст. 55).

Вопросы, прямо не урегулированные в Конвенции, решаются в соответствии с общими принципами, на которых Конвенция основана. Общие принципы Венской конвенции¹:

- 1) свобода договора;
- 2) диспозитивность положения Конвенции;
- 3) добросовестность в международной торговле;
- 4) презумпция действия торгового обычая;
- 5) связанность сторон устойчивой практикой их взаимоотношений;
- 6) сотрудничество при исполнении обязательств;
- 7) критерий «разумности»;
- 8) возможность требовать реального исполнения обязательства с приоритетом эквивалентного возмещения;
- 9) разграничение нарушений на существенные и несущественные.

В доктрине высказывается мнение, что оптимальный способ восполнения этих пробелов Венской конвенции — применение Принципов УНИДРУА. Принципы УНИДРУА в меньшей мере обусловлены различиями национальных правовых систем, что позволило урегулировать некоторые вопросы, которые либо полностью исключены из сферы действия Конвенции, либо регламентируются недостаточно полно². Например, одним из основных принципов, на которых основана Венская конвенция, — это принцип разумности. Обязанность сторон действовать разумно закреплена во многих положениях Принципов.

Для устранения пробелов в Венской конвенции могут быть использованы предписания Принципов о процентах годовых при неплатеже и о валюте исчисления убытков. Принципы способны облегчить задачу судей и арбитров при определении критериев толкования Венской конвенции. Критерии существенных нарушений договора могут быть использованы для толкования соответствующего термина в ст. 25 Конвенции.

Интерес представляет ситуация, когда оферта и акцепт делаются на типовых проформах (типографским способом отпечатанные бланки заказа и подтверждения заказа, содержащие на лицевой и (или) оборотной сторонах типовые условия). Как правило, такие типовые условия не совпадают. При подписании отличающихся проформ может возникнуть «война проформ» — заключен ли договор и если заключен, то какие типовые условия подлежат применению?

¹ Розенберг М. Г. Применение Венской конвенции 1980 г. в практике МКАС при ТПП РФ: некоторые актуальные вопросы // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. статей / под ред. А. С. Комарова. М., 2007.

² Кукин А. В. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: основные положения, юридическая природа : дис. канд. юрид. наук. М., 2005.

При подготовке проекта Венской конвенции предлагалось, чтобы в таких случаях согласованными считались только те условия, которые совпадают по существу в обеих проформах. Несовместимые по содержанию условия не должны становиться частью договора. Однако это регулирование не было включено в Венскую конвенцию. В ситуации «войны проформ» подлежит применению ст. 19 Конвенции, — если есть расхождения между условиями, которые не могут существенно изменить оферту, следует исходить из того, что частью договора становятся условия подтверждения заказа, если оферент без неоправданной задержки не возразил против такого изменения (доктрина «последнего выстрела»). Если имеются существенные расхождения между типовыми условиями, следует исходить из того, что заключение договора не произошло.

Принципы УНИДРУА прямо регулируют ситуацию, когда стороны используют стандартные условия при заключении договора. Стандартные условия — это положения, подготовленные одной стороной предварительно для общего и неоднократного использования и фактически применяемые без переговоров с другой стороной. При использовании стандартных условий одной или обеими сторонами применяются общие нормы Принципов УНИДРУА о заключении договора.

Если стороны достигли соглашения помимо их стандартных условий, договор считается заключенным на основе согласованных условий и любых иных стандартных условий, которые совпадают друг с другом по существу (доктрина «нокаута»). Противоречащие условия исключают друг друга. Суд при рассмотрении дела должен определить и применить наиболее подходящие и справедливые условия взамен исключенных. Одна сторона вправе без неоправданной задержки проинформировать другую сторону, что она не намерена быть связанной договором, который не основан на ее стандартных условиях¹.

Венская конвенция представляет собой компромисс между континентальной и англо-саксонской правовыми системами. Этим в значительной степени обусловлены непоследовательность ее норм и большое количество неурегулированных вопросов.

Венская конвенция не регулирует вопросы исковой давности. Институт исковой давности регламентирует Нью-Йоркская конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров (1974). В 1980 г. Нью-Йоркская конвенция была дополнена Протоколом о внесении в нее изменений и дополнений в соответствии с Венской конвенцией.

¹ Там же.

Сфера применения Нью-Йоркской конвенции: нахождение коммерческих предприятий сторон на территории различных государств или применение к контракту права одного из государств-участников. Нормы Нью-Йоркской конвенции имеют диспозитивный характер: допустимо соглашение сторон о ее неприменении.

Срок исковой давности определен в четыре года. Течение срока начинается со дня возникновения права на иск. Право на иск, вытекающее из нарушения договора, возникает в день, когда имело место такое нарушение. Право на иск, вытекающее из несоответствия товара условиям договора, возникает в день фактической передачи товара покупателю или его отказа от принятия товара. По истечении срока исковой давности требования сторон друг к другу не могут быть осуществлены.

В Нью-Йоркской конвенции с Протоколом 1980 г. участвуют около 30 государств. Статья 1 Протокола предусматривает применение Конвенции не только к контрактам между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах-участниках. Конвенция действует и в случаях, когда на основании норм международного частного права к договору применяется право государства-участника. Некоторые государство сделали оговорки, что нормы Конвенции не будут применяться к контрактам, если коммерческие предприятия сторон находятся в государствах, не участвующих в Конвенции (США, Словакия и Чехия). Большинство государств-участников таких оговорок не заявили (Аргентина, Египет, Венгрия, Мексика, Польша, Румыния, Словения, Уругвай).

В результате Конвенция может применяться к контрактам, коммерческие предприятия сторон которых находятся в государствах, не участвующих в Конвенции, если применимым правом является законодательство государства-участника. Россия в Нью-Йоркской конвенции не участвует. Однако российский суд по вопросу исковой давности обязан руководствоваться нормами Конвенции, если стороны согласовали ее непосредственное применение либо избрали право государства — участника Конвенции¹.

7.9. Обязанности сторон по договору международной купли-продажи товаров

Продавец обязан поставить товар, передать относящиеся к нему документы и право собственности на товар. Если продавец не обязан предоставить товар покупателю в определенном месте, то его обязатель-

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

ство по поставке заключается: в сдаче товара первому перевозчику; в предоставлении товара на предприятии-изготовителе; в предоставлении товара в месте, где в момент заключения договора находилось коммерческое предприятие продавца. Продавец обязан предоставить товар, свободный от притязаний третьих лиц, и передать право собственности на него. Он несет ответственность за любое несоответствие товара, существующее в момент перехода риска на покупателя, даже если это несоответствие обнаружится позднее. В случае досрочной поставки товара продавец вправе до наступления обусловленной в контракте даты устранить несоответствие товара, поставить новый товар, его недостающую часть или количество.

Если продавец обязан обеспечить перевозку товара, он должен заключить договор перевозки надлежащими видами транспорта на условиях, обычных для подобной транспортировки. Продавец не обязан страховать товар самостоятельно, вне контрактных условий. В случае просьбы покупателя он должен предоставить информацию, необходимую для страхования товара. Поставка товара должна быть осуществлена в определенный срок — в дату поставки (если она определена в договоре) или в период времени для поставки («в разумный срок после заключения договора» — ст. 33 Венской конвенции 1980 г.).

Обязательства покупателя заключаются в уплате покупной цены и принятии поставки в соответствии с требованиями договора. Покупатель имеет несколько опций: место оплаты оговорено в контракте; оплата производится в месте нахождения коммерческого предприятия продавца; оплата производится в месте передачи товара. Если срок оплаты не зафиксирован в договоре, то оплата может быть произведена, когда продавец передает сам товар или товарораспорядительные документы; когда у покупателя впервые появилась возможность осмотреть товар.

Если в договоре цена прямо или косвенно не установлена и не предусмотрен порядок ее определения, то считается, что стороны подразумевали цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такой товар. Обязанность покупателя принять поставку заключается в совершении им действий, которые разумно можно ожидать для того, чтобы продавец мог осуществить поставку; принятии товара.

Сторона контракта не несет ответственности за неисполнение своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне контроля и что при заключении договора нельзя было разумно принять это препятствие в расчет (ст. 79 Венской конвенции 1980 г.).

Договор может быть *прекращен* путем простого соглашения сторон либо в письменной форме (если это оговорено в контракте). Расторжение договора освобождает обе стороны от их обязательств по договору при сохранении права на взыскание убытков. Расторжение договора не затрагивает его положений, касающихся порядка разрешения споров или прав и обязанностей сторон в случае его расторжения.

Венская конвенция 1980 г. предусматривает возможность расторжения контракта в одностороннем порядке только в одном случае, — неисполнение другой стороной своих обязательств является существенным нарушением договора или если контракт не исполнен в течение дополнительно предоставленного разумного срока. Согласно ст. 62—65 продавец вправе: потребовать от покупателя уплатить цену, принять поставку или исполнить другие обязательства; установить дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения покупателем его обязательств; заявить о расторжении договора; самостоятельно составить спецификацию, которая будет обязательна для покупателя. Осуществление продавцом своего права на другие средства защиты не лишает его права требовать возмещения убытков и не предоставляет отсрочки покупателю от судебного или арбитражного разбирательства. Покупатель имеет право требовать от продавца исполнения его обязательств, право на замену товара, его ремонт, снижение цены, установление дополнительного срока исполнения обязательств, на отказ от принятия поставки.

В качестве мер *ответственности* за нарушение контрактных обязательств Венская конвенция предусматривает оперативные санкции и меры ответственности в строгом смысле слова. Оперативные санкции исправный контрагент может применить в силу самого факта нарушения контракта, а меры ответственности — только в случае вины неисправного контрагента (ст. 74). Обстоятельства непреодолимой силы (форс-мажор) исключают вину и освобождают от ответственности.

7.10. Правовое регулирование Интернет-коммерции

Одними из наиболее распространенных правоотношений в Интернет являются международные коммерческие сделки. Современные технологии позволяют проводить все этапы коммерческих операций непосредственно в Интернет. Появление Интернет привело к возникновению нового экономического и правового явления — коммерческая деятельность в Интернет (Интернет-коммерция), т.е. совокупность технологических, экономических, финансовых и юридических взаи-

моотношений. Развитие Интернет-торговли вызывает значительные изменения в правовой инфраструктуре бизнеса¹.

Использование Интернета настолько эффективно, что многие крупные компании отказываются от закупок через другие каналы. В США отраслевые сетевые центры закупок («вертикальные порталы») созданы во многих отраслях — химической, металлургической, автомобилестроительной. Эти порталы объединяют даже конкурирующие предприятия (Форд и Дженерал Моторс). Интернет значительно сокращает расходы на сбыт продукции или оказание услуг. Стоимость совершения типичной банковской сделки с непосредственным участием сотрудника банка составляет 1,25 долл. США, по телефону — 54 цента, при помощи банкомата — 24 цента, через Интернет — 2 цента.

Интернет-договор — это договор, заключаемый с помощью электронных средств связи и вычислительной техники, без составления бумажных документов. Сущностная характеристика «электронных договоров» — их особая форма, которая при соблюдении определенных условий приравнивается к письменной. Электронный договор признается гражданско-правовым, и любое правоотношение в сфере электронной торговли должно оцениваться в соответствии с требованиями гражданского законодательства.

Общепризнанного определения термина «электронная коммерция» не существует. ВТО под электронной коммерцией понимает производство, рекламу, продажу и распространение товаров посредством телекоммуникационных сетей. В рамках ОЭСР под электронной коммерцией понимаются все виды и формы коммерческих сделок, включая коммерческую деятельность физических и юридических лиц, которые базируются на обработке и передаче данных в цифровой форме, включая текст, аудио- и видеопередачи. Европейская комиссия определяет электронную коммерцию как дистанционные услуги, обычно предоставляемые за вознаграждение электронным способом и по индивидуальному требованию получателю услуг².

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г. не предлагает определение электронной коммерции. В Типовом законе предусматривается, что данный термин следует толковать широко, с тем, чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, договорных и недоговорных. Электронная коммерция включает любые торговые сделки

¹ Соловяненко Н. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право 2003. № 1.

² Горшкова Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

на поставку товаров или услуг, обмен товарами или услугами, дистрибьюторские соглашения, коммерческое представительство и агентские отношения, факторинг, лизинг, строительство промышленных объектов, предоставление консультативных услуг, инжиниринг, куплю-продажу лицензий, инвестирование, финансирование, банковские услуги, страхование, соглашения об эксплуатации, концессии, совместные предприятия и другие формы промышленного или предпринимательского сотрудничества, перевозку товаров и пассажиров воздушным, морским, железнодорожным или автомобильным транспортом.

Электронная коммерция не должна ограничиваться рамками купли-продажи, поскольку существует целый ряд коммерческих гражданско-правовых сделок, заключаемых с помощью электронных средств через Интернет или иные электронные сети.

В отношении электронной коммерции указывается, что при регулировании этого явления должны учитываться «возможности появления новых технологий передачи данных, которые будут регулироваться законодательством об электронной торговле». В Руководстве для законодательных органов государств по принятию Типового закона об электронной торговле подчеркнуто, что Закон предназначен не только для применения в контексте существующих электронных, оптических или аналогичных средств передачи данных, но и для учета новейших технологических разработок.

Интернет — основной способ осуществления электронной коммерции. Сеть Интернет представляет собой новую среду реализации коммерческих операций, которые осуществляются путем передачи данных. Практическое использование передачи данных в Интернет не ограничивается заключением договоров и может охватывать замкнутый цикл коммерческих операций: заказ товара (услуги), проведение платежей, оказание услуг, доставку цифрового товара.

Обеспечение проведения финансовых операций в Интернете — одна из ключевых проблем электронной коммерции. Существуют несколько систем, обеспечивающих проведение платежей через Интернет: банковские смарт-карты, «электронные деньги» (файлы, содержащие денежные обязательства третьего лица). Уникальность этих систем заключается в невозможности их копирования. В ЕС принята специальная Директива, посвященная электронным платежам. Электронные деньги — это денежные средства — «электронные суррогаты монет и банкнот». Выпуск и использование электронных денег разрешен даже некредитным организациям.

Структура Интернет-коммерции специфицируется в трех основных блоках:

1) торговля B2B (business to business) — контрагентами выступают коммерческие организации;

2) торговля B2C (business to consumers) — коммерческие организации вступают в правоотношения с частными лицами;

3) торговля B2G (business to government) — осуществление коммерческих отношений между государством и профессиональными предпринимателями.

Эти блоки электронной торговли существуют как площадки розничных Интернет-магазинов, B2B порталы поставщиков и закупщиков, электронные биржи. Наиболее типичные сделки, совершаемые в сети Интернет¹:

1) периодические однотипные сделки (заказы) посредством электронной почты или в режиме «on-line» между юридическими лицами, которые заключили на бумаге генеральное торговое соглашение, регламентирующее условия данных сделок;

2) заключение торговой сделки путем взаимного обмена соответствующими документами по электронной почте;

3) приобретение физическим или юридическим лицом в магазине розничной торговли товаров по каталогу, посланному по электронной почте, или по заказу, осуществленному посредством электронной почты;

4) приобретение физическим или юридическим лицом товаров и услуг в режиме «on-line» через Интернет-магазины.

На международном уровне правовая база Интернет-коммерции находится в стадии формирования. В основном она ограничивается типовыми рамочными законами, указывающими направления разработки правового регулирования, но не устанавливающими обязательные правовые нормы.

Деятельность международных организаций направлена на решение наиболее важных задач Интернет-коммерции:

1) придание равного статуса обычным и электронным документам. Электронный документ — это некая совокупность информации в цифровом виде, которая может быть преобразована в читаемую (визуальную) форму;

2) регламентация применения криптозащиты данных в процессе перемещения информации в глобальной телекоммуникационной среде;

3) недопущение несанкционированного распространения персональных данных, передаваемых при совершении сделок;

4) обеспечение защиты интересов сторон трансграничной сделки;

5) регулирование роли и ответственности третьих сторон сделки, которые представляют коммуникационную среду, проводят сертификационные мероприятия, осуществляют процедуру компенсации

¹ Петровский С. В. Правовое регулирование оказания Интернет-услуг : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

возможного ущерба участников электронной торговли (страхование рисков);

б) регулирование отношений с государственными органами по поводу налогообложения таможенных тарифов, сборов и платежей;

7) охрана прав потребителей, защита прав интеллектуальной собственности.

В рамках ООН разработаны Рекомендации ООН в отношении Типового договора по обмену электронными данными для использования в международной торговле. В 1998 г. Генеральный Совет ВТО принял Рабочую программу по электронной торговле. В рамках ВТО разработано и подписано Соглашение по информационным технологиям. В рамках ЮНСИТРАЛ разработаны Типовые законы по электронной коммерции (1996) и по электронным подписям (2000) Генеральная ассамблея ООН приняла Конвенцию об использовании электронных сообщений в международных договорах. Конвенция открыта для подписания в 2006 г.

В ЕС действуют Директива Европейского парламента и Совета ЕС № 97/7/ЕС от 20 мая 1997 г. и Резолюция Совета ЕС «Потребительское измерение в информационном обществе» (1999), в которых закреплено положение, что потребители должны иметь возможность использовать средства защиты в стране постоянного места жительства. Издано распоряжение, согласно которому электронно-цифровая подпись имеет силу во всех странах ЕС с 2001 г. В 2000 г. была принята Директива ЕС о деятельности в сфере электронных денег и пруденциальном надзоре над осуществляющими ее учреждениями. В Рим I отмечается, что в отношении договоров с участием потребителя коллизионная норма должна учитывать развитие методов дистанционной торговли (п. 24 Преамбулы).

Американской ассоциацией юристов разработан Типовой договор об электронном обмене данными между торговыми партнерами. В США действует Федеральный закон «Об электронных подписях в международной и внутренней торговле» (2000). В 1999 г. Австралия приняла Закон об электронных сделках, Канада — Единообразный закон об электронной торговле. Оба акта разработаны по образцу Типового закона об электронной торговле. В Мексике в 2000 г. в Гражданский, Торговый и Гражданско-процессуальный кодексы, в Федеральный закон о защите потребителей были внесены изменения и дополнения, относящиеся к регулированию сделок в электронной торговле (основаны на Типовом законе об электронной торговле). В Ирландии в 2000 г. принят Закон об электронной торговле. Закон регулирует правовое признание электронных договоров, реализует положения Директивы ЕС об электронных подпи-

сях. В Испании в 2002 г. принят Закон об услугах информационного общества и электронной торговле. Закон включает положения Директивы ЕС об электронной торговле. В Южной Корее в 2001 г. принят Закон об электронной торговле. В Гонконге в 2000 г. был издан Ордонанс об электронных сделках. В Таиланде в 2002 г. вступил в силу Закон об электронных сделках и электронной подписи (часть Проекта по созданию законодательства об информационных технологиях). В 2002 г. законодательные акты об электронных сделках были приняты в Турции и Пакистане.

По вопросам электронной коммерции в контексте МЧП Гаагская конференция по МЧП в 1999 г. предложила Рекомендации, которые могут служить основой для разработки правил регулирования Интернет-коммерции¹:

1. Вместо создания новых норм для регулирования электронной коммерции следует применять существующие правила, принципы и процедуры, путем соответствующего толкования, включая использование функциональных эквивалентов.

2. Для контрактов он-лайн в вопросах юрисдикции и применимого права, если исполнение соответствующего обязательства осуществляется в режиме оф-лайн (вне сети Интернет), существующие нормы МЧП продолжают оставаться в силе. Если исполнение контракта осуществляется в режиме он-лайн, место исполнения не имеет значения в качестве коллизионной привязки. В таком случае соответствующей коллизионной привязкой является место нахождения каждой стороны контракта.

3. При осуществлении электронных сделок в вопросах применимого права и юрисдикции ведущим принципом должен быть принцип автономии воли сторон.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996) — это модельный акт, с помощью которого страны могут в национальном законодательстве решить основные проблемы, связанные с правовым регулированием Интернет-договоров. В Типовом законе закреплены ориентиры для толкования таких требований, как «письменная форма», «подпись» и «подлинник» применительно к электронным сообщениям. Закон применяется к любому виду информации в форме сообщения данных, используемой в контексте торговой деятельности. Под термином «сообщение данных» понимается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс.

¹ Мережко А. А. Международное частное право в киберпространстве // URL: <http://www.e-com-libr.com.ua/>

Правовой режим электронного обмена данными основан на принципах функционального эквивалента и технологической нейтральности электронных подписей. Если национальный закон предписывает, чтобы действия, связанные с заключением и исполнением сделок, осуществлялись в письменном виде или с использованием письменных документов, это требование считается выполненным, если необходимые действия осуществляются посредством электронных сообщений с соблюдением положений законодательства: «Если законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если:

а) использован какой-либо способ для идентификации этого лица и указания на то, что это лицо согласно с информацией, содержащейся в сообщении данных;

б) этот способ является как надежным, так и соответствующим цели, для которой сообщение данных было подготовлено или передано с учетом всех обстоятельств, включая любые соответствующие договоренности» (ст. 7).

Типовой закон устанавливает важнейший правовой принцип электронной торговли: «Стороны, заключившие сделку, не вправе ставить под сомнение действительность и обязательность последней только на том основании, что она заключена и подписана электронным способом».

Главная проблема Интернет-коммерции — непризнание государственными органами и судами юридической силы документов и сообщений, существующих только в электронной форме. Законодательные положения, предписывающие, чтобы документы и иная информация, связанная с совершением сделок, были изложены в письменной форме на бумажном носителе, серьезно препятствуют использованию электронных средств связи при осуществлении юридически значимых действий. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001) основной упор делает на придании юридического статуса электронным документам. Убираются правовые барьеры для использования электронных соглашений, отменяется «монополия бумажных документов». Если закон предусматривает, что информация должна быть в письменной форме, предписание считается выполненным, когда полученная информация доступна для использования впоследствии.

Расчеты специалистов показывают, что использование систем электронного документооборота позволяет добиться огромного экономического эффекта. Суммарное годовое снижение издержек при внедрении электронного документооборота в Норвегии оценивается в 1 млрд. долл. США. Первые системы электронного документооборота появились в банковской сфере. Система SWIFT (Society

for World Wide Interbank Financial Telecommunications — Всемирное общество межбанковских финансовых телекоммуникаций) функционирует с 1970-х гг. Документы, передаваемые по каналам электро-связи, имеют юридическую силу при их оформлении с соблюдением норм, установленных соответствующим стандартом. Подлинность документов подтверждается электронно-цифровой подписью или иным электронным аналогом собственноручной подписи¹.

Основное отличие цифровой подписи от обычной — цифровой подписью заверяется не бумага или материальный носитель, а содержание документа, т.е. данные, информация. Электронная цифровая подпись может быть использована для подтверждения целостности и неизменности, авторства любой информации, представленной в форме электронных документов, текстовых или графических файлов, отдельных строк и записей в базах данных. Цифровая подпись и отметки времени — это инструменты, которые позволяют создать правовые основы для электронного документооборота в Интернет, заключать сделки, создавать платежные системы нового типа, электронные ценные бумаги.

Цифровая подпись — это последовательность символов, полученная в результате криптографического преобразования исходной информации с использованием закрытого ключа цифровой подписи. Эта подпись позволяет подтверждать целостность и неизменность информации, ее авторство при условии использования открытого ключа цифровой подписи. Открытым ключом является общедоступная последовательность символов, предназначенная для проверки электронной цифровой подписи, закрытым — последовательность символов, предназначенная для выработки электронной цифровой подписи и известная только правомочному лицу.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001) конституирует понятие электронной подписи посредством перечисления ее функций. В Законе сформулированы условия, когда электронная подпись может быть признана юридически значимой:

1. Данные, представляющие собой электронную подпись, должны быть непосредственно связаны с лицом, подписавшим документ. Подпись должна исключать неясность относительно того, кто ее поставил.

2. Подписание, в тот момент, когда оно совершалось, было подконтрольно только подписывавшему лицу. Предполагается, что лицо само, выражая свою волю, подписывает документ, и никто не может поставить его подпись без его ведома. Если кто-либо действует

¹ Петровский С. В. Правовое регулирование оказания Интернет-услуг : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

от имени другого лица, применяются общие правила о представительстве.

3. Любое изменение электронной подписи, сделанное после подписания, может быть выявлено. Это требование не касается изменений подписанного документа и не означает, что измененная подпись утрачивает юридическую силу. Все изменения должны быть известны контрагенту, который и будет принимать решения.

4. Если по закону подпись требуется для подтверждения целостности подписанного документа, любое изменение в нем, сделанное после подписания, может быть выявлено. Это требование является стандартным для электронной цифровой подписи, т.е. подписи, сделанной с использованием средств криптографии, но не обязательно для других видов электронной подписи.

Типовой закон 2001 г. устанавливает, что власти страны могут признать надежной ту или иную технологию подписания. Этим презюмируется, что все документы, подписанные с использованием данной технологии, будут иметь юридическую силу. Проблема сочетания вопросов права и вопросов технологии решена в Законе традиционным способом: если обычное, «бумажное» правоотношение связано с деятельностью двух контрагентов, то при применении электронной подписи необходимо участие третьей стороны. Это должно быть некое пользующееся доверием лицо, которое могло бы удостоверить, что подпись была совершена лицом, указанным в качестве подписавшего документ.

Третья сторона должна решать вопросы техники. Типовой закон использует термин «сертифицирующий провайдер» (*certification service provider*). На практике количество лиц в правоотношении может быть и меньше, и больше трех. Их может быть два, если достоверность подписи проверяет получившая сторона; четыре и более, если функции проверки подписи разделены между несколькими лицами.

Основная обязанность подписывающего лица — сохранение конфиденциальности информации, составляющей электронную подпись. В случае утраты контроля над информацией он должен немедленно поставить в известность сертифицирующего провайдера. Подпись, подтвержденная провайдером, имеет юридическую силу. Типовой закон устанавливает общее правило: иностранная подпись должна быть признана в стране получателя подписанного документа.

В 2005 г. была принята Конвенция ООН «Об использовании электронных сообщений в международных договорах» — первый универсальный международный акт, который устанавливает единообразные правила в понимании электронной торговли и форм ее осуществления. Конвенция призвана повысить правовую определенность

и коммерческую предсказуемость применительно к использованию электронных сообщений в международных договорах. В Конвенции затрагиваются вопросы:

- 1) определение места нахождения сторон при заключении договоров с использованием электронных средств;
- 2) время и место отправления и получения электронных сообщений;
- 3) использование автоматизированных систем сообщений для заключения договора;
- 4) критерии, которыми следует руководствоваться для установления функциональной эквивалентности электронных сообщений бумажным документам (в том числе «первоначальным» бумажным документам), эквивалентности электронных методов подтверждения подлинности подписям, проставленным от руки.

В настоящее время можно утверждать, что на международном уровне сложился основной принцип Интернет-коммерции — стороны, заключившие электронную сделку, не могут ставить ее под сомнение только на том основании, что она заключена или исполняется электронным способом и в основе ее не лежит традиционный бумажный документооборот, сопровождаемый традиционной собственноручной подписью¹. В доктрине подчеркивается, что уже сформировался правовой обычай, согласно которому в качестве подписи при заключении возмездных договоров используется номер кредитной карточки, а в отношениях между постоянными партнерами — электронно-цифровая подпись.

Правила, регулирующие процесс идентификации лица, от которого исходит электронный документ (законы, посвященные регламентации электронно-цифровой подписи) имеют в основном национальный характер. В связи с этим существует проблема признания иностранных электронных цифровых подписей в национальных судах. В качестве примера решения этой проблемы можно привести заключенное в 2000 г. соглашение между ЕС и США «О едином стандарте защиты данных для электронной торговли».

Развитие Интернет-коммерции приводит к необходимости разработать дополнительные критерии для квалификации сделок в Интернет в качестве международных коммерческих контрактов. Территориальный критерий места нахождения коммерческих предприятий сторон в разных государствах (Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров, Конвенция о международном финансовом лизинге, Кейптаунская конвенция о междуна-

¹ Соловяненко Н. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика) // Хозяйство и право 2003. № 1.

родных гарантиях в отношении подвижного оборудования (2001)), не является удовлетворительным применительно к сделкам в сети Интернет.

Практика заключения сделок в Интернете показывает, что место нахождения коммерческого предприятия сторон не всегда можно установить в связи с ведением коммерческой деятельности «виртуальными компаниями» без связи с физическим местом нахождения. Формулировка критерия места нахождения коммерческих предприятий сторон в разных государствах не учитывает современные реалии международных торговых отношений, которые трансформированы в Интернет-среду¹.

В Интернет-коммерции необходимо принимать во внимание место нахождения оборудования (сервера), на котором размещен сайт, используемый для совершения сделки. Фактическое место расположения оборудования может рассматриваться в качестве места нахождения предприятия, если предприниматель имеет сервер во владении (на праве собственности, ином вещном или обязательственном праве). Этот подход закреплен в Типовой конвенции ОЭСР о налогообложении доходов и капитала.

Место расположения сервера вряд ли может использоваться для определения места нахождения предприятия, если лицо, осуществляющее коммерческие операции через сайт, расположенный на сервере, не является его владельцем. Для определения места нахождения предприятия следует разграничивать место осуществления предприятием основных и вспомогательных функций: выполнение вспомогательных функций с помощью сервера не создает места нахождения предприятия. Если коммерческая деятельность осуществляется только через коммуникационные системы («виртуальные предприятия»), место расположения оборудования должно приниматься во внимание. Косвенным критерием может служить указание на доменное имя веб-сайта или адрес электронной почты контрагента².

Возможность размещения веб-сервера в странах с наиболее благоприятным законодательством, т.е. искусственное подчинение правоотношения правопорядку другого государства, не позволяет придавать критерию места нахождения сервера квалифицирующее значение. Возможность регистрации адреса Интернет-сайта вне зависимости от фактического нахождения заявителя в определенном географическом регионе, также не позволяет идентифицировать лиц, осуществляющих деятельность в Интернете.

¹ Горшкова Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² Зажигалкин А. В. Международно-правовое регулирование электронной коммерции : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2005.

Субъект Интернет-бизнеса может не иметь ни торгового помещения, ни офиса, ни склада, ни персонала, и единственными идентифицирующими его признаками будут выступать адреса Интернет-сайта и веб-сервера. Веб-сервер рассматривается ОЭСР постоянным учреждением предприятия при условии, что функции, выполняемые с его помощью, играли существенную и даже незаменимую роль в предпринимательской деятельности предприятия в сети Интернет. Во внимание принимается не столько место расположения оборудования, сколько его принадлежность конкретному лицу.

Адрес Интернет-сайта (домен) указывает на правовую связь с конкретным государством, за которым закреплен определенный сегмент сети. Однако пользователь может иметь веб-серверы и регистрировать доменные имена Интернет-сайтов в странах, в которых он не имеет «коммерческого предприятия». Адрес Интернет-сайта отражает принадлежность доменного пространства определенному государству, но не может определять место нахождения лица или место осуществления его деятельности в Интернете.

Этот вывод подтвержден в докладе Рабочей группы ЮНСИТРАЛ: «Факт использования доменного имени или адреса электронной почты, связанных с какой-либо страной, не создает сам по себе презумпцию нахождения коммерческого предприятия в данной стране». В Докладе предлагается считать местом нахождения коммерческого предприятия страну, которая указывается самими сторонами (своеобразное проявление принципа автономии воли). Следует признать простоту и гибкость подобного подхода, но его применение не всегда возможно (в случае спора стороны вряд ли придут к согласию по этому вопросу).

Критерий места нахождения коммерческих предприятий на территории разных государств учитывает не только то, что стороны находятся в разных странах, но и то, что они связаны с разными правовыми системами. Ведение коммерческой деятельности в Интернете не выводит предприятия из правового поля соответствующих государств. Осуществление Интернет-коммерции не препятствует установлению места учреждения предприятия или места нахождения его правления. В некоторых случаях из-за невозможности установить место нахождения коммерческого предприятия критерий «национальность» компании, определяемый по принципу инкорпорации или места нахождения правления, позволяет выяснить правовую связь с определенным государством. Учитывая объективные трудности определения места нахождения коммерческого предприятия, целесообразно использовать субсидиарный критерий «государственной принадлежности» сторон разным государствам¹.

¹ Горшкова Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

Важность развития Интернет-коммерции подчеркивается в документах ЕС. В Регламенте Рим I установлено, что действие права, применимого согласно Регламенту, не должно ограничивать свободное передвижение товаров и услуг, как оно регулируется Директивой 2000/31/ЕС Европейского парламента и Совета от 8 июня 2000 г. о некоторых правовых аспектах услуг информационного общества и об электронной торговле на внутреннем рынке («Директива об электронной торговле»)

7.11. Система международных стандартных сообщений в Интернет-коммерции

В развитых странах (США, Канада, Западная Европа, Япония) в сфере торговли и транспортных услуг традиционная система деловой бумажной информации заменена межкомпьютерной передачей стандартных деловых документов (система ЭДИ (EDI) — *electronic data interchange* — электронный обмен данными) и международных стандартных сообщений (ЭДИФАКТ), утвержденных ЕЭК ООН для глобального применения в управлении, торговле и на транспорте. С 1987 г. началась реализация общеевропейского проекта по EDI (EANCOM). Единым международным стандартом EDI является ЭДИФАКТ ООН (UN/EDIFACT — United Nations rules for Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport).

ЭДИФАКТ ООН — это Правила электронного обмена данными для Администрации, Торговли и Транспорта. EDI представляет собой сочетание бизнеса, компьютерной обработки и передачи данных. EDI — это непосредственный обмен стандартными деловыми формами между компьютерами. Основная идея заключается в том, чтобы исключить участие человека в организации документооборота. Передача информации при использовании EDI осуществляется непосредственно от компьютера к компьютеру, поэтому не надо вводить данные заново.

В 1978 г. английская компания SITPRO разработала стандарт TDI (Trade Data Interchange). В связи с этим значительная часть европейских пользователей EDI перешла на TDI. TDI был одобрен ЕЭК ООН в качестве европейского стандарта: UN/GTDI — United Nations Guidelines for Trade Data Interchange. В 1981 г. в США был опубликован национальный EDI — стандарт X12. Любой стандарт может применяться в национальных приложениях только после его утверждения американским Национальным институтом стандартизации (ANSI).

В 1985 г. по инициативе ЕЭК ООН начались работы по объединению американского и европейского стандартов. В результате в 1987 г. разработан был новый EDI-стандарт — EDIFACT. В 1988 г. ему придан

статус стандарта ООН. Стандарт UN/EDIFACT поддерживается ЕЭК ООН, в которой действует специальная Четвертая рабочая группа, обеспечивающая сопровождение и ежегодный выпуск новых редакций UN/EDIFACT. В 1988 г. Международная организация по стандартизации — ISO утвердила основные положения UN/EDIFACT в виде двух международных стандартов. В настоящее время существуют три стандарта EDI, отличающиеся временем разработки и территориями применения.

В 1995 г. была принята Рекомендация ЕЭК ООН, которая установила: «При внутреннем применении EDI, осуществляемом на национальном, региональном или местном уровне в рамках нового или более совершенного механизма обмена данными, государственные органы должны выбирать стандарты таким образом, чтобы обеспечить возможность применения UN/EDIFACT. Странам, в которых государственные органы еще не внедрили EDI или только начинают его внедрение, рекомендуется начать непосредственно с использования и внедрения UN/EDIFACT».

UN/EDIFACT является официальным стандартом EDI в Канаде, Франции, Германии, Венгрии, Южной Корее, Австралии.

Стандарт UN/EDIFACT разрабатывался для применения в управлении торговлей и транспортом на государственном уровне. Понятие «торговля» трактовалось в широком смысле (заказы, поставки, страхование, оплату товаров, таможенные формальности). В настоящее время область использования UN/EDIFACT расширилась и включает: учет, таможенный контроль, пенсионное обеспечение, здравоохранение, социальное страхование, судебную практику, трудоустройство, статистику, строительство, финансы, страхование, производство, туризм, торговлю, грузовые перевозки и контейнерные перевозки, транспортировку опасных грузов, экспедирование.

Единый стандарт ЭДИФАКТ представляет собой единый язык для обмена информацией в глобальном масштабе между всеми видами транспорта, грузоотправителями, грузополучателями, банками, таможнями и другими субъектами процесса доставки грузов. Создан конвертер, позволяющий преобразовывать любой перевозочный документ в стандарт ЭДИФАКТ (и обратно) и делающий этот документ доступным для любого абонента европейской сети.

ЭДИФАКТ — это особый, структурированный язык данных, связанных с описанием всех видов коммерческой деятельности, построенный на основе информационной логистики. С помощью элементов и сегментов стандартных информационных сообщений можно составить описание любого документа, формировать его электронную форму и транслировать в открытых телекоммуникационных сетях без опасения перехвата закрытой коммерческой информации.

Например, составленные на русском языке документы могут быть успешно транслированы как для русских получателей, так и для зарубежных партнеров на всех европейских языках. В месте получения закодированной информации с помощью специальных программных средств, настроенных только на систему получателя, ЭДИФАКТ-сообщение разворачивается в обычную читаемую форму. ЭДИФАКТ-сообщение играет роль и автоматизированной системы делового администрирования, не позволяющей какому-либо партнеру уйти от ответственности за свою информацию.

По рекомендации ЮНКТАД язык ЭДИФАКТ выбран как главное средство общения центров эффективной торговли. Крупнейшими центрами распространения технологии ЭДИФАКТ в Европе являются СИТПРО в Англии, ЕДИФРАНС во Франции, ДЭНИШПРО в Дании и т.д. В центрах эффективной торговли осуществляется информационно-документальное сопровождение всего цикла внешнеторговой операции — от производства товара до его появления на «столе» потребителя. Это круглосуточно действующие информационно-вычислительные центры, связанные между собой соглашениями об информационном обмене и имеющие собственные базы данных о котировках на рынках товаров и услуг, коммерческих трансграничных предложениях, национальном внешнеторговом законодательстве.

Основа EDI — протокол прямого обмена деловыми и коммерческими документами между компьютерами. Основные преимущества EDI:

1. Экономичность — снижение объемов бумаг, подлежащих обработке, приводит к снижению расходов на персонал и административное управление.
2. Оперативность — большие объемы коммерческих данных могут быть в течение нескольких минут переданы из одного компьютера в другой.
3. Точность — использование EDI исключает появление ошибок, неизбежных при наборе данных вручную.

EDI является ключевым компонентом стратегии «точно в срок», обеспечивающей оперативное удовлетворение запросов заказчика на участке «поставщик-клиент» и значительное снижение расходов складского хранения. EDI в соединении с Интернет позволяет осуществлять электронные транзакции в реальном времени и ускорить процессы взаимодействия между торговыми партнерами. EDI — это межкорпоративные системы обмена электронными документами, составленными по стандартизированным правилам.

Во взаимодействии с помощью EDI заинтересованы не только коммерческие организации, но и контролирующие органы: таможня,

налоговая служба и др. Государство заинтересовано сделать финансовые потоки безналичными, прозрачными и контролируемыми, а также стимулировать быстрое обращение денег в экономике и уменьшить накладные расходы на обслуживание и функционирование фискальных систем.

При организации EDI-системы особое значение имеют стандарты — неотъемлемая часть EDI. Соответствие форматов данных определенным стандартам позволяет наладить эффективный обмен информацией между всеми участниками рынка и получать ее в однозначно определенной форме. В системах EDI используются около 12 стандартов, но наибольшую популярность приобрели UN/EDIFACT и ANSI ASC X-12. Стандарты позволяют обмениваться цифровыми данными через протокол <http>.

Контрольные вопросы

1. Чем сделки международного характера отличаются от международных коммерческих контрактов?
2. Как решаются коллизионные вопросы международного договорного права?
3. Что представляет собой унификация правового регулирования международных коммерческих контрактов?
4. Какую роль играют международный торговый обычай и *Lex mercatoria* в правовом регулировании международных коммерческих контрактов?
5. Что представляет собой договор международной купли-продажи товаров?
6. Какие обязанности несут стороны по договору международной купли-продажи товаров?
7. В чем заключается специфика правового регулирования Интернет-коммерции?

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- общие положения международного транспортного права;
- порядок международных железнодорожных перевозок;
- порядок международных автомобильных перевозок;
- правовое регулирование международных воздушных перевозок;
- правовое регулирование международных морских перевозок;
- правовое регулирование международных смешанных перевозок

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

8.1. Общие положения международного частного транспортного права

Международное частное транспортное право — подотрасль МЧП, комплекс правовых норм, содержащихся в национальном законодательстве, международных договорах и обычаях и регулирующих обязательственные отношения по перевозке грузов, пассажиров и багажа в международном сообщении. Предмет международного

частного транспортного права — обязательства в сфере перевозок грузов и пассажиров, связанные с правопорядком двух и более государств.

Международная перевозка — это перевозка грузов и пассажиров между двумя и более государствами, выполняемая на условиях заключенного между ними международного соглашения¹. Специфика правового регулирования в данной подотрасли МЧП заключается в том, что основные вопросы перевозки решаются в международных соглашениях (международных транспортных конвенциях), содержащих унифицированные материально-правовые и коллизионные нормы. Международные транспортные конвенции чрезвычайно разнообразны, но можно выделить, по крайней мере, три общие черты, присущие их природе²:

1) международная перевозка грузов, пассажиров и багажа осуществляется на основании договора перевозки, носящего двусторонний, возмездный, реальный либо консенсуальный характер. Такой договор оформляется путем выдачи соответствующего транспортного документа:

— для морских перевозок — коносамент (*bill of lading*);

— для воздушных перевозок — авиатранспортная накладная (*air waybill*);

— для автомобильных перевозок — автотранспортная накладная (*road transport document*);

— для железнодорожных перевозок — железнодорожная накладная (*rail transport document*);

— для комбинированных перевозок — документ смешанной перевозки (*multimodal transport document*);

2) при международных перевозках предусматривается строго ограниченный предел ответственности перевозчика. Он отвечает за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора перевозки, как правило, на принципе презюмируемой вины;

3) при международных перевозках предусматривается претензионный порядок урегулирования споров между сторонами по договору перевозки и сокращенные сроки исковой давности.

В отсутствие международного договора перевозка с пересечением границ не считается международной (но входит в сферу действия МЧП!) и регулируется национальным законодательством³. Договор перевозки — это вторичная внешнеторговая сделка, обслуживающая общую систему товародвижения.

¹ Луиц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

³ Луиц Л. А. Указ. соч.

Рим I в качестве договора перевозки груза рассматривает договоры фрахтования на один рейс и другие договоры, основной целью которых является перевозка груза. Термин «отправитель» обозначает любое лицо, которое заключает с перевозчиком договор перевозки, а термин «перевозчик» обозначает сторону договора, которая обязуется перевезти груз независимо от того, осуществляет ли она перевозку сама или нет (п. 23 Преамбулы).

Виды международных перевозок: железнодорожным, автомобильным, воздушным, водным (речным и морским) видами транспорта. Существует еще трубопроводный транспорт, но его использование не представляет собой договор перевозки (отсутствует центральная сторона этого договора — перевозчик). Серьезной спецификой обладают транзитные, смешанные, контейнерные и комбинированные международные перевозки. В развитии и совершенствовании правового регулирования международных перевозок большую роль играют международные организации (ИМО, ИКАО, КВТ, МТП).

Публично-правовой аспект международное частное транспортное право проявляется в том, что транспортные средства — это особая категория вещей. В большинстве государств транспортные средства подлежат государственной регистрации и по своему правовому статусу даже приравниваются к недвижимому имуществу (условные недвижимости): «К недвижимым вещам относятся подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты» (ст. 130 ГК РФ). Такое имущество имеет свой «личный закон», — право государства регистрации, который регулирует вещные права применительно к транспортным средствам: «Возникновение и передача прав на транспортные средства, подлежащие режиму регистрации, регулируются законом страны, где регистрация осуществлена» (ст. 46.3 ГК Португалии).

В проекте ГК РФ, разработанном на основе Концепции развития гражданского законодательства РФ 2008 г., определяется личный закон транспортных средств (ст. 1207): «*Право собственности и иные вещные права на воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, определяются по праву страны, где эти суда и объекты зарегистрированы*».

В некоторых юрисдикциях закреплено различное коллизийное регулирование в зависимости от вида транспортного средства: «Возникновение, переход или прекращение вещных прав на транспортные средства подчиняются: а) закону флага водного или воздушного судна; б) закону, применимому к организационному статусу транспортного предприятия, в отношении входящего в его имущество железнодорожного и автомобильного транспорта» (ст. 55

Закона о МЧП Румынии). В Австрии «в отношении железнодорожных средств передвижения определяющим является право того государства, в котором железнодорожное предприятие, в чьей эксплуатации находятся средства передвижения, имеет фактическое местонахождение своего главного органа управления» (ст. 33.1 Закона о МЧП Австрии).

Если транспортные средства не внесены в государственный реестр, вещные права на них определяются:

1) в случае с водными транспортными средствами — правом порта приписки или места постоянного нахождения (ст. 45 ВЗ ГГУ); правом государства места регистрации, а при его отсутствии — правом государства местонахождения порта приписки (ст. 22 Закона о МЧП Эстонии);

2) в случае с рельсовыми транспортными средствами — правом государства допуска в эксплуатацию (ст. 45 ВЗ ГГУ); правом государства, выдавшее разрешение на его использование (ст. 22 Закона о МЧП Эстонии);

3) автомобили и иные средства дорожного транспорта остаются подчиненными закону того места, где они находятся (ст. 10.2 ГК Испании);

4) в случае с воздушными транспортными средствами — правом государства его национальной принадлежности (страны его происхождения) (ст. 22 Закона о МЧП Эстонии).

Нормы иностранного права, определяющие статус транспортных средств, считаются свехимперативными и применяются всегда, имея приоритет перед правом страны суда: «Настоящим Законом не затрагиваются положения других законов, касающиеся вещных прав на морские и воздушные суда и другие транспортные средства» (ст. 107 Закона о МЧП Швейцарии). Нормы относительно национальности собственников морских и воздушных судов, арматоров, офицеров и экипажа относятся к международному публичному порядку (ст. 283 Кодекса Бустаманте).

Личный закон транспортных средств применяется к имуществу, которое находится на борту такого средства, прочно с ним связано и является частью технического оборудования; к требованиям, предметом которых являются расходы по техническому обслуживанию, содержанию, ремонту или обновлению транспортного средства (ст. 56 Закона о МЧП Румынии).

Большинство государств устанавливает специально коллизионное регулирование применительно к грузу (товар в пути, перевозимые вещи): «К последствиям установления или передачи прав на имущества в пути последние считаются находящимися в месте их отправления, если только отправитель и получатель прямо выраженным

или молчаливым образом не договорились о том, что они считаются находящимися в месте назначения» (ст. 10.1 ГК Испании). В отношении вещных прав, связанных с принудительной реализацией, складированием, залогом такой вещи, нахождением ее под секвестром в силу предварительных мер, применяется право места нахождения вещи (закон того места, куда временно перемещено имущество) (Румыния, Швейцария).

Вещные права на находящиеся у пассажира при себе предметы личного пользования (личные вещи пассажира) определяются по его личному закону: «Вещные права на вещи для личного пользования, перевозимые пассажиром, регламентируются правом государства, в котором находится обычное местонахождение пассажира» (ст. 67 Кодекса МЧП Болгарии).

К грузовому документу применяется право, определенное в самом грузовом документе. Если компетентное право не определено, то применяется право того государства, где находится место деятельности лица, выдавшего документ. К грузовому документу, выданному относительно вещи, находящейся в пути, применяется право государства по месту назначения вещи. Право, применимое к грузовому документу, определяет, имеет ли передача документа равное с передачей самой вещи значение с точки зрения приобретения вещи в собственность. Если одно лицо ссылается на действительность вещного права на основании права, применимого к грузовому документу, а другое лицо — на основании права, подлежащего применению в случае невыдачи грузового документа, то применяется право, подлежащее применению в случае невыдачи грузового документа (ст. 21 Закона о МЧП Эстонии).

Основная специфика коллизионного регулирования в международном частном транспортном праве — действие общих коллизионных привязок (закон места нахождения вещи, совершения договора, причинения вреда) и одновременная трансформация их в специальные (закон дороги отправления; порта назначения; места столкновения судов; закон дороги, к которой предъявлены претензии; дороги, изменяющей договор перевозки). Наибольшее количество специальных коллизионных привязок используется именно в международном транспортном праве.

Договор международной перевозки представляет собой особый вид международных коммерческих сделок. Специфика этого договора обусловлена особенностями транспорта как естественной монополии государства. Договор международной перевозки включает в себя публично-правовой (определение статуса транспортной среды) и частноправовой (непосредственная организация самой перевозки) аспекты. Кроме того, перевозка предполагает применение

ние системы обязательного страхования гражданской ответственности.

Автономия воли — генеральная коллизионная привязка договора международной перевозки как вторичной внешнеторговой сделки. При отсутствии соглашения сторон о праве применяется критерий наиболее тесной связи, который понимается как закон места жительства или основного места деятельности той стороны отношения, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (право страны перевозчика — подп. 6 п. 3 ст. 1211 ГК РФ).

В отдельных государствах используется обобщенное понятие — транспортные договоры (договоры перевозки, договоры транспортной экспедиции и др.). Кодекс МЧП Болгарии устанавливает (ст. 94): «(6) Предполагается, что договор перевозки товаров имеет самую тесную связь с государством, на чьей территории находится основное место деятельности перевозчика к моменту заключения договора, при условии, что в этом же государстве находится: 1. место погрузки, или 2. место разгрузки, или 3. основное место деятельности грузоотправителя. (7) Положение абз. 6 применяется и к чартерным договорам об однократной перевозке или к другим договорам, которые преимущественно обслуживают перевозку товаров. (8) Положения абз. 6 и 7 не применяются, если из обстоятельств в целом следует, что у договора наиболее тесная связь с другим государством. В этом случае применяется право этого другого государства».

В некоторых законодательных актах закреплены отдельные разделы, определяющее коллизионное «регулирование специальных договоров морской и воздушной торговли» (Китай, Румыния). В Законе о МЧП Македонии закреплена норма о возмещении вреда, причиненного на борту корабля, в открытом море или на борту воздушного судна: «Если событие, на основании которого возникло обязательство по возмещению вреда, произошло на борту корабля, в открытом море или на борту воздушного судна, то в качестве права места, где случились факты, обусловившие возникновение обязательства по возмещению вреда, применяется право государства, национальность которого имеет морское судно, либо право государства, в котором зарегистрировано воздушное судно» (ст. 34).

Регламент Рим I устанавливает автономию воли сторон договора перевозки грузов. При отсутствии выбора правом, подлежащим применению к договору перевозки груза, является право страны, где имеет свое обычное место жительства перевозчик, при условии, что место погрузки, место доставки или обычное место жительства отправителя также находится в этой стране. Если данное условие

не выполняется, то применяется право страны, где находится место доставки, согласованное сторонами.

Регламент Рим I устанавливает автономию воли сторон *договора перевозки пассажиров*, но она имеет ограниченный характер. Стороны могут выбирать в качестве права, подлежащего применению, только право страны, где:

- а) имеет свое обычное местожительство пассажир;
- б) имеет свое обычное местожительство перевозчик;
- с) имеет свое место нахождения центральная администрация перевозчика;
- д) находится место отправления;
- е) находится место назначения.

При отсутствии выбора правом, подлежащим применению к договору перевозки пассажира, является право страны, где имеет свое обычное местожительство пассажир, при условии, что место отправления или место назначения также находится в этой стране. Если данное условие не выполняется, то применяется право страны, где имеет свое обычное местожительство перевозчик.

Если при отсутствии выбора права из всех обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в соответствующих нормах, то применяется право этой другой страны (ст. 5).

8.2. Транспортная логистика

Основная задача международной перевозки — ликвидация географического и временного разрывов между грузоотправителем и грузополучателем, доставка груза на основе соблюдения требований:

- 1) необходимый груз;
- 2) необходимое качество;
- 3) необходимое количество;
- 4) в нужное время;
- 5) в нужное место;
- 6) с минимальными затратами.

Эти требования получили название «шесть правил логистики». Логистика представляет собой совокупность различных видов деятельности с целью получения с наименьшими затратами необходимого количества продукции в установленное время и в установленном месте, в котором существует конкретная потребность в данной продукции. Логистика охватывает весь материальный поток от приобретения сырья до поставки конечной продукции и связанный с ним поток информации.

Международный товароперевозочный процесс организован на основе транспортной логистики. Транспортная логистика осно-

вана на концепции интеграции транспорта, снабжения, производства и сбыта. Задачи транспортной логистики:

- 1) обеспечение технической и технологической сопряженности участников транспортного процесса;
- 2) согласование их экономических интересов;
- 3) использование единых систем планирования и единого информационного обеспечения.

Для перемещения грузов фирмы организуют хранение, грузовую обработку и транспортировку товаров, чтобы они оказались доступными для потребителя в нужное время и в нужном месте. Для выполнения этой работы сформирована система международного товародвижения:

- 1) технические средства, коммуникации и устройства всех видов транспорта; складское хозяйство промышленных фирм, их филиалов, торгово-посреднических и других компаний;
- 2) материально-техническая база стивидорных, брокерских и агентских фирм; обустройство транспортно-экспедиторских компаний для осуществления операций по перегруппировке и комплектации отправок;
- 3) материально-техническая база лизинговых компаний, сдающих в аренду контейнеры;
- 4) технические средства информационно-управляющих систем, которые охватывают совокупность технологических, организационных, правовых, специальных и иных отношений, возникающих в ходе транспортного, складского, информационного и иного обеспечения международных связей.

Система товародвижения, выходящая за рамки какой-либо одной страны, может быть определена как международная система. Концепция международных логистических систем товародвижения охватывает транспортную систему в целом. В нее входят все виды деятельности, связанные с потоками материальных ценностей.

В современном мире господствует концепция, что фундаментом эффективности международной торговли, экономического роста и устойчивого развития является интермодальность — интегрированное использование различных видов транспорта в одной транспортной системе¹. Интермодальность определяется как неразрывное «соединение различных видов транспорта в один опыт непрерывного путешествия в ходе единого процесса сбыта и оказания услуги, воспринимаемых как единая коммерческая сделка». Современная концепция развития европейского транспорта строится на интермодальном подходе (лозунг — «интермодальность должна стать реальностью»). Заседание Комитета по транспорту и транзиту МКПП

¹ URL: <http://www.state.gov/e/eb/tra/>

(Международного конгресса промышленников и предпринимателей), состоявшееся в сентябре 2006 г., было непосредственно посвящено вопросу развития интермодальных перевозок¹.

Интермодальные перевозки представляют собой систему доставки грузов в международном сообщении (с использованием международных транспортных коридоров) по единому перевозочному документу и передачей груза с одного вида транспорта на другой в единой грузовой единице. Основным элементом такой перевозки выступает интермодальная грузовая единица, которая допускает таможенное пломбирование на основе международных требований, исключающих доступ к грузу без срыва пломбы. Основой современных интермодальных перевозок являются контейнеры международного стандарта ISO².

Принципиально различные определения интермодальной перевозки были предложены ЮНКТАД (интермодальная перевозка — это перевозка грузов несколькими видами транспорта, в которой один из перевозчиков организует всю доставку, и в зависимости от деления ответственности за перевозку выдаются различные виды транспортных документов³) и Европейской конференцией министров транспорта стран ЕС (интермодальная перевозка осуществляется одним видом транспорта, но с перегрузкой опломбированного контейнера в пути следования⁴).

В доктрине предложено более пространное определение интермодальной перевозки — это транспортно-технологическая система организации перевозок с использованием нескольких видов транспорта, при которой перевозка грузового места (груза в грузовом модуле) выполняется под ответственностью одного лица (оператора или перевозчика), по единому сквозному документу и единой сквозной ставке тарифа, по вариантам «от двери до двери» и «точно в срок», с освобождением грузоотправителя от участия в перевозочном процессе⁵.

Интермодальная перевозка — это смешанная комбинированная перевозка, логистически организованная (предполагающая последовательно-центральною схему взаимодействия участников перевозочного процесса и высокую степень их интеграции). Необходимо учитывать также, что интермодальность транспорта — это возможность влиять на доминирование одного вида транспорта над другим.

¹ URL: http://www.peats.ru/rus/book/id_42.php

² Транспортная логистика : учебник / под общ. ред. Л. Б. Миротина. М., 2003.

³ Котляренко А. Ф., Куренков П. В. Внешнеторговые перевозки в смешанном сообщении. Экономика. Логистика. Управление. Самара, 2002.

⁴ Terminology of combined transport. N. Y. Geneva. 2001.

⁵ Единая транспортная система : учебник / под ред. В. Г. Галабурды. М., 1996.

Одна из важнейших задач в транспортной логистике — выбор транспорта, наилучшим образом обеспечивающего перевозку. От выбора вида транспорта зависит уровень цен товаров, своевременность их доставки и их состояние в момент прибытия в место назначения.

Морской транспорт характеризуется дешевизной морских путей и высокими затратами на погрузо-разгрузочные работы и портовое обслуживание судов. При перевозках на дальние расстояния морской транспорт не имеет конкурентов, а в некоторых случаях в силу географических условий практически незаменим;

География железнодорожных перевозок ограничена существующими путями сообщения. Этот вид транспорта характеризуется наиболее высоким удельным весом затрат на содержание постоянных устройств (путей, средств связи, искусственных сооружений).

На автомобильном транспорте затраты на содержание постоянных устройств относительно невелики, что обеспечивает этому виду транспорта безусловную конкурентоспособность при перевозках на короткие расстояния. Гибкость автомобильного транспорта в отношении выбора альтернативного маршрута перевозки обеспечивает ему основную роль при доставке грузов конкретному потребителю.

На воздушном транспорте наибольшая эффективность достигается при перевозках срочных, ценных и скоропортящихся грузов на дальние расстояния. На протяженных маршрутах этот вид транспорта является вполне конкурентоспособным по отношению к автомобильному и железнодорожному.

Благодаря распространению перевозок грузов укрупненными местами (смешанные и комбинированные перевозки) отправители одновременно используют два и более вида транспорта. Преимущества этих перевозок определяются преимуществами схемы «от двери до двери» на основе единого документа и одним оператором.

8.3. Международные железнодорожные перевозки

Международная железнодорожная перевозка — это перевозка грузов и пассажиров между двумя и более государствами на условиях международной железнодорожной конвенции. Железнодорожные перевозки в отсутствие международного транспортного соглашения имеют национально-правовой характер. Такая перевозка оформляется несколькими договорами: следование до пограничной станции — по закону государства места отправления, после пересечения

границы — по национальному праву соответствующего иностранного государства.

Общепризнанное положение — при наличии железнодорожной конвенции применение национального законодательства допускается только при отсылке к нему в самой конвенции либо по вопросам, в конвенции не урегулированным. Особенности коллизионного регулирования международного железнодорожного сообщения — совмещение действия нескольких коллизионных начал. Распространенное явление — трансформация общих коллизионных привязок в специальные (закон дороги отправления, следования, транзита, назначения). Правовое регулирование предполагает возможность автономии воли при выборе применимого права и юрисдикции.

Разновидности общего понятия международной железнодорожной перевозки: прямое международное сообщение, не прямое или ломаное сообщение, соседские перевозки, транзитные перевозки, сквозные перевозки, бесперегрузочные и перегрузочные международные перевозки, перевозки груза с переотправкой.

Многосторонние международные соглашения о железнодорожных перевозках заключаются только на региональном уровне. В Европе действуют Бернские конвенции о железнодорожных перевозках грузов (1890) (СИМ) и о железнодорожных перевозках пассажиров и багажа (1923). (СИВ). В развитие Бернской конвенции 1890 г. была подписана Конвенция о международной торговле (1914). Это транспортная конвенция разработана как свод основных правил перевозки для железных дорог Европы.

Конвенции неоднократно пересматривались: в 1966 г. было принято Дополнительное соглашение к СИВ, а в 1970 г. — к СИМ. В 1980 г. была созвана специальная Конференция по пересмотру Бернских конвенций, которая завершилась принятием КОТИФ — Соглашением о международных железнодорожных перевозках (1980), содержащим объединенный текст СИМ и СИВ. В качестве Приложения к КОТИФ разработаны Международная пассажирская конвенция (Приложение А — Единые правила МПК) и Международная грузовая конвенция (Приложение В — Единые правила МГК). К МГК принято специальное дополнение — Правила международного грузового сообщения. В рамках КОТИФ создана Бернская организация международного железнодорожного транспорта.

Основная цель КОТИФ — создание единообразной правовой системы, применяемой к перевозкам пассажиров, багажа и грузов в прямом международном сообщении; эта система правовых норм применяется для международных перевозок в смешанных обще-

ниях с использованием железнодорожных, речных и морских видов транспорта. Нормы МПК и МГК имеют диспозитивный характер, — установлена возможность изменения условий перевозок посредством отдельных двусторонних соглашений и норм национальных законов. В КОТИФ много специальных коллизионных привязок (закон дороги отправления груза, дороги следования груза, дороги назначения груза). Предусмотрена возможность автономии воли сторон. Общая коллизионная норма — *lex fori*, т.е. применение национального права страны, в которой управомоченное лицо осуществляет свое требование, включая положения и его коллизионного права (допускается обратная отсылка и отсылка к праву третьих стран).

В дополнение к КОТИФ разработан проект Единых правил о договорах об использовании инфраструктуры железных дорог. Инфраструктура определяется как железнодорожные пути и неразрывно связанные с ними устройства, необходимые для безопасного осуществления железнодорожных сообщений. В проекте определены основные условия таких договоров; значительное внимание уделяется взаимной ответственности их участников — железных дорог и организаций, эксплуатирующих инфраструктуру. Предусматривается установление исковой давности в три года.

В КОТИФ участвуют не только европейские страны, но и отдельные государства Азии и Африки.

Кроме КОТИФ, Россия участвует в многосторонних международных региональных соглашениях по железнодорожным перевозкам — в Соглашении о международном грузовом сообщении (СМГС) и Соглашении о международном пассажирском сообщении (СМПС) (1951) (действуют в редакции 1992 и 1997 гг.). Для смешанных перевозок по правилам СМГС заключаются специальные соглашения. Сфера действия СМГС и СМПС — бывшие социалистические государства Восточной Европы и Азии, бывшие союзные республики СССР.

СМГС и СМПС содержат императивные уфицированные материально-правовые и коллизионные нормы. Недействительны все двусторонние соглашения, отступающие от правил СМГС и СМПС. Виды специальных коллизионных привязок: закон дороги отправления груза; дороги следования груза; дороги, изменяющей договор перевозки; дороги, где груз был задержан; дороги назначения груза; дороги, к которой предъявляются претензии. Установлен запрет выбора применимого права и иных коллизионных привязок. Применение национальных законов допустимо только по вопросам, не урегулированным в соглашениях. Между участниками СМГС и СМПС действует Соглашение о международном прямом и смешанном железнодорожном сообщении.

8.4. Международные автомобильные перевозки

Международная автомобильная перевозка — это перевозка грузов и пассажиров автотранспортным средством на основе международного договора, при которой пункт отправления находится на территории одного государства, пункт назначения — на территории другого, а также перевозки транзитом. Соглашение о международной автомобильной перевозке — это особый вид внешнеторговых сделок, особое коммерческое соглашение: автоперевозки обычно осуществляются не сторонами контракта, а связанными с ними фирмами, которые могут сами заключать договор автоперевозки. Наиболее характерный юридический признак этих соглашений — их природа как двойной внешнеторговой сделки.

Многосторонние соглашения в сфере международных автомобильных перевозок принимаются на региональном уровне. В Европе действуют: Конвенция о дорожном движении (1949) (действует в части организации дорожного движения) и Протокол к ней о дорожных знаках и сигналах (1949); Конвенция о дорожном движении (1968) (закрепляет единообразную систему дорожных знаков и сигналов, единую разметку дорог); Европейское соглашение 1971 г., дополняющее Конвенцию о дорожном движении (1968); Протокол о дорожных знаках и сигналах (1968); Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов (ДОПОГ) (1957); Европейское соглашение о международных автомагистралях (СМА) (1975) (регулирует организацию использования автомагистралей).

Кроме того, система международных договоров в области автомобильного перевозок включает следующие конвенции:

- Женевская конвенция ЕЭК ООН о договоре международной дорожной перевозки грузов (1956) (КДПГ/ЦМР), измененная Женевским протоколом 1978 г.;
- Женевская конвенция ЕЭК ООН о договоре международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа (1973) (КАПП), измененная Женевским протоколом 1978 г.;
- Таможенная конвенция ЕЭК ООН о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (1975) (Конвенция МДП/TIR);
- Европейское соглашение ЕЭК ООН, касающееся работы экипажей транспортных средств, производящих международные автомобильные перевозки (1970) (с поправками 2004 г.).

Среди европейских соглашений основную роль играют Женевская конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ/ЦМР) (1956) и Женевская таможенная конвенция о международной перевозке грузов с использованием карнетов TIR (книжек МДП) (1975) (Конвенция МДП).

В КДПГ произведена унификация условий международной дорожной перевозки грузов. Область применения КДПГ — регулирование взаимоотношений перевозчика и грузовладельца, порядок приема груза к перевозке и его выдача в месте назначения. Сфера действия КДПГ: все договоры дорожной перевозки грузов за вознаграждение посредством транспортных средств (автомобили, автомобили с полуприцепами, прицепы и полуприцепы), когда место погрузки и место доставки груза находятся на территории двух разных государств, хотя бы одно из которых является участником Конвенции. КДПГ применяется и в тех случаях, когда перевозки производятся государствами или правительственными учреждениями.

В КДПГ закреплены подробные правила обо всех основных условиях перевозки; установлен перечень перевозок, к которым Конвенция не применяется (перевозка почты и покойников; перевозка обстановки и мебели при переездах; та часть смешанной перевозки, которая относится к водной, воздушной и железнодорожной перевозке без перегрузки). Применение Конвенции не зависит от места жительства и национальности сторон договора.

Нормы КДПГ имеют императивный характер, — отступление от ее положений недействительно; стороны не вправе изменять ее правила в более узких соглашениях (ст. 4). КДПГ представляет собой конгломерат материально-правовых и коллизионных норм. Коллизионное регулирование предусматривает применение общих и специальных коллизионных норм: автономия воли, закон суда, закон места отправления и места нахождения груза (общие); закон места нахождения главного управления предприятия ответчика, закон места нахождения конторы, заключившей договор, закон места предъявления груза перевозчику (специальные).

Женевская таможенная конвенция 1975 г. о международной перевозке грузов с использованием карнетов TIR (книжек МДП) (Конвенция МДП) определяет порядок оформления таможенных формальностей и процедура таможенного досмотра при международной дорожной перевозке грузов. Основной атрибут Конвенции — книжка МДП (единый таможенный документ), обладатель которой пользуется преимуществом первоочередного таможенного оформления (знак TIR). В государствах-участниках действуют специальные институты гарантийного объединения для защиты лиц, использующих процедуру МДП при международной дорожной перевозке грузов. Конвенция МДП устанавливает довольно жесткие требования к транспортным средствам — их техническому состоянию, экологическим стандартам.

Существует около 40 международных организаций, занимающихся вопросами автомобильного транспорта. Среди них наибо-

лее авторитетными являются Комитет по внутреннему транспорту (КВТ) ЕЭК ООН и Международный союз автомобильного транспорта (МСАТ). КВТ создан в 1948 г. в качестве межправительственного органа для развития сотрудничества в области всех видов внутреннего транспорта. Членами Комитета являются все страны — члены ЕЭК ООН.

Комитетом внутреннего транспорта разработано около 40 международных конвенций, более 50 единообразных предписаний (правил) по конструкции транспортных средств. При участии КВТ отработана система обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств за причиненный ущерб — система «зеленой карты».

Разрешительная система на международные перевозки грузов применяется с целью регулирования количества въезжающих иностранных грузовых автомобилей на территорию страны и защиты интересов национальных перевозчиков. Если перевозка осуществляется между странами, не заключившими между собой двухсторонних соглашений, разрешения могут выдаваться в разовом порядке компетентными органами страны перевозчика. В практике европейских стран существует несколько видов разрешений:

- 1) разрешение на один рейс;
- 2) разрешение на многократные рейсы;
- 3) разрешение на определенное количество рейсов;
- 4) транзитные разрешения;
- 5) разрешение на пригородные перевозки.

Российские разрешения и разрешения стран, с которыми заключены двухсторонние соглашения, относятся, как правило, к разрешениям первого вида и носят разовый характер. Перевозки в третьи страны и из них осуществляются на основе «стандартной международной лицензии», выдаваемой с разрешения Европейской конференции министров транспорта (ЕКМТ). С 1997 г. Россия является членом ЕКМТ.

Международные перевозки пассажиров и грузов транспортными средствами осуществляются при условии обязательного страхования гражданской ответственности перевозчика перед третьими лицами. Каждый перевозчик обязан заранее застраховать свою гражданскую ответственность по каждому транспортному средству. Страхование должно распространяться на весь ущерб, который может быть причинен транспортными средствами.

Россия участвует в большом количестве двусторонних международных договоров о международном автомобильном сообщении. Все эти соглашения содержат общие положения — устанавливается разрешительная система международных автомобильных перевозок пас-

сажиров, багажа и грузов, разрешаются вопросы перевозок в третьи страны и из них (например, российско-австрийское соглашение о международном автомобильном сообщении).

8.5. Международные воздушные перевозки

Основным документом, регулирующим использование международного и национального воздушного пространства, является Чикагская конвенция о международной гражданской авиации 1944 г. Конвенция установила общие правила деятельности гражданской авиации при осуществлении международных сообщений; категории международных полетов (регулярные и нерегулярные); определила понятие международных рейсов и воздушных трасс. Регулярные полеты воздушных судов, совершающих международные рейсы, осуществляются по воздушным трассам, прохождение которых оговаривается в международных соглашениях о воздушном сообщении.

В национальном законодательстве о МЧП закрепляется прямая отсылка к нормам Чикагской конвенции: «Режим права собственности в отношении самолетов и других воздушных судов, включенных в национальный реестр, как это определено в статье 17 Чикагской конвенции о международной гражданской авиации от 7 декабря 1944 г., регулируются законами государства, в котором воздушное судно зарегистрировано» (ст. 127.3 кн. 10 ГК Нидерландов).

Главная цель Чикагской конвенции — правовое регулирование международных воздушных сообщений и коммерческой деятельности. В Конвенции закреплён перечень коммерческих свобод воздуха. На основе Конвенции создана Международная организация гражданской авиации (ИКАО). В рамках ИКАО разрабатываются международные авиационные регламенты.

Международные воздушные перевозки грузов — перевозки, при которых место отправления и место назначения расположены или на территории двух государств, или на территории одного государства, но предусмотрены остановки на территории другого государства. Основные формы организации перевозки грузов воздушным транспортом:

- 1) смешанные грузовые (пассажирско-грузовые) перевозки;
- 2) специальные грузовые (отдельные грузовые) перевозки.

Смешанные грузовые (пассажирско-грузовые) перевозки делятся на перевозки грузов в специальных грузовых отсеках пассажирских самолетов и перевозки грузов в конвертируемых грузопассажирских самолетах. В грузовых отсеках пассажирских самолетов перевозятся наиболее срочные и ценные грузы. Грузовые перевозки в конвертируемых самолетах осуществляются на воздушных судах, салон кото-

рых приспособлен и для перевозок пассажиров, и для перевозок грузов. Салон может быть переоборудован полностью — только для одной категории перевозок (грузовых), или частично (половина самолета отводится под грузовые перевозки, другая половина — под пассажирские).

Перевозки грузов на специально оборудованных самолетах осуществляются регулярными и чартерными грузовыми рейсами.

Регулярные рейсы — это рейсы, выполняемые в соответствии с опубликованным расписанием по договорным авиалиниям. Перевозки грузов регулярными грузовыми рейсами осуществляются по специальным грузовым авиалиниям. Перевозки по грузовым авиалиниям регулируются межправительственными соглашениями о воздушном сообщении и коммерческими соглашениями между авиакомпаниями, эксплуатирующими договорные авиалинии.

Выполнение регулярных рейсов на международных воздушных линиях может осуществляться на основе межправительственных соглашений о воздушном сообщении. В целях удобства классификации договорные линии принято делить на «свободы воздуха»:

1) право осуществлять транзитный пролет без посадки на территории государства, предоставляющего это право;

2) право осуществлять пролет через иностранную территорию с посадкой на этой территории с некоммерческими целями (для заправки топливом, ремонта, технического обслуживания и т.п.) без права выгружать или брать на борт пассажиров, почту, грузы;

3) право высаживать на иностранной территории пассажиров и выгружать почту и груз, взятые на борт воздушного судна на территории государства, национальную принадлежность которого имеет воздушное судно;

4) право принимать на иностранной территории пассажиров, направляющихся на территорию государства, чью национальную принадлежность имеет воздушное судно, а также адресуемые туда же почту и груз;

5) право принимать на иностранной территории пассажиров, направляющихся на территорию любого третьего государства, а также адресуемые туда же почту и груз и право высаживать пассажиров и выгружать почту и груз, следующие с любой такой территории;

6) право осуществлять перевозки пассажиров, почты и груза между третьими странами через свою территорию;

7) право осуществлять перевозки пассажиров, почты и груза между третьими странами, минуя территорию государства, чью национальную принадлежность имеет воздушное судно.

Основную роль в правовом регулировании коммерческих воздушных сообщений играют двухсторонние соглашения о воздушном транспорте. Такие соглашения заключаются по образцам, содержащимся в типовых проектах — Чикагской конвенции 1944 г. и Страсбургской конвенции 1959 г. Большинство транспортных соглашений представляют собой соглашения чикагского типа. Заключительный акт Чикагской конвенции содержит стандартную форму двухсторонних соглашений об обмене коммерческими правами при регулировании международных воздушных сообщений (чикагская стандартная форма).

На содержание современных воздушных транспортных конвенций большое влияние оказали соглашения бермудского типа (соглашения между США и Великобританией — Бермуды-I и Бермуды-II), устанавливающие тарифные ставки и определяющие объемы перевозок. Многие государства заключают соглашения смешанного характера (чикагско-бермудского типа).

Чартерные рейсы — это рейсы, выполняемые для перевозки грузов в соответствии со специальным контрактом между перевозчиком и заказчиком. Каждый чартерный рейс выполняется по особому разрешению компетентных властей соответствующей страны. Чартерные авиаперевозки вошли в практику мировых авиакомпаний в начале 1960-х гг.

В соответствии с условиями контракта заказчик фрахтует вместимость самолета на определенных участках перевозки и на определенных условиях. Контракт может быть заключен как на отдельные рейсы (разовая перевозка грузов), так и на серию рейсов для целевой перевозки («чартерная цепочка»). Контрактом может предусматривать и тайм-чартер.

Женевская конвенция о международном признании прав на воздушные суда (1948) направлена на обеспечение прав лиц и организаций, предоставивших кредит при приобретении воздушных судов. Основное содержание Конвенции — нормы о признании залоговых прав на воздушные суда, о порядке продажи судна во исполнение судебного решения для удовлетворения прав кредитора. В современных кодификациях МЧП закрепляется отсылка к этой Конвенции: «Права на воздушные суда, как они определяются в Женевской конвенции о международном признании прав на воздушные суда от 19 июня 1948 г., признаются на условиях и порождают последствия, указанные в этой Конвенции» (ст. 165.1 кн. 10 ГК Нидерландов).

Конвенция об унификации правил о мерах принудительного обеспечения в отношении самолетов (1933) относится к таким мерам решения суда или органа государственного управления, позволяю-

шие задержать самолет, если решение о применении таких мер вынесено не в порядке общего судопроизводства.

Римская конвенция о возмещении вреда, причиненного иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности земли (1952), определяет, что ответственность наступает независимо от вины владельца воздушного судна. Случаи освобождения от ответственности: причинение вреда является следствием вооруженного конфликта или гражданских беспорядков; владелец воздушного судна не мог им воспользоваться на основании акта публичной власти; наличие вины потерпевшего.

Варшавская конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (1929) — основа правовой регламентации международных воздушных перевозок. Соглашения, дополняющие Варшавскую конвенцию: Гаагский протокол (1955) (неотъемлемая часть Варшавской конвенции), Гватемальский протокол о внесении изменений в Варшавскую конвенцию (1971), Гвадалахарская конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (1961), Монреальские протоколы (1975), Монреальское временное соглашение авиакомпаний (1966), Мальтийское временное соглашение авиакомпаний (1974). Эти документы составляют «Варшавскую воздушную договорную систему».

Варшавская конвенция 1929 г. определяет международную воздушную перевозку — это перевозка, при которой хотя бы один из пунктов посадки находится на территории другого государства. Сфера применения Варшавской конвенции: перевозки грузов, пассажиров, багажа, комбинированные перевозки. Конвенция не распространяется на воздушные перевозки между государствами-участниками и государствами, в ней не участвующими; не применяется к перевозкам почты. Документ, удостоверяющий заключение договора перевозки, — авиационная накладная, введенная Варшавской конвенцией.

Действие Варшавской конвенции распространяется на воздушные перевозки:

1. Место отправления и место назначения независимо от перерыва в перевозке расположены на территории двух государств — участников Конвенции.

2. Место отправления и место назначения находятся на территории одного государства — участника Конвенции, но остановка предусмотрена на территории другого государства, возможно, и не участвующего в Конвенции.

В международном воздушном сообщении используются перевозки, выполняемые последовательно несколькими перевозчиками.

С точки зрения Варшавской конвенции такая перевозка рассматривается как единая, независимо от того, как она оформлена — одним или несколькими договорами. При смешанных перевозках положения Варшавской конвенции должны применяться только к воздушной части перевозки. По соглашению сторон в воздушно-перевозочный документ можно включить условия, относящиеся к иным видам перевозок.

Варшавская конвенция устанавливает правило множественности юрисдикций (альтернативную международную подсудность): иск может быть подан по выбору истца в компетентный суд любого государства-участника; в суд по месту жительства перевозчика; по месту нахождения главного управления его предприятия; по месту нахождения конторы, заключившей договор перевозки; в суд места назначения. Эта норма имеет императивный характер, — недействительны все соглашения, изменяющие установленные в Конвенции правила о подсудности.

Исключения: в силу специального соглашения между перевозчиком и пассажиром может быть повышен предельный размер ответственности перевозчика; при перевозках грузов может быть заключено арбитражное соглашение в пределах установленной Конвенцией территориальной компетенции судов. Гватемальский протокол 1971 г. дополняет правила подсудности для пассажирских воздушных судов: иск может быть предъявлен по месту жительства пассажира, если перевозчик имеет там свое учреждение.

Основное содержание Варшавской конвенции — унифицированные материальные нормы императивного характера. В Конвенции есть незначительное количество коллизионных норм по частным вопросам (применение закона суда).

Положения Варшавской конвенции об ответственности перевозчика, выработанные в период становления гражданской авиации, устарели, и большинство последующих соглашений Варшавской договорной системы направлены на повышение ее пределов. Первое повышение предела ответственности перевозчика закреплено в Гаагском протоколе 1955 г., — в два раза выше по сравнению с установленным в Варшавской конвенции. Ведущие воздушные перевозчики подписали Монреальское соглашение (1966) о повышении пределов своей ответственности при перевозках в США, из США или через территорию США. Это соглашение послужило импульсом к подписанию европейскими ведущими воздушными перевозчиками Мальтийского соглашения 1974 г., в силу которого предел ответственности перевозчика был повышен до 100 000 СДР в отношении не только американских, но и других перевозок. Эти соглашения заменили принцип ответственности за вину объективной (абсолют-

ной) ответственностью. Перевозчик не вправе ссылаться на обстоятельства, которые являются основанием освобождения его от ответственности в соответствии с Варшавской конвенцией.

Гватемальский протокол 1971 г.: воздушный перевозчик несет ответственность независимо от вины (ответственность исключается, если вред вызван состоянием здоровья пассажира или его виной); повышен предел ответственности перевозчика в шесть раз по сравнению с Гаагским протоколом 1955 г. В национальном законодательстве может быть установлено дополнительное возмещение пассажирам при причинении вреда их здоровью. Гватемальский протокол изменил положения Варшавской конвенции о пассажирском билете и условиях перевозки багажа.

В 1999 г. в рамках Юридического комитета ИКАО была принята Монреальская конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок. Монреальская конвенция применяется при всякой международной перевозке пассажиров, багажа или груза, осуществляемой за вознаграждение посредством воздушного судна. Международная воздушная перевозка — это любая перевозка, при которой место отправления и место назначения вне зависимости от того, имеется или нет перерыв в перевозке или перегрузка, расположены либо на территории двух государств-участников, либо на территории одного и того же государства-участника, если согласованная остановка предусмотрена на территории другого государства, даже если это государство не является государством-участником. Монреальская конвенция распространяется на воздушные перевозки, совершаемые государством или другими юридическими лицами публичного права.

В соответствии с Монреальской конвенцией перевозчик несет ответственность за причинение вреда жизни и здоровью пассажира, за утрату или повреждение зарегистрированного багажа на принципе объективной и виновной ответственности; за утрату или повреждение груза, а также незарегистрированного багажа — на принципе виновной ответственности. Вина перевозчика презюмируется, пока он не докажет, что неблагоприятные последствия были вызваны военными действиями, вооруженным конфликтом, актами органов государственной власти, неправильной упаковкой груза, присущими грузу дефектами качества. Перевозчик освобождается от ответственности, если докажет, что причинение вреда жизни и здоровью пассажира, утрата или порча багажа либо груза были вызваны небрежностью, неправильными действиями или бездействием лица, требующего возмещения.

Монреальская конвенция предусматривает множественность юрисдикции (конкурентную юрисдикцию) по искам к перевозчи-

кам, предъявляемым в государственные суды. Установлен обязательный претензионный порядок урегулирования разногласий между получателем груза либо багажа и перевозчиком. Срок исковой давности установлен в два года с момента прибытия воздушного судна по назначению. Монреальская конвенция предусматривает возможность передачи спора на разрешение в арбитраж на основании арбитражного соглашения сторон, но только в отношении договора перевозки груза.

Варшавская и Монреальская конвенции действуют в отношении международных перевозок, осуществляемых в рамках регулярных и нерегулярных международных воздушных сообщений. Обе конвенции применяются к перевозке, осуществляемой несколькими последовательными перевозчиками, если она рассматривается ими в качестве единой перевозки. Равным образом они действуют в отношении смешанных перевозок, осуществляемых воздушным, железнодорожным, автомобильным, морским и речным транспортом¹.

Специфика воздушного сообщения порождает сложности в определении применимого права и установлении юрисдикции. В основном эти вопросы регулируются посредством унифицированных материальных норм международных конвенций. Однако нередки случаи и возникновения коллизионного вопроса:

- 1) когда перевозка связана с государством, не участвующим в Варшавской или Монреальской конвенциях;
- 2) если возникают вопросы, не урегулированные в Варшавской и Монреальской конвенциях;
- 3) если условия перевозки, установленные авиакомпанией, не соответствуют национальному праву.

Национальное законодательство большинства государств не содержит специальных коллизионных привязок для воздушного сообщения, поэтому применяются общие коллизионные начала: закона перевозчика, закона суда, закона флага. Закон перевозчика в праве международных воздушных перевозок понимается традиционно, — это право, с которым воздушное сообщение имеет наиболее тесную связь (место нахождения той стороны, чье исполнение характеризует договор перевозки). Закон места заключения договора понимается как право страны, где был начат первый участок полета. На правовое регулирование воздушных перевозок оказало большое влияние морское право, — применяются закон флага воздушного судна и закон государства его регистрации.

В отдельных национальных кодификациях МЧП закреплено специальное коллизионное регулирование статуса воздушных судов, вещных прав на воздушные суда и договоров воздушной перевозки

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

(ст. 139—144 Закона о МЧП Румынии). Положения национального закона, касающиеся маршрутов полетов и их безопасности в воздушном пространстве данного государства, применяются ко всем воздушным судам независимо от их регистрационного статуса, к экипажу и пассажирам, находящимся на борту.

Закон государства места регистрации воздушного судна применяется к юридическим фактам и действиям, совершенным на его борту, если в силу своего характера они регулируются законом места их совершения. В аэропортах применяется местный закон.

Закон государства места регистрации воздушного судна регулирует:

- 1) полномочия, компетенцию и обязанности командира воздушного судна;
- 2) договор найма экипажа судна, если стороны не избрали другой закон;
- 3) ответственность предприятия воздушного транспорта за действия и поступки командира капитана и экипажа.

Вещные и обеспечительные права на воздушное судно, формы регистрации актов, на основании которых эти права возникают, передаются или прекращаются.

Ущерб, причиненный воздушным судном на поверхности земли, регулируется законом того государства, на территории которого такой ущерб был причинен. В открытом море и в пределах иного пространства, на которое не распространяется чей-либо суверенитет, ответственность за столкновение регулируется законом, общим для воздушных судов, а если они имеют разную национальность, — законом судна, которое было повреждено.

Нормы Воздушного кодекса РФ учитывают основные положения Варшавской конвенции 1929 г. В Кодексе определено понятие международной воздушной перевозки; права и обязанности перевозчика, его ответственность; ответственность владельца воздушного судна; обязательное страхование ответственности перед третьими лицами; размеры страховых сумм. Подробно перечислены основания прекращения договора воздушной перевозки грузов и пассажиров по инициативе перевозчика.

8.6. Воздушные перевозки на привлеченных судах

В современном мире широкое распространение получили перевозки пассажиров и грузов на самолетах, которые авиакомпания на время предоставляет по договору аренды, в порядке фрахтования или временного обмена. При фрахтовании воздушных судов заключается

договор, который по аналогии с морским правом именуется чартерным. Такие перевозки еще называются трамповыми, поскольку они имеют характер нерегулярных полетов.

Авиакомпания, предоставляющие самолеты на условиях чартера, должны иметь необходимые гарантии, исключающие предъявление к ним требований о полной ответственности за причинение вреда. По инициативе ИКАО принята Гвадалахарская конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, осуществляемых лицами, не являющимися перевозчиками по договору (1961). Гвадалахарская конвенция ввела понятие «фактический перевозчик» — это лицо, не являющееся перевозчиком по договору, но уполномоченное им осуществлять перевозку, подпадающую под действие Варшавской конвенции 1929 г. или Гаагского протокола 1955 г. Фактическим перевозчиком является авиакомпания, предоставляющая самолет на условиях чартера, аренды или ином правовом основании. Фактическим перевозчиком не считается лицо, которое в отношении своей части перевозки является последовательным перевозчиком по смыслу Варшавской конвенции.

Главное содержание Гвадалахарской конвенции — норма о том, что если фактический перевозчик осуществляет перевозку на условиях Варшавской конвенции, то и перевозчик по договору, и сам фактический перевозчик подпадают под действие ее норм, т.е. могут ссылаться на установленные в Варшавской конвенции пределы ответственности. Действия фактического перевозчика признаются действиями перевозчика по договору и наоборот. Иск о возмещении вреда и иные претензии могут быть предъявлены потерпевшим по выбору как к фактическому перевозчику, так и перевозчику по договору, или к ним обоим одновременно. Исключение — право отправителя распоряжаться грузом в пути, в связи с которым он вправе обращаться только к перевозчику по договору. Гвадалахарская конвенция не затрагивает права и обязанности фактического перевозчика и перевозчика по договору, которые определяются на основании договора чартера и применимого национального права.

Договор чартера на воздушном транспорте рассматривается либо как договор перевозки, либо как разновидность договора аренды (предоставление судна без экипажа). При чартерных перевозках взаимоотношения между авиакомпаниями регламентируются на основе заключенных между ними соглашений и под действие Варшавской конвенции не подпадают. Однако взаимоотношения по договору перевозки пассажиров и грузов на общих основаниях должны регулироваться нормами Варшавской конвенции.

Воздушный чартер — это договор, по которому одна сторона (фраховщик — собственник воздушного судна) обязуется предоставить другой стороне (фрахователю — заказчику) за плату всю или часть вместимости одного или нескольких воздушных судов на один или несколько рейсов для перевозки пассажиров, багажа, грузов, почты или для иных целей.

Содержание чартера, права и обязанности сторон определяют проформы чартеров. Они разрабатываются авиакомпаниями и представляют собой разновидность примерного договора, который может дополняться и изменяться сторонами при его заключении. Типовые проформы чартера содержат условия:

- 1) характеристика предоставляемого самолета;
- 2) размер платежей за его использование и порядок расчетов;
- 3) маршрут и расписание полетов;
- 4) оформление транспортной документации;
- 5) досрочное прекращение договора в случае невозможности его исполнения;
- 6) ответственность собственника самолета;
- 7) оговорка о применимом праве.

Плата за использование самолета — фрахт (цена договора). Фрахт исчисляется либо за рейс, либо за почасовое использование воздушного судна. Некоторые проформы содержат условия об уплате демареджа (возмещения) в случае необоснованной задержки самолета, и оговаривают право заказчика канцелировать (прекратить) договор с уплатой определенной части фрахта. В обеспечение уплаты фрахта предусматривается залоговое право на груз.

Вместимость воздушного судна — предмет договора чартера. В договоре предусматривается тип воздушного судна, обусловлено право авиапредприятия-фраховщика производить замену воздушного судна на другой тип самолетов при условии обеспечения перевозки установленного количества пассажиров, багажа или грузов в те же сроки. В противном случае фрахователь имеет право расторгнуть договор.

Обычно самолет предоставляется с экипажем, но возможно предоставление самолета без экипажа. Право фрахователя распоряжаться воздушным судном и его вместимостью обычно ограничено условием, что при наличии свободных мест и вместимости авиакомпания вправе перевозить других пассажиров и другие грузы. Обязанности фраховщика:

1. Привести воздушное судно в состояние, пригодное для полета и перевозки. Однако фраховщик не несет ответственности перед фрахователем в случае непригодности воздушного судна, возникшей не по вине фраховщика.

2. Обеспечить наличие экипажа, необходимого оборудования и документации.

3. Своевременно предоставить вместимость воздушного судна.

4. Своевременно обеспечить доставку пассажиров, багажа и грузов к месту отправления воздушного судна. Если задержка вылета или увеличение полетного времени произошла по вине фрахтователя, пассажиров или грузоотправителей, то фрахтовщик имеет право на возмещение убытков.

5. Получить разрешение на полет и визы для экипажа, если полет является международным; выполнить другие формальности, связанные с осуществлением международных полетов.

6. При задержке вылета по вине авиакомпании она должна возместить фрахтователю убытки и расходы. В экстремальных ситуациях фрахтовщик вправе перенести или отменить вылет, совершить посадку, сделать остановку, изменить маршрут, прекратить полет, уменьшить количество пассажиров и грузов.

7. Фрахтовщик освобождается от ответственности, если он частично или полностью не может выполнить перевозку из-за действия непреодолимой силы (метеоусловия, акты публичной власти, другие обстоятельства вне контроля фрахтовщика).

8. В случае поломки или аварии воздушного судна авиакомпания обязана сделать все от нее зависящее, чтобы доставить пассажиров и грузы в место назначения. В противном случае фрахтовщик имеет право только на часть цены чартера в соответствии с пройденным расстоянием и полезным эффектом частичной перевозки.

Основная обязанность фрахтователя — своевременное внесение платы за фрахтование. Иногда национальные авиационные ведомства устанавливают минимум чартерных цен. Национальное законодательство и проформы чартеров предоставляют фрахтователю право отказаться от договора в любой момент с уплатой неустойки.

Условия чартера предусматривают, что отношения сторон договора перевозки по чартеру регулируются Правилами перевозок авиакомпаний, а ответственность фрахтовщика-перевозчика — Варшавской конвенцией. В отношении ответственности перевозчика в проформах содержится перечень обстоятельств, освобождающих его от ответственности (обстоятельства вне контроля компании). Ответственность основана на принципе презюмируемой вины.

В отношении ответственности по договору перевозки в проформах делается отсылка к Правилам перевозок авиакомпаний или к нормам Варшавской конвенции. В странах континентальной системы права ответственность также несет авиакомпания-перевозчик, которая заключила договор перевозки. К ней предъявляются все претензии и иски. Судебная практика государств общей системы

права признает за истцом право предъявлять иск, основанный либо на нарушении договора, либо на деликтном обязательстве, т.е. допускается конкуренция исков.

8.7. Международные морские перевозки (международное частное морское право)

Правовой режим морской транспортной среды установлен в Конвенции ООН по морскому праву (Женева, 1982). Конвенция закрепляет делимитацию морских пространств, их международно-правовой статус. Положения Конвенции 1982 г. затрагивают и проблемы МЧП — право мирного прохода; гражданская юрисдикция в отношении иностранных судов; иммунитет государственных судов, эксплуатируемых в некоммерческих целях; национальность судов; «удобные флаги»; клаузула о наиболее благоприятствуемой нации.

Значительный вклад в решение проблемы обеспечения свободы судоходства и безопасности мореплавания вносят международные организации. Ведущая роль принадлежит Международной морской организации (ИМО). Большую работу по унификации транспортной документации и регламентации коммерческо-правовых вопросов перевозки грузов морем проводит Балтийский международный морской совет (БИМКО; учрежден в 1905 г.).

Правовое регулирование перевозок грузов морем включает в себя нормы морского судоходства и торгового мореплавания и является подсистемой МЧП. В доктрине довольно давно установились понятия «международное частное морское право» и «торговое судоходство и мореплавание»¹. Группы отношений в этой сфере: вещные права на морские суда, договоры морской перевозки, отношения, связанные с риском мореплавания.

Коллизионное регулирование характеризуется обилием разнообразных коллизионных норм, их развернутой системой. Кроме общих коллизионных привязок действует большое количество специальных (закон флага судна-спасателя, закон места столкновения судов). Для международного частного морского права характерно видоизменение общих коллизионных начал, их трансформация в специальные: закон порта отправления — вместо закона места заключения договора, закон места столкновения судов — вместо закона совершения правонарушения². Наиболее важные коллизионные принципы — автономия воли, закон флага и закон суда. Это отражено в национальном законодательстве — например, гл. 9 Закона о МЧП Южной Кореи «Международное торговое морское право».

¹ Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Международное частное морское право. Л., 1984.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

Процесс унификации международного частного морского права идет уже более ста лет. На региональном уровне наиболее удачными примерами унификации являются Кодекс Бустаманте, Соглашение Монтевидео о торговом судоходстве (1940) (Латинская Америка). В настоящее время в области международного частного морского права действует огромное количество универсальных международных соглашений: Брюссельские конвенции для объединения некоторых правил относительно столкновения судов, относительно оказании помощи и спасания на море (1910); Конвенция об ограничении ответственности по морским требованиям (1976); Международная конвенция о морских залогах и ипотечках (1993).

Основными формами организации морских перевозок являются линейная (регулярная) и трамповая (нерегулярная). Международная линейная перевозка оформляется коносаментом. Коносамент — это специальная расписка, удостоверяющая принятие перевозчиком груза для транспортировки его морем. Первая попытка определения международного статуса коносамента предпринята в Брюссельской конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте (1924).

Конвенция вступила в силу в 1931 г. под названием Гаагские правила 1924 г. Перед рейсом перевозчик (собственник судна или фрахтователь) обязан проявить разумную заботливость по следующим вопросам:

- 1) привести судно в мореходное состояние;
- 2) надлежащим образом снарядить, укомплектовать и оборудовать судно;
- 3) привести в надлежащее состояние все части судна, в которых перевозятся грузы.

Понятие «договор перевозки» по смыслу Гаагских правил применяется к договору перевозки, удостоверенному коносаментом. Договором перевозки является также перевозка по чартеру, оформленная коносаментом. Получив грузы в свое ведение, перевозчик обязан по требованию отправителя выдать ему коносамент, который служит распиской в принятии груза к перевозке, является товарораспорядительным документом, опосредует заключение договора перевозки в линейном морском судоходстве.

Гаагские правила определяют группы вопросов, которые являются решающими при морских перевозках грузов: функции коносамента, порядок его составления, выдачи и реквизиты; ответственность морского перевозчика перед грузовладельцем; порядок предъявления претензий к морскому перевозчику.

Ключевые положения Гаагских правил — нормы об ответственности перевозчика. Установлен обязательный минимум его ответственности, предусмотрены исключения из правил об ответственности, пере-

числены основания, освобождающее судно и перевозчика от ответственности (17 оснований). Гаагские правила основаны на принципе презумпции вины перевозчика. Вина должна опровергаться самим перевозчиком. Положения об ответственности имеют императивный характер, отступление от них не имеет юридической силы.

Любая оговорка, условие или соглашение в договоре перевозки, освобождающие перевозчика или судно от ответственности за потери или убытки, возникшие вследствие небрежности, вины или неисполнения обязательств, либо уменьшающие такую ответственность, считаются ничтожными. Перевозчик вправе отказаться от предусмотренных в Гаагских правилах всех или некоторых своих прав, в том числе от прав на освобождение от ответственности, или увеличить свою ответственность, при условии, что это включено в коносамент.

В Правилах отсутствуют нормы о юрисдикции и арбитраже. Эти вопросы разрешаются на основе обычных норм торгового мореплавания по общепринятому правилу, — споры рассматриваются в суде места нахождения основного коммерческого предприятия перевозчика. Если в коносамент включена арбитражная оговорка, она признается действительной, но исключает возможность обращения в государственный суд.

За исключением норм об ответственности, Гаагские правила имеют диспозитивный характер и содержат ограниченный круг унифицированных норм, регулирующих перевозку.

В 1968 г. были приняты Правила Висби — дополнительный протокол к Брюссельской конвенции 1924 г. Правила Висби расширили сферу действия Гаагских правил, предусмотрев их применение к любому коносаменту. В Правилах 1968 г. закреплены нормы об усилении ответственности перевозчика, о повышении пределов его ответственности, увеличена оборотоспособность коносамента. В 1979 г. был принят Протокол об изменении Брюссельской конвенции 1924 г.

Конвенция ООН о морской перевозке грузов (1978) (Гамбургские правила) имеет более широкую сферу действия, чем Гаагские правила (охватывают перевозки животных, палубных и опасных грузов). Гамбургские правила установили дополнительно еще 13 обязательных элементов коносамента. Нормы Правил имеют императивный характер. Установлен принцип презумпции вины морского перевозчика, расширены пределы его ответственности.

Сфера применения Конвенции: договоры морской перевозки между двумя государствами в случаях:

- 1) порт погрузки, предусмотренный договором, находится в одном из договаривающихся государств;

2) порт разгрузки, предусмотренный в договоре морской перевозки, находится в одном из договаривающихся государств;

3) коносамент или другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, выдан в одном из договаривающихся государств;

4) коносамент или другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, предусматривает, что договор должен регулироваться положениями настоящей Конвенции или законодательством любого государства, вводящим их в действие.

Из Гамбургских правил исключены нормы об освобождении от ответственности при навигационной ошибке. По сравнению с Гаагскими правилами увеличены сроки исковой давности по требованиям к перевозчику. Гамбургские правила содержат конгломерат норм об арбитраже и юрисдикции: правило о множественности юрисдикции, возможность подсудности по выбору истца, отказ от решения вопроса о подсудности на основе пророгационного соглашения, возможность арбитражного рассмотрения спора.

В 2009 г. в Роттердаме была открыта для подписания Нью-Йоркская конвенция ООН о договорах полностью или частично морской международной перевозки грузов (2008) (Роттердамские правила). Цель Конвенции — создать имеющий обязательную силу всеобщий режим, который поддерживал бы выполнение договоров морской перевозки с использованием других видов транспорта. Это свод единообразных правил, регулирующих «международные договоры полностью или частично морской перевозки». Конвенция призвана заменить Гаагско-Висбийские и Гамбургские правила.

Роттердамские правила содержат глоссарий основных терминов (ст. 1):

«Договор перевозки» — это 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.

«Перевозчик» — это лицо, которое заключает договор перевозки с грузоотправителем.

«Грузоотправитель» — это лицо, которое заключает договор перевозки с перевозчиком.

«Грузополучатель» — это лицо, наделенное правом на получение груза в соответствии с договором перевозки или транспортным документом или транспортной электронной записью.

«Транспортный документ» — это документ, который выдан в соответствии с договором перевозки перевозчиком и который свидетельствует:

- о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза в соответствии с договором перевозки; и

- о наличии договора перевозки или содержит такой договор.

«Оборотный транспортный документ» — это транспортный документ, в котором с помощью формулировок «приказу», или «оборотный», или других надлежащих формулировок, указано, что груз отправлен приказу грузоотправителя, приказу грузополучателя или предъявителю. В таком документе не может быть прямо указано, что он является «необоротным» или «не подлежащим передаче».

«Транспортная электронная запись» — это информация, содержащаяся в одном или более сообщениях, которые были переданы перевозчиком с помощью электронной связи, включая информацию, логически связанную с транспортной электронной записью, с тем, чтобы сделать ее частью транспортной электронной записи, которая свидетельствует:

- о получении перевозчиком или исполняющей стороной груза в соответствии с договором перевозки;

- о наличии договора перевозки или содержит такой договор.

«Груз» — это имущество, товары и предметы любого рода, которые перевозчик обязуется перевезти в соответствии с договором перевозки, включая упаковку и любое оборудование, и контейнер, которые не предоставляются перевозчиком или от его имени.

«Судно» — это любое судно, используемое для морской перевозки грузов.

«Транспортное средство» — это автомобильное или железнодорожное грузовое транспортное средство.

Роттердамские правила применяются к договорам перевозки, по которым место получения и место сдачи груза находятся в разных государствах, и порт погрузки и порт разгрузки для морской перевозки также находятся в разных государствах. Роттердамские правила не затрагивают применение положений любой из международных конвенций, регулирующих воздушную наземную железнодорожную перевозку грузов и перевозку грузов по внутренним водным путям; не применяются к договору перевозки пассажиров и багажа.

В Роттердамских правилах «договор перевозки» предусматривает морскую перевозку и может предусматривать перевозку другими видами транспорта в дополнение к морской перевозке. Установлена возможность использования транспортных электронных записей; определены обязательства перевозчика, его ответственность, ответственность грузоотправителя и «морских исполняющих сторон». Роттердамские правила закрепляют принцип множественности юрисдикции, возможность заключения соглашений об «исключительном выборе суда» и арбитражных соглашений. Никакое

судебное или арбитражное разбирательство в отношении исков или споров, возникающих из нарушения какого-либо обязательства по Роттердамским правилам, не может быть возбуждено после истечения двухгодичного срока.

Период ответственности перевозчика за груз начинается с момента получения груза для перевозки и заканчивается в момент сдачи груза. Перевозчик несет ответственность за утрату или повреждение груза, задержку в его сдаче, если истец докажет, что утрата, повреждение или задержка имели место в период ответственности перевозчика. Перевозчик полностью или частично освобождается от ответственности, если докажет, что причина или одна из причин утраты, повреждения или задержки не может быть отнесена на счет его вины. Перевозчик также полностью или частично освобождается от ответственности, если в качестве альтернативы доказыванию отсутствия вины он докажет, что утрату, повреждение или задержку повлекло одно или несколько из перечисленных событий или обстоятельств:

- 1) непреодолимая сила;
- 2) риски, опасности и несчастные случаи на море или в других судоходных водах;
- 3) война, военные действия, вооруженные конфликты, пиратство, терроризм, восстания и народные волнения;
- 4) карантинные ограничения; вмешательство со стороны правительств, государственных органов, правителей или народов или создаваемые ими препятствия, включая задержание, арест или конфискацию не по вине перевозчика;
- 5) забастовки, локауты, приостановления или задержки работы;
- 6) пожар на судне;
- 7) скрытые дефекты, которые нельзя обнаружить при проявлении разумной осмотрительности;
- 8) действие или бездействие грузоотправителя;
- 9) погрузка, обработка, укладка или выгрузка груза;
- 10) убыль объема или веса либо любая другая утрата или повреждение, возникшие из-за внутренне присущих грузу дефектов, свойств или скрытых недостатков груза;
- 11) недостаточность или плохое состояние упаковки или маркировки, которые произведены не перевозчиком или не от его имени;
- 12) спасание или попытки спасания жизни на море;
- 13) разумные меры по спасанию или попытки спасания имущества на море;
- 14) разумные меры или попытки избежать ущерба окружающей среде.

Перевозчик не имеет права на ограничение ответственности, если истец докажет, что ущерб может быть отнесен на счет личного действия или бездействия лица, претендующего на право ограничить ответственность, совершенного с намерением причинить такой ущерб или вследствие грубой неосторожности и с пониманием вероятности возникновения такого ущерба (ст. 61). Грузоотправитель несет ответственность за потери или ущерб, понесенные перевозчиком, если перевозчик докажет, что такие потери или ущерб были причинены нарушением обязательств грузоотправителя.

Роттердамские правила применяются без учета национальности судна, перевозчика, исполняющих сторон, грузоотправителя, грузополучателя или любых других заинтересованных сторон (ст. 5).

Трамповые перевозки грузов регулируются национальным законодательством. Юридическая форма трамповых перевозок — чартер. В большинстве случаев договор чартера заключается с помощью посредника или фрахтового брокера и содержит ряд обязательных условий, относящихся к судну, грузу, фрахту, стивидорным работам, диспаше, демереджу. Стороны договора чартера: фрахтователь и фрахтовщик. Договор может предусматривать предоставление для перевозки груза всего судна, его части или отдельных помещений.

Морские перевозки пассажиров регламентируются Брюссельской конвенцией об унификации некоторых правил перевозки пассажиров морем (1961). Конвенция содержит и материальные, и коллизионные нормы. Все коллизионные нормы основаны на принципе применения закона суда. Брюссельская конвенция имеет ограниченную сферу действия: применяется только к международным пассажирским перевозкам (перевозкам между портами разных государств, или одного государства, но с заходом в иностранный порт).

Перевозки пассажиров регулирует также Афинская конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа (1974). В Конвенции определено понятие международной перевозки пассажиров — это любая перевозка, при которой в соответствии с договором перевозки место отправления и место назначения расположены в двух различных государствах либо в одном государстве, если согласно договору перевозки или предусмотренному рейсу промежуточный порт захода находится в другом государстве.

Афинская конвенция восприняла многие нормы Брюссельской конвенции — ответственность перевозчика за ущерб, принцип презюмируемой вины перевозчика, установление пределов его ответственности и освобождение от ответственности в случае виновного поведения пассажира. Бремя доказывания возложено на перевозчика. Афинская конвенция предусматривает возможность повышения пределов ответственности перевозчика на основе точно выра-

женного письменного соглашения между пассажиром и перевозчиком.

Нормы Конвенции вводят в оборот новое понятие «каютный багаж». Расчетная единица для исчисления размеров ответственности перевозчика — «специальные права заимствования». В Конвенции определен порядок перевода сумм возмещения в национальную валюту государства, суд которого рассматривает дело.

Лондонский протокол 1976 г. к Афинской конвенции изменил порядок исчисления пределов ответственности перевозчика и ввел расчетную единицу СДР. Лондонский протокол 1990 г. увеличил пределы ответственности морского перевозчика. Лондонский протокол 2002 г. призван создать новую редакцию Афинской конвенции. Протокол 2002 г. также увеличил пределы ответственности перевозчика — за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, перевозчик отвечает в сумме 250 тыс. СДР в отношении каждого случая причинения вреда.

8.8. Морские перевозки в линейном сообщении

В торговом судоходстве различают две формы организации движения судов — регулярное и нерегулярное (трамповое).

К регулярным формам относятся линейное судоходство и работа судов последовательными рейсами. Нерегулярное или трамповое судоходство — это работа грузовых судов, не связанная с каким-либо постоянным районом плавания, портами погрузки (выгрузки) и не ограниченная определенными видами грузов. Трамповые перевозки грузов регулируются национальным законодательством и отдельными международными соглашениями: «Фрахтование, когда оно не имеет формы договора присоединения, регулируется законом места отправки товаров. Акты по выполнению договора фрахта осуществляются согласно закону места их совершения (ст. 285 Кодекса Бустаманте).

Регулярные или линейные перевозки являются наиболее прогрессивной формой морских перевозок. Они осуществляются на основе соглашений об организации постоянных морских линий. Стороны таких соглашений — государства или крупные заинтересованные судовладельческие компании. В соглашениях определяются основные условия эксплуатации соответствующих линий. Линейный конносамент применяется для установления условий морских линейных перевозок, которые производятся по правилам и тарифам судовладельческих компаний.

Линейные конференции — это группы перевозчиков, образованные по соглашениям между крупными судовладельческими компани-

ями. Решающая роль в линейных конференциях принадлежит компаниям ведущих экономически развитых государств.

Линейное судоходство — форма организации работы флота, при которой обеспечивается движение судов по объявленному расписанию между заранее установленными портами для обеспечения регулярной доставки внешнеторговых грузов. Морское сообщение между портами, поддерживаемое судоходными предприятиями, называется линией.

Линии подразделяются на односторонние, двухсторонние и конференциальные. На односторонних линиях работают суда одной страны или одной судоходной компании. Двухсторонние линии поддерживаются судоходными компаниями двух стран или двух предприятий. Конференциальные линии — это линии, на которых работают суда двух и более компаний из одной или нескольких стран. Основное предназначение конференциальных линий (соглашений) — установление одинаковых тарифов и условий перевозки. Такая политика проводится для устранения конкуренции между судоходными предприятиями, работающими на одних и тех же направлениях.

В линейном судоходстве практикуются разнообразные объединения судоходных компаний.

Наиболее свободной формой объединения является «джентльменское соглашение». Касается принципов сотрудничества судовладельцев в случае возникновения спорных вопросов при обслуживании одного и того же направления, одних и тех же портов двумя и более линиями. Одним из наиболее важных предметов такого рода соглашения являются тарифы или ставки. В рамках «джентльменского соглашения» партнеры придерживаются правил «честной игры». Иногда эти соглашения предусматривают отказ одного судовладельца от работы на каком-либо направлении в пользу другого.

Более тесной формой объединения является «совместное обслуживание». При таком соглашении линейные судовладельцы договариваются о применении единых тарифов или ставок фрахта в одинаковых условиях перевозок, о регулировании совместного обслуживания в соответствии с единым расписанием, о распределении районов или портов, обслуживаемых линиями партнеров.

Наиболее распространенной формой объединений являются линейные конференции. Конференции — это объединения судовладельцев, состоящие из юридически, экономически и организационно самостоятельных компаний. Их цель — монополизация перевозок и стабилизация тарифов на конкретном направлении, ограничение конкуренции внутри конференции и повышение конкуренции с судовладельцами, не входящими в конференцию.

Конференциальное соглашение оговаривает обязательства членов применять единые тарифные ставки и следовать одинаковой фрахтовой политике.

В последние годы появились новые формы объединений — межконференциальные соглашения («ассоциированные конференции»). Межконференциальные соглашения заключаются между двумя и более конференциями, обслуживающими близкие или сходные направления или районы плавания. Цель — снижение конкуренции между линиями-перевозчиками, входящими в различные конференции.

В 1974 г. на основе резолюции Генеральной Ассамблеи ООН принят Кодекс поведения линейных конференций. В Кодексе указывается, что конференции не должны допускать какой-либо дискриминации по отношению к судовладельцам или грузоотправителям любой страны; должны проводить консультации с организациями грузоотправителей и грузополучателей по вопросам, представляющим взаимный интерес.

8.9. Договор фрахтования судов

Юридической формой трамповых перевозок является *чартер*. В большинстве случаев договор чартера заключается с помощью посредника или фрахтового брокера и содержит ряд обязательных условий, относящихся к судну, грузу, фрахту.

Фрахт — это плата перевозчику за доставку груза в порт назначения. В чартерных перевозках грузов иностранных фрахтователей ставка фрахта определяется в зависимости от конъюнктуры фрахтового рынка. Калькуляция фрахта исчисляется в зависимости от веса, меры или стоимости груза.

В национальной и мировой практике разработаны стандартные и частные проформы чартеров, проформы чартеров по видам грузов.

Рейсовый чартер — это договор морской перевозки груза с условием предоставления под груз всего судна или его определенных помещений. Стадии исполнения рейсового чартера — рейс судна в порт погрузки, прием груза, рейс судна в порт разгрузки, выдача груза.

Стандартные формы рейсовых чартеров содержат 45 и более пунктов (участники перевозки, груз, судно). Основные разновидности договора чартера — договор тайм-чартера (судовладелец обязуется предоставить фрахтователю за вознаграждение на определенный срок судно для определенных договором целей) и договор димайз-чартера (наделение фрахтователя правом владения судном и контроля над ним).

Чартер — сложный договор. Ответственность и режим чартера устанавливаются в комплексе многосторонних и двусторонних соглашений о коносаменте. Коллизионное регулирование договора чартера основано на выявлении права, наиболее свойственного договору. Основные коллизионные привязки: закон флага, личный закон и закон места нахождения собственника судна, закон места заключения договора, закон языка и места исполнения договора, закон валюты фрахта, личный закон и закон места нахождения сторон договора, закон порта отправления и порта назначения груза. Договор морской перевозки грузов является договором присоединения. Главная коллизионная привязка — закон места совершения соглашения.

Фрахтование судов (*chartering of vessels*) — это процесс заключения договора фрахтования. Основные виды фрахтования судов:

1. Фрахтование на условиях рейсового чартера (*voyage-charter*):
 - фрахтование на один рейс (*single voyage*) — судовладелец предоставляет в распоряжение фрахтователя судно для перевозки грузов из одного или нескольких портов отправления в один или несколько портов назначения;
 - фрахтование на последовательные рейсы (*consecutive voyages*) — разновидность фрахтования на условиях рейсового чартера, применяемая при перевозках больших количеств однородного груза в одних и тех же направлениях одним и тем же судном;
 - фрахтование на круговой рейс — судно используется для перевозки грузов на данном направлении последовательно в обе стороны;
 - фрахтование по генеральному контракту (*general contract*) — судовладелец обязуется в течение определенного времени перевезти обусловленное количество груза.

2. Фрахтование на условиях тайм-чартера (*time-charter*). Тайм-чартер — это договор фрахтования судна на время, по которому судовладелец, оставаясь владельцем судна и сохраняя контроль над экипажем, предоставляет его на определенный срок в распоряжение фрахтователя для перевозки любых грузов, за исключением опасных и тех, перевозка которых не допускается по условиям чартера. В тайм-чартере обычно предусматривается определенный район плавания судна.

Стандартные типы тайм-чартера:

- Судовладелец предоставляет фрахтователю судно, полностью укомплектованное командой, и несет все расходы на содержание экипажа, поддержание судна в пригодном для эксплуатации состоянии, на его страхование.
- Фрахтователь несет все расходы на приобретение топлива, воды, оплату налогов, портовых сборов, услуг лоцманов и букси-

ров, производство погрузо-разгрузочных и других работ, связанных с перевозкой грузов.

- Фрахтователь оплачивает арендную плату за все время нахождения судна в тайм-чартере, за исключением времени простоя, вызванного аварией или поломкой судна.

Наряду с тайм-чартером среди видов фрахтования судов на время существует фрахтование судов в бербоут-чартер. *Бербоут-чартер* (*bareboat charter*) — вид договора фрахтования, в соответствии с которым судовладелец передает фрахтователю судно без экипажа на условиях аренды. Фрахтователь становится временным владельцем судна.

В зарубежной практике получили распространение *соглашения об управлении* (*management agreements*), согласно которым обязанности по обеспечению судна загрузки и его эксплуатации возлагаются на операторов. Подобное соглашение трактуется как соглашение об услугах.

8.10. Отношения, связанные с риском мореплавания

Общая авария — один из самых древних институтов морского права (VIII в. до Р.Х. — Родосский закон о мореплавании). Как показывает многовековая практика, регулирование отношений по общей аварии предполагает отказ от коллизионных норм и применение унифицированного материально-правового метода. В 1864 г. в г. Йорке были приняты Йоркские правила об общей аварии. Правила были пересмотрены в г. Антверпене (1877), уточнены в г. Йорке (1890), и с тех пор носят название Йорк-Антверпенских правил об общей аварии. В Правилах обобщены обычаи, касающиеся распределения убытков от общей аварии (ред. 1924, 1950, 1974, 1990, 1994, 2004). Йорк-Антверпенские правила — это частная неофициальная кодификация единообразных обычаев торгового судоходства и мореплавания, свод международных обычаев относительно того, какие убытки могут считаться общеаварийными, и как определяется их распределение.

За Правилами признается сила международных обычаев и обыкновений¹. Обычаем Йорк-Антверпенские правила делает «всеобщность и длительность их применения»². В доктрине высказывается и иная точка зрения — Правила, «подобно Инкотермс, формально юридически являются лишь отражением существующих обычаев и обыкновений, касающихся общей аварии»³.

¹ Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1990.

² Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Международное частное морское право. Л., 1984.

³ Канашевский В. А. Международное частное право. М., 2006

Йорк-Антверпенские правила закрепляют определение общей аварии: «Акт общей аварии имеет место тогда и только тогда, когда намеренно и разумно произведены чрезвычайные пожертвования или понесены чрезвычайные расходы ради общей безопасности с целью сохранения от опасности имущества, участвующего в общем морском предприятии» (п. 1 Правила «А»). В основе понятия «общая авария» лежат определение общеаварийных убытков и идея о том, что расходы, произведенные разумно и намеренно для общего спасения всех участников морской перевозки («морского предприятия»), независимо от того, кем они были произведены, должны распределяться между «судном, грузом и фрахтом» пропорционально стоимости принадлежащему каждому имуществу¹.

Общая авария (общеаварийные убытки) — это убытки, понесенные кем-либо из участников морского предприятия вследствие выброса части груза за борт и подлежащие распределению между всеми участниками морского предприятия. Для того чтобы убытки были признаны общей аварией, необходимо одновременное выполнение условий:

1. Опасность должна быть общей для всего морского предприятия судна, фрахта и перевозимого судном груза.
2. Убытки должны быть понесены вследствие намеренных расходов и жертвований.
3. Расходы и жертвования должны быть чрезвычайными.

Общая опасность для всего морского предприятия является одним из основных условий наличия общей аварии. Общая опасность — это все жертвования и расходы, произведенные в интересах безопасности судна, груза и другого имущества, участвующего в общем морском предприятии (узкое толкование общей аварии).

Йорк-Антверпенские правила утверждают приоритет «общей пользы». **Общая польза** — это расходы, понесенные и в интересах спасания, и в интересах завершения рейса, включая расходы, понесенные в порту-убежище: обработка груза, портовые сборы, заработная плата и довольствие членов экипажа судна, топливо, предметы снабжения и замещающие расходы (широкое толкование общей аварии).

Применение Йорк-Антверпенских правил зависит от соглашения между сторонами договора перевозки, которое фиксируется в условиях чартера или коносамента. Стороны вправе изменения и дополнения в Йорк-Антверпенские правила и применять их в любой редакции. Большинство национальных законов об общей аварии имеют диспозитивный характер, что дает возможность практически неограниченного применения Йорк-Антверпенских правил. В законо-

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

дательстве некоторых государств предусмотрено субсидиарное применение Правил.

Диспозитивный характер национальных законов — основа юридической силы Йорк-Антверпенских правил. Их применение исключает действие любых законов или обычаев, противоречащих Правилам. Оговорка Джексона — пример изменения Йорк-Антверпенских правил (доля общеаварийных убытков может быть отнесена на счет грузовладельца и тогда, когда причиной общей аварии явилась навигационная ошибка).

В 2004 г. по настоянию Международного союза морского страхования была принята новая редакция Йорк-Антверпенских правил. Страховщики в течение длительного времени настаивали на замене принципа «общей выгоды» принципом «общей безопасности», на сужении сферы применения общей аварии. Новая редакция содержит отдельные неблагоприятные для судовладельцев (и благоприятные для страховщиков) изменения, однако эти изменения имеют ограниченный характер. Редакцию Йорк-Антверпенских правил 2004 г. одобрила Ванкуверская конференция Международного морского комитета (ММК).

Отсутствие соглашения сторон о применении Йорк-Антверпенских правил — основа для определения общей аварии на основе коллизионных норм: «Для решения вопроса о том, имеется ли простая или общая авария, и вопроса о пропорции, в которой корабль и груз несут на себе издержки по этой аварии, применяется закон флага» (ст. 288 Кодекса Бустаманте).

В большинстве юрисдикций коллизионные привязки, применяемые при общей аварии, отличаются от традиционных коллизионных начал. Например, установлено специальное коллизионное понятие «порт, в котором судно заканчивает рейс», — это порт, в котором перевозка груза иностранным судном прекратилась потому, что он является портом назначения, либо из-за того, что судно было не в состоянии продолжать перевозку и вынуждено выгрузиться в данном порту¹.

Закон порта выгрузки является господствующей коллизионной привязкой при определении рода аварии и распределении общеаварийных убытков, поскольку существует тесная связь между содержанием правоотношений по общей аварии и портом выгрузки. Распространена кумуляция коллизионных привязок — сочетание законов порта назначения (английская судебная практика) и порта выгрузки (континентальное право). В китайском Законе о морской торговле установлено (ст. 274): «К порядку распределения общей аварии применяется право места распределения».

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

Отношения по общей аварии регулируются на конвенционном уровне: Соглашение Монтевидео о праве, применимом к международному торговому судоходству (1940), — общая авария устанавливается и распределяется в порту назначения, а если он не достигнут, — то в порту выгрузки. Изъятие из этого принципа — применение национального закона судна, т.е. закона флага. В мировой судебной практике принята множественная квалификация закона порта выгрузки груза после аварии — закон места нахождения вещи, закон неосновательного обогащения, закон места исполнения договора.

Столкновение судов и спасание на море регулируются на основе многосторонних соглашений. Брюссельская международная конвенция для объединения некоторых правил относительно столкновения судов (1910) закрепляет нормы, определяющие условия имущественной ответственности за последствия столкновения судов. Ответственность основана на принципе вины. Возможно несение убытков потерпевшим. Конвенция вводит понятие «соразмерная степень вины».

В различных случаях столкновения судов (в зависимости от статуса морского пространства) применяются разные коллизионные привязки: «Ответственность за столкновение судов, происшедшее в порту или в территориальных водах, регулируется законом места столкновения. В открытом море столкновение регулируется национальным законом, общим для судов, а если они имеют разную национальность, — законом судна, которое было повреждено. Если повреждены оба судна, одно из которых имеет румынскую национальность, румынский закон применяется в случае, если поврежденное судно не изберет национальный закон второго судна. В румынской исключительной экономической зоне столкновение регулируется румынским законом» (ст. 141 Закона о МЧП Румынии).

Брюссельская международная конвенция для объединения некоторых правил относительно оказания помощи и спасания на море (1910) (с Протоколом 1967 г.) содержит унифицированные материально-правовые и коллизионные нормы, определяющие действия, являющиеся спасанием. Коллизионные привязки — те же, что и при столкновении судов. Предусмотрено применение закона флага судна, оказавшего помощь. Общая коллизионная норма при спасании — закон флага судна, осуществлявшего спасание.

Коллизионное регулирование вопросов спасания в национальном праве зависит от места столкновения судов: «Обязательства, которые возникают вследствие оказания помощи и спасения людей и имущества, подчиняются закону места происшествя, если оно произошло в территориальных водах, и национальному закону судна,

оказавшему помощь или осуществившему спасание, если происшествие произошло в открытом море. Закон, указанный в предыдущем абзаце, определяет порядок распределения спасательного вознаграждения между судовладельцем и экипажем спасательного судна или судна, предоставившего техническую помощь» (ст. 142 Закона о МЧП Румынии).

Институт ограничения ответственности судовладельца представляет собой специфический институт морского права, обусловленный риском мореплавания. Цель — ограничение и разумное распределение последствий такого риска¹. Судовладелец вправе ограничить свою ответственность определенными пределами по всем основным обязательствам, связанным с осуществлением мореплавания. Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил об ограничении ответственности собственников морских судов (1924) закрепляет принцип ограничения ответственности судовладельца.

Международная конвенция об ограничении ответственности собственников судов (1957) расширяет круг требований, по которым судовладелец не вправе ограничить ответственность. Это положение связано с нормами о спасании на море и возмещением убытков в порядке общей аварии. В соответствии с Законом Китая о морской торговле к пределам ответственности за возмещение убытков на море применяется право места нахождения суда, рассматривающего дело (ст. 275).

8.11. Законодательство Российской Федерации в области торгового судоходства и мореплавания

Основа правового регулирования торгового судоходства и мореплавания в России — КТМ РФ. Его нормы созданы под влиянием общепризнанных обычных норм морского права, Конвенции ООН по морскому праву 1982 г., других международных соглашений. В КТМ РФ определено понятие торгового мореплавания, перевозки, собственности на судно, флага и национальности судна. Предусматриваются возможность временного перехода судна под флаг иностранного государства и возможность изменения порта регистрации судна. КТМ РФ вводит понятия судна, пропавшего без вести, и судна, конструктивно погибшего. Установлены принципы определения гражданства членов экипажа, порядок регулирования трудовых отношений, режим затонувшего имущества, процедура привлечения судна к спасанию.

¹ Там же.

Правила, установленные в гл. XVI «Общая авария», имеют диспозитивный характер: за некоторыми исключениями они применяются в случае, если соглашением сторон не установлено иное (п. 1 ст. 285). В основном положения этой главы базируются на Йорк-Антверпенских правилах. Пункт 2 ст. 285 прямо указывает, что «в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона при определении рода аварии, определении размеров общеварийных убытков и их распределении применяются Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие международные обычаи торгового мореплавания».

При отсутствии соглашения сторон о применимом праве отношения, возникающие из общей аварии, регулируются законом государства, в порту которого судно закончило рейс после происшествия, вызвавшего общую аварию. Если все лица, интересы которых затронуты общей аварией, принадлежат к одному и тому же государству, применяется закон данного государства (ст. 419).

Главы VIII—XXVI КТМ РФ разрешают вопросы международного частного морского права: морской перевозки грузов и пассажиров, долгосрочного договора об организации морских перевозок грузов и его соотношения с договором морской перевозки грузов. Кодекс определяет соотношение чартера и коносамента, понятие опасного груза, порядок прекращения обязательств по договору морской перевозки грузов. Установлены периоды перевозки пассажиров и положение фактического перевозчика.

Глава XXVI КТМ РФ «Применимое право» — это комплекс коллизионных норм, используемых для определения права, применимого к отношениям в сфере торгового мореплавания, связанным с иностранным правопорядком. Положения гл. XXVI применяются «к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом, в том числе, если объект гражданских прав находится за пределами Российской Федерации» (п. 1 ст. 414). Применимое право определяется в соответствии с международными договорами РФ, российским законодательством и признаваемыми в России обычаями торгового мореплавания. Если международным договором РФ установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены в КТМ РФ, применяются правила международного договора (ст. 427).

Основное коллизионное начало — автономии воля сторон: «Стороны договора, предусмотренного настоящим Кодексом, могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по данному договору. При отсутствии соглаше-

ния сторон о подлежащем применению праве применяются правила настоящего Кодекса; наличие такого соглашения не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в соответствии с настоящим Кодексом перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки» (п. 2 ст. 414).

Общие коллизионные привязки:

— закон флага (закон государства, в котором зарегистрировано судно) (п. 1 ст. 415, ст. 416, п. 1, 2 ст. 425);

— закон суда (ст. 424, 426);

— закон перевозчика (п. 2 ст. 418).

Специальные коллизионные привязки:

— закон государства, в котором судно зарегистрировано непосредственно до смены флага (п. 2 ст. 415);

— закон государства, в котором судно принято к постройке или строится (п. 3 ст. 415, п. 3 ст. 425);

— закон государства, в котором имущество затонуло (п. 1 ст. 417);

— закон государства, указанного в билете пассажира (п. 1 ст. 418);

— закон государства, в порту которого судно закончило рейс после аварии (п. 1 ст. 419);

— закон государства, на территории которого произошло столкновение судов (п. 1 ст. 420);

— российское право, если спор рассматривается в суде РФ (п. 1 ст. 423);

— закон, под действие которого подпадает договор, регулирующий отношения между спасателем и его работниками (п. 3 ст. 423);

— закон государства, в котором имеет место принудительное осуществление ипотеки судна или строящегося судна (п. 4 ст. 425).

Субсидиарные коллизионные привязки: при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве отношения, возникающие из договоров, регулируются законом государства, в котором учреждена, имеет основное место деятельности или место жительства сторона, являющаяся (п. 2 ст. 418):

— перевозчиком — в договоре морской перевозки;

— судовладельцем — в договоре морского агентирования, тайм-чартере и бербоут-чартере;

— владельцем буксирующего судна — в договоре буксировки;

— доверителем — в договоре морского посредничества;

— страховщиком — в договоре морского страхования.

В соответствии с Федеральным законом от 14.06.2011 № 141-ФЗ гл. XXVI дополнена ст. 422.1 «Отношения, возникающие из причине-

ния ущерба от загрязнения бункерным топливом». Эта норма устанавливает, что российское право применяется к ущербу от загрязнения бункерным топливом, причиненному на территории РФ, в том числе в территориальном море и в ее исключительной экономической зоне; к предупредительным мерам по предотвращению или уменьшению такого ущерба, где бы они ни принимались.

8.12. Международные смешанные перевозки

Развитие транспорта и необходимость рационализации перевозок грузов, пассажиров и багажа в международном сообщении требуют выполнения перевозок между различными государствами с участием нескольких видов транспорта. Такие перевозки получили название смешанных. В настоящее время более 80% внешнеторговых операций осуществляется как минимум при участии двух видов транспорта. Этот вид сообщений способен обеспечить согласованное функционирование мировой транспортной системы, решить экономические проблемы транзитных стран за счет увеличения экспорта транспортных услуг.

Организация смешанных перевозок требует решения многочисленных технических и правовых проблем:

- 1) определение статуса и взаимоотношений перевозчиков, осуществляющих смешанную перевозку;
- 2) определение правового режима смешанной перевозки, ответственности перевозчиков перед грузовладельцем.

До сих пор в доктрине права отсутствует единое определение международных смешанных перевозок. В экономической литературе такие перевозки определяются следующим образом: «Международная смешанная перевозка — это перевозка грузов по меньшей мере двумя разными видами транспорта на основании договора смешанной перевозки из места в одной стране, где грузы поступают в ведение оператора смешанной перевозки, до обусловленного места доставки в другой стране»¹. Предлагается и несколько иное определение: «Перевозкой груза в смешанном сообщении в настоящее время считают ту, в которой доставку груза от отправителя к получателю осуществляют, по крайней мере, два различных вида транспорта, когда она выполняется на этом маршруте под ответственностью только одного перевозчика, по единому транспортному документу, подтверждающему заключение договора перевозки, и оплачивается по единой сквозной тарифной ставке»².

¹ Экономика и организация внешнеторговых перевозок / под ред. К. В. Холопова. М., 2000.

² Милославская С. В., Плужников К. И. Мультимодальные и интермодальные перевозки. М., 2002.

В юридической литературе международной смешанной перевозкой признается перевозка, «при которой грузы следуют по территории двух или более государств, заключивших между собой специальные соглашения». Только при наличии таких соглашений перевозки грузов между данными государствами «получают характер международных смешанных перевозок»¹. Наличие международной транспортной конвенции и осуществление перевозки именно на ее условиях представляют собой необходимый признак международной перевозки: «Не имеют характера международных перевозки между государствами, осуществляемые без соответствующих межгосударственных соглашений»².

Очень часто терминологически смешанные перевозки отождествляются с комбинированными, мультимодальными и интермодальными³. Представляется, что такое отождествление нельзя признать корректным. Понятие «смешанная перевозка» является родовым; «комбинированные», «мультимодальные» или «интермодальные» перевозки — это видовые понятия.

Смешанная перевозка представляет собой последовательное использование двух и более видов транспорта в международном грузовом или пассажирском сообщении.

Непрямая смешанная перевозка:

1. Выполняется на основе нескольких договоров.
2. Правовой режим на отдельных этапах следования груза различен (это создает определенные трудности для грузовладельца).
3. Такая перевозка организуется экспедитором.

Прямая смешанная перевозка оформляется одним (сквозным) транспортным документом, покрывающим все участвующие в ней виды транспорта. В юридической литературе подчеркивалось, что главной особенностью прямой смешанной перевозки (*multimodal carriage of goods*) является наличие лица, которое принимает на себя ответственность за сохранность груза на всем протяжении его транспортировки (оператор смешанной перевозки) и тем самым берет на себя функции единого перевозчика. Если лицо не берет на себя такой ответственности, это означает, что данное лицо является экспедитором, а не оператором смешанной перевозки. В этой ситуации ответственность за ущерб ложится (исключая случаи, когда налицо вина экспедитора) на каждого конкретного исполнителя договора перевозки⁴.

¹ Кретов И. И., Садченко К. В. Логистика во внешнеторговой деятельности. М., 2003.

² Луцц Л. А. Курс международного частного права. М., 2002.

³ URL: <http://www.state.gov/e/eb/tra/>; <http://www.transportrussia.ru/2006-06-1/econom/milliony.html>; http://www.peats.ru/rus/book/id_42.php

⁴ Якушев В. Общие тенденции развития современного права перевозок грузов и их влияние на правовое регулирование смешанных перевозок // Хозяйство и право. 1996. № 9.

Смешанные перевозки позволяют рационально распределить работу между отдельными видами транспорта, максимально использовать их провозные способности, обеспечить экономию транспортных затрат. Самый серьезный недостаток смешанных перевозок — необходимость стивидорных работ при смене видов транспорта. Совершенствование смешанных перевозок презюмирует исключение стивидорных работ посредством комбинирования различных видов транспорта:

1. Перевозки в специально созданных транспортных единицах или средствах, приспособленных для перевозки грузов на различных видах транспорта (контейнер, съемный кузов, лихтер, роллтрейлер, роудрейлер).

2. Перевозки с использованием технических средств одного вида транспорта для перевозок на другом (груженный автомобиль перевозится по железной дороге, груженный железнодорожный вагон перевозится на морском пароме).

Такие перевозки представляют собой особый вид смешанных перевозок — комбинированные. *Комбинированная перевозка* — это перевозка грузов в одной и той же грузовой единице, транспортном оборудовании, к которым относятся крупнотоннажные контейнеры, съемные кузова, полуприцепы и автодорожный состав (автофургоны), с использованием нескольких видов транспорта¹. Признаки комбинированных перевозок:

1. Грузы перевозятся укрупненными местами.
2. Перевозки осуществляются без перегрузки — от склада грузоотправителя до склада грузополучателя («от двери до двери»).
3. Для всех видов транспорта, участвующих в перевозке, устанавливается общий правовой статус.
4. На все виды транспорта, участвующие в перевозке, устанавливается единый транспортный документ.
5. На всю перевозку устанавливается общий тариф.

Прямая комбинированная перевозка — это перевозка одного груженого средства транспорта на другом (например, перевозка контейнера на автомобиле «от двери до двери»). *Смешанная (непрямая) комбинированная перевозка* — это последовательная перевозка одного груженого средства транспорта на двух и более других видах транспорта (перевозка контейнера сначала на автомобиле, затем на железнодорожной платформе и затем — на автомобиле до склада получателя).

Организация комбинированных перевозок предполагает операции не с грузом вообще, а с его определенной массой, размещен-

¹ Милославская С. В. Терминология смешанных перевозок // Железнодорожный транспорт. 1996. № 6.

ной в грузовом модуле — укрупненной грузовой единице (*Unit Load Device*). В перевозочном процессе используются нескольких видов транспорта, а перевозка «грузового места» (груза в грузовом модуле) выполняется под ответственностью одного лица (оператора, перевозчика), по единому документу и единой сквозной ставке, «от двери до двери» и «точно в срок». *Любая комбинированная перевозка всегда является смешанной перевозкой, но далеко не все смешанные перевозки можно отнести к разряду комбинированных.*

В принципе, интермодальная перевозка представляет собой смешанную комбинированную перевозку, но логистически организованную (предполагающую последовательно-центральную схему взаимодействия участников перевозочного процесса и высокую степень их интеграции).

Практически с самого начала контейнеризации перевозок возник вопрос о создании транспортного документа смешанной перевозки, который соответствовал бы новым условиям интегрированных (интермодальных перевозок). Это должен был быть сквозной оборотный документ, дающий право его держателю распоряжаться грузом и который мог бы следовать вместе с контейнером при его передаче с одного вида транспорта на другой. Данный документ должен подразумевать наличие оператора смешанной перевозки, принимающего на себя ответственность за организацию процесса движения, за риск потери, порчи, хищения груза.

Согласно условиям КДПГ/ЦМР считается, что если в ходе смешанной перевозки груз не снимается с автотранспортного средства, то условие КДПГ продолжает действовать. Если груз из автомобиля или с автотрейлера будет выгружен, а контейнер с шасси будет снят, то в этом случае автомобильный перевозчик несет ответственность по договору дорожной перевозки, подтвержденному международной автотранспортной накладной ЦМР, в соответствии с правилами и нормами, действующими на соответствующем виде транспорта (ЦИМ/КОТИФ — на железнодорожном; Гагско-Висбийскими, Гамбургскими и Роттердамскими правилами — на морском; Варшавской и Монреальской конвенциями — на воздушном)¹. Такое решение вопроса отражено и в Таможенной конвенцией о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП 1975 г.).

На конференции в Токио в 1969 г. был принят проект Конвенции о смешанных перевозках грузов — Конвенции ТСМ («Токийские правила»). В этих Правилах впервые получила официальное признание концепция оператора перевозки груза в смешанном сообщении

¹ Милославская С. В., Плужников К. И. Мультимодальные и интермодальные перевозки. М., 2002.

(ОСП) как юридического лица, которое заключает с отправителем договор перевозки груза в смешанном сообщении и несет перед ним ответственность за утрату или повреждение груза. Оператор заключает договоры с фактическими перевозчиками, которые такую ответственность несут непосредственно перед ним.

В 1973 г. Международная торговая палата опубликовала Унифицированные правила в отношении комбинированного транспортного документа (Правила МТП № 298). На основании этих Правил Международная ассоциация судовладельцев совместно с Балтийским международным советом (БИМКО) выпустили в 1977 г. рамочную проформу товарообменного документа комбинированной перевозки («Комбидок»). Международная федерация экспедиторских ассоциаций (ФИАТА) усовершенствовала свой мультимодальный коносамент, приняв проформу ФИАТА FBL 1992 г., используемую в настоящее время.

В 1980 г. была принята Конвенция ООН о международных смешанных перевозках и формулярах документа комбинированной перевозки (СТ), используемых в практике перевозок. Конвенция закрепила концепцию товарораспорядительного (оборотного) мультимодального коносамента и оператора перевозки груза в смешанном сообщении. Конвенция 1980 г. является основным международным договором в области правового регулирования смешанных комбинированных перевозок. Конвенция дает определения следующих терминов (ст. 1):

«Международная смешанная перевозка» означает перевозку грузов по меньшей мере двумя разными видами транспорта на основании договора смешанной перевозки из пункта в одной стране, где грузы поступают в ведение оператора смешанной перевозки, до обусловленного пункта доставки в другой стране.

«Оператор смешанной перевозки» означает любое лицо, которое от своего собственного имени или через другое действующее от его имени лицо заключает договор смешанной перевозки, выступает как сторона договора и принимает на себя ответственность за исполнение договора.

«Договор смешанной перевозки» означает договор, на основании которого оператор смешанной перевозки за уплату провозных платежей обязуется осуществить или обеспечить осуществление международной смешанной перевозки.

«Документ смешанной перевозки» означает документ, удостоверяющий договор смешанной перевозки, принятие груза оператором смешанной перевозки в свое ведение, а также его обязательство доставить груз в соответствии с условиями договора¹.

¹ Международные обычно-правовые нормы, регулирующие функции, содержание и порядок применения таких документов, содержатся в Унифицированных правилах ЮНКТАД/МТП для транспортных документов смешанной перевозки 1992 г. (Публикация МТП № 481). М., 1998.

«Груз» — любой контейнер, поддон или аналогичное приспособление для транспортировки, или упаковку, если они предоставлены грузоотправителем.

Нормы Конвенции имеют императивный характер и применяются ко всем договорам смешанной перевозки из одного места в другое, которые расположены в двух государствах, если:

а) указанное в договоре смешанной перевозки место, в котором груз принимается оператором смешанной перевозки в свое ведение, находится в одном из государств-участников;

б) указанное в договоре смешанной перевозки место доставки оператором смешанной перевозки находится в одном из государств-участников (ст. 2).

Конвенция 1980 г. не затрагивает права каждого государства — участника регулировать и контролировать на национальном уровне любые операции по смешанным перевозкам и деятельность операторов смешанной перевозки.

Когда оператор смешанной перевозки принимает груз в свое ведение, он должен выдать документ смешанной перевозки, который по выбору грузоотправителя может иметь оборотную или необоротную форму. Документ смешанной перевозки подписывается оператором смешанной перевозки или уполномоченным им лицом. Если документ смешанной перевозки выдается как оборотный:

а) он должен быть составлен в виде ордерного документа или документа на предъявителя;

б) если он составлен в виде ордерного документа, то он передается посредством передаточной надписи;

с) если он составлен в виде документа на предъявителя, он передается без передаточной надписи;

д) если он выдан в нескольких оригинальных экземплярах, то на нем проставляется число оригиналов;

е) если выдается несколько копий, то на каждой копии делается надпись «необоротная копия».

Ответственность оператора смешанной перевозки за груз охватывает период с момента принятия им груза в свое ведение до момента выдачи груза. Груз находится в ведении оператора смешанной перевозки:

а) с момента, когда он принял груз от:

1) грузоотправителя или лица, действующего от его имени;

2) какого-либо органа или иного третьего лица, которому в силу законодательства или правил, подлежащих применению в месте принятия груза, груз должен быть передан для перевозки;

б) до момента, когда он выдал груз:

1) путем вручения грузополучателю, или путем предоставления его в распоряжение грузополучателя в соответствии с договором сме-

шанной перевозки или с законодательством или обычаем данной отрасли торговли, применимым в месте выдачи груза;

2) путем передачи груза какому-либо органу или иному третьему лицу, которым в силу законодательства или правил, применимых в месте выдачи груза, должен быть передан груз (ст. 14).

Оператор смешанной перевозки несет ответственность за ущерб, являющийся результатом утраты или повреждения груза, а также задержки в доставке, если обстоятельства, вызвавшие утрату, повреждения или задержку в доставке, имели место в то время, когда груз находился в его ведении. Оператор смешанной перевозки освобождается от ответственности, если докажет, что он, его служащие или агенты приняли все меры, которые могли разумно требоваться, чтобы избежать таких обстоятельств и их последствий (ст. 18).

В случаях, когда на этапе смешанной перевозки произошли утрата или повреждение груза, в отношении которого подлежащая применению международная конвенция или императивная норма национального законодательства предусматривает более высокий предел ответственности по сравнению с указанным в Конвенции 1980 г., предел ответственности оператора смешанной перевозки определяется в соответствии с положениями такой конвенции или императивной нормы национального законодательства. Оператор смешанной перевозки не имеет права на ограничение ответственности, если доказано, что утрата, повреждение или задержка в доставке явились результатом действий или упущений оператора смешанной перевозки, совершенных либо с намерением вызвать такую утрату, повреждение или задержку в доставке, либо безответственно и с пониманием вероятности возникновения такой утраты, повреждения или задержки в доставке.

В коносамент, выдаваемый оператором смешанной перевозки, рекомендуется включать Гималайскую оговорку¹, которая предоставляет агентам, служащим и фактическим перевозчикам все права перевозчика, в том числе право на ограничение ответственности. Такая оговорка включается и в договор между оператором и фактическим перевозчиком. В целях защиты интересов грузовладельцев в Конвенции 1980 г. определены понятия «доказательственная сила документа смешанной перевозки» и «ответственность за преднамеренное внесение неправильных данных и за невнесение данных».

Конвенция 1980 г. предусматривает претензионный порядок урегулирования разногласий. Любой иск на основании Конвенции погашается давностью, если судебное или арбитражное разбирательство не было начато в течение двух лет. Лицо, которому предъявлено требование, может в течение срока исковой давности продлить этот

¹ URL: http://www.ec-logistics.ru/articles/articles_index.htm

срок путем заявления, сделанного в письменной форме заявителю требования (ст. 25).

В случае судебного разбирательства, связанного с международной смешанной перевозкой, истец может предъявить иск в суде того государства, в пределах юрисдикции которого находится одно из следующих мест:

а) место нахождения основного коммерческого предприятия или обычное место жительства ответчика;

б) место заключения договора смешанной перевозки при условии, что ответчик имеет там коммерческое предприятие, через которое был заключен договор;

с) место принятия груза к международной смешанной перевозке или место выдачи груза;

д) любое другое место, указанное в договоре смешанной перевозки и подтвержденное в документе смешанной перевозки.

Стороны могут предусмотреть, что любой спор, который может возникнуть в связи с международной смешанной перевозкой, подлежит передаче в арбитраж. Арбитражное разбирательство проводится по выбору заявляющего требование лица в одном из следующих мест:

а) в государстве, на территории которого находится:

1) место нахождения основного коммерческого предприятия ответчика или обычное место жительства ответчика;

2) место заключения договора смешанной перевозки при условии, что ответчик имеет там коммерческое предприятие, через которое был заключен договор;

3) место, в котором груз принимается к международной смешанной перевозке, или место его выдачи;

б) в любом другом месте, указанном в арбитражной оговорке или соглашении.

Арбитраж обязан применять положения Конвенции 1980 г. Указанные положения являются составной частью любой арбитражной оговорки или соглашения; любое условие, несовместимое с этими положениями, считается недействительным.

Конвенция 1980 г. не определила форму документа смешанной перевозки. Обязательства оператора смешанной перевозки грузов, принимаемые им на основании договора смешанной перевозки грузов, базируются на документах, выдаваемых оператором грузоотправителю. Обычно-правовые нормы в этой области унифицированы в публикациях МТП, представляющих собой их неофициальную кодификацию. На основании публикации ЮНКТАД/МТП № 481 Международная федерация экспедиторских ассоциаций (ФИАТА) разработала Стандартные (Общие) условия оборотного коносамента перевозки груза в смешанном сообщении (1992).

Данные условия применяются при выдаче мультимодального транспортного коносамента (МТК), опосредующего заключение договора смешанной перевозки груза. Выдавая этот коносамент, оператор обязуется осуществить или от своего собственного имени обеспечить исполнение сквозной перевозки от места, в котором груз был принят к перевозке, до места его выдачи, обозначенного в коносаменте. Оператор принимает на себя ответственность за доставку груза в надлежащем виде и состоянии. Коносамент выдается в оборотной, т.е. ордерной форме, и является товарораспорядительным документом, если в нем нет пометки «именной» (не подлежащий передаче). Он должен определять право собственности на груз, и его держатель вправе получить или передать груз путем внесения передаточной надписи.

Ответственность оператора за груз охватывает период времени от момента принятия груза до времени его выдачи. Оператор должен нести ответственность за утрату или повреждение груза, а также за задержку в доставке, если причины, приведшие к утрате, повреждению или задержке в доставке, имели место во время нахождения груза на ответственности оператора. Оператор освобождается от ответственности, если докажет, что потеря, ущерб или задержка в доставке произошли не по его вине или небрежности, а также не по вине или небрежности его работников или агентов. Оператор должен нести ответственность за потерю в результате задержки в доставке, если грузоотправитель сделал заявление о своей заинтересованности в своевременной доставке, и это заявление было принято оператором к исполнению, о чем была сделана отметка в коносаменте.

Стандартные условия предусматривают претензионный порядок урегулирования разногласий между оператором и грузовладельцем. Срок исковой давности по искам к оператору — девять месяцев со дня выдачи груза или со дня, когда грузополучатель может расценивать груз как утраченный. Иски к оператору должны предъявляться только по месту его нахождения и должны рассматриваться в соответствии с законом страны места нахождения основного коммерческого предприятия оператора.

Стандартные условия ФИАТА 1992 г. по сравнению с Конвенцией ООН 1980 г. устанавливают:

1. Более низкий предел ответственности оператора за утрату или повреждение груза, соответствующий Гаагско-Висбийским правилам.
2. Более короткий срок исковой давности по договору смешанной перевозки (девять месяцев; по Конвенции — два года).
3. Указание на применимое право (закон страны места нахождения основного коммерческого предприятия оператора) и на страну

места нахождения оператора как на единственно возможную территорию судебного или арбитражного разбирательства.

Конвенция 1980 г. предусматривает конкурентную юрисдикцию в отношении пророгационного соглашения, возможность передачи спора на разрешение в арбитраж на основании письменного арбитражного соглашения. Арбитраж обязан руководствоваться нормами Конвенции в качестве применимого материального права.

Принципиальное значение для повышения статуса транспортного документа смешанной перевозки имело принятие МТП Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов (ред. 1996), которые отнесли «документ смешанной перевозки», «транспортные документы, выдаваемые экспедиторами», к категории документов для международных расчетов в аккредитивной форме.

ЮНКТАД и МТП в 1992 г., а затем в 1995 г. опубликовали Правила ЮНКТАД/МТП в отношении документов смешанных перевозок. Правила ЮНКТАД/МТП-95 синтезируют сложившиеся на практике нормы и правила, хотя и не содержат прямых ссылок на условия КДПГ, Токийских правил, Правил МТП 1973 г., Конвенции 1980 г. Правила ЮНКТАД/МТП-95 с учетом Стандартных условий ФИАТА в настоящее время являются основным регулятором интермодальных грузовых сообщений. Правила ЮНКТАД/МТП признаны международным банковским сообществом, поскольку они полностью совместимы с Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (ред. 1996 и 2006).

Правила ЮНКТАД/МТП-95 охватывают только часть договора смешанной перевозки. Их применение в качестве основы договора смешанных перевозок грузов презюмирует необходимость включать в контракт положения, касающиеся размещения груза, пути его следования, фрахта и сборов, общей аварии, юрисдикции и арбитража, применимого права. Правила ЮНКТАД/МТП-95 имеют факультативный характер и не применяются, если на них нет ссылки. На Правила можно ссылаться даже в тех случаях, когда предусматривается перевозка только одним видом транспорта. При этом стороны договора должны согласиться, что Правила будут иметь преимущество по отношению к любым положениям, в которых утверждается иное.

Правила определяют договор смешанной перевозки как договор на перевозку грузов по крайней мере двумя различными видами транспорта, а лицо, заключившее такой договор и принявшее на себя ответственность за его осуществление в качестве перевозчика, называют оператором смешанной перевозки (ОСП). Таким оператором, например, является экспедитор, подтверждающий свой договор выдачей коносамента ФБЛ, или морской перевозчик, подписывающий коносамент «Мультидок-95» (проформа договора перевозки

груза в смешанном сообщении с участием морского перевозчика, обновленная БИМКО с учетом норм, содержащихся в Правилах).

Правила ЮНКТАД/МТП-95 устанавливают возможность выдачи документа смешанной перевозки «в виде оборотного документа» или «в виде необоротного документа с указанием имени грузополучателя». Правовой основой этого документа являются Правила ЮНКТАД/МТП, Унифицированные правила для морских накладных, принятые в 1990 г. Международным морским комитетом и приведенные в соответствие с английским законодательством (Акт о морской перевозке груза (1992)). Правила ЮНКТАД/МТП-95 и Правила МКК являются правовой основой транспортных накладных для смешанных перевозок грузов, согласно условиям, принятым БИМКО в 1995—1997 гг. (проформы «Мультивэйбилл»), и экспедиторской накладной проформы ФИАТА 1998 г. (FWB).

Правила ЮНКТАД/МТП-95 и Правила МКК можно считать нормативным фундаментом перевозок грузов в смешанных международных сообщениях. Контейнерный характер коносамента и накладной, их применение в смешанных комбинированных перевозках позволяют рассматривать условия этих документов как адекватный правовой регулятор международного договора перевозки груза в интермодальном сообщении. Многие государства Латинской Америки используют Правила в качестве основы национального законодательства в области смешанных перевозок.

Совершенствование правового регулирования перевозок в интермодальных сообщениях требует применения правил облегчения процедур таможенного транзита, установленных в Конвенции о международных смешанных перевозках грузов (1980). При международных смешанных перевозках грузы, как правило, не подлежат таможенному досмотру. Таможенными властям рекомендуется ограничиваться проверкой таможенных пломб и не подвергать грузы прохождению дополнительных формальностей или требованиям, относящимся к экспортным или импортным товарам.

Конкуренция между различными видами транспорта в международном сообщении ведет к постепенному нивелированию правовых режимов перевозки, и главным образом, ответственности перевозчиков. Унификация международного транспортного права остается пока стратегической целью, однако расширяющееся применение комбинированных перевозок грузов способствует тенденции такой унификации. В настоящее время, когда налицо технические возможности для обеспечения своевременной и безопасной доставки грузов, сложились объективные экономические предпосылки для формирования ее единого унифицированного правового режима. Правовое регулирование смешанных комбинированных перевозок можно

рассматривать как предварительную модель и первый шаг на пути к достижению этой цели.

Контрольные вопросы

1. В чем заключаются основные проблемы международного транспортного права?
2. Что представляет собой транспортная логистика?
3. Как регулируются международные железнодорожные перевозки?
4. Как регулируются международные автомобильные перевозки?
5. Как регулируются международные воздушные перевозки?
6. Как регулируются международные морские перевозки?
7. Какие коллизионные привязки закреплены в КТМ РФ?
8. Как регулируются международные смешанные перевозки?

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- общие начала международного частного валютного права;
- специфику международных расчетных отношений;
- право международного оборота ценных бумаг;
- международное вексельное право;
- международное чековое право;
- коллизийное регулирование в международном частном валютном

праве;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

9.1. Общие начала международного частного валютного права

Валютное право существует как публичное и частное право, причем «публичное валютное право охватывает государственную валютную политику, а частное валютное право — это отношения между част-

ными лицами, связанные с оборотом валютных ценностей»¹. В отечественной доктрине МЧП термин «международное частное валютное право» практически не используется. Употребляется понятие «кредитные и расчетные отношения с иностранным элементом». Понятие «международное частное валютное право» зародилось в немецкой юриспруденции; в настоящее время воспринято доктриной и практикой многих государств. Применение данного термина вполне обоснованно, поскольку речь идет о валютных отношениях в сфере частноправовой деятельности.

Международное частное валютное право представляет собой самостоятельную подотрасль МЧП, имеющую устойчивый характер и особый предмет регулирования. Это совокупность норм, регулирующих финансирование международной коммерческой деятельности, валютные, кредитные расчетные отношения частноправового характера, связанные с иностранным правопорядком.

Предмет регулирования международного частного валютного права — международные валютные отношения, складывающиеся при функционировании валюты в мировом хозяйстве. Они представляют собой разновидность денежных отношений, возникающих при функционировании денег в международном обороте. Денежное обязательство направлено на уплату денежных знаков, т.е. на предоставление материальных вещей, исполняющих в обороте функцию средства обращения². «Валютой» принято называть только те деньги, которые признаны мировым сообществом в качестве всеобщих эквивалентов³.

Под *иностранной валютой* понимаются деньги, принадлежащие к валютной системе страны, иной, чем та, чьему праву подчинено обязательство. В английском Законе 1882 г. иностранная валюта определяется как деньги, не являющиеся валютой Великобритании. Под иностранной валютой понимаются также деньги, отличные от валюты места платежа.

Валютные операции осуществляются посредством валютных обязательств. Сумма валютного обязательства всегда должна быть определенной либо определимой⁴. В валютных обязательствах различаются:

— денежная единица, в которой исчислена сумма обязательства, — валюта долга;

¹ Вернер Ф. Эбке. Международное валютное право. М., 1997.

² Лунц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. Серия «Классика российской цивилистики». М., 1999.

³ Степанян М. Г. Правовые вопросы использования иностранной валюты во внешней торговле // URL: http://www.cfin.ru/press/black/2001-1/02_02_stepanyan.shtml

⁴ Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. Т.1. М., 2002.

— денежные знаки, которые являются средством погашения денежного обязательства, — валюта платежа.

«Валюта долга и валюта платежа (в явном или скрытом виде) имеются в составе каждого обязательства, исчисленного в определенной сумме. Иногда они совпадают (вексель в сумме 100 ф. ст. с платежом в Лондоне — фунт стерлингов является валютой долга и валютой платежа); если же, например, в договоре речь идет об уплате «100 фунтов стерлингов в долларах США», то фунт стерлингов является валютой долга, а доллар — валютой платежа»¹. В вексельном законодательстве многих стран присутствует оговорка об «эффективном платеже», что предполагает оплату векселя только в валюте платежа, указанной непосредственно в векселе.

Международные денежные единицы являются коллективными валютами. Они отличаются от национальных валют по эмитенту (выпускаются международными валютно-кредитными организациями) и по форме (безналичная). Международная денежная единица — это искусственная валютная единица, представляющая собой условный масштаб, применяемый для соизмерения международных долговых обязательств и платежей². Для обслуживания международных экономических отношений используются СПЗ, ЭКЮ и евро.

СПЗ (специальные права заимствования — SDR) выпускаются Международным валютным фондом для международных платежей и резервных средств. Они были введены в 1970 г. и существуют в форме записей на счетах МВФ. СПЗ распределяется между странами — членами МВФ. Эмиссия СПЗ осуществляется в форме безналичных перечислений путем записей по счетам стран — участников системы СПЗ. СПЗ выступают в качестве актива, альтернативного золоту или доллару США, выполняют отдельные функции мировых денег по регулированию платежных балансов, осуществлению международных расчетов с «мультивалютной оговоркой» в СПЗ³. Стоимость СПЗ первоначально соотносилась с золотом, но с 1974 г. стала определяться на основе «корзины» валют (доллар США, евро, фунт стерлингов и йена). Наряду с СПЗ в международных расчетах (особенно в сфере международных перевозок) используется международная расчетная единица «золотой франк» (GF); между золотым франком и СПЗ всегда имеет место соотношение $1 \text{ SDR} = 3,061 \text{ GF}$.

Ранее широкое распространение имела международная расчетная единица ЭКЮ, которая выпускалась Европейским валютным инсти-

¹ Луц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. Серия «Классика российской цивилистики». М., 1999.

² Степанян М. Г. Правовые вопросы использования иностранной валюты во внешнеэкономической деятельности // http://www.cfn.ru/press/black/2001-1/02_02_stepanyan.shtml

³ Дорофеев Б. Ю., Земцов Н. Н., Пушин В. А. Валютное право России. М., 2005.

тутом (до 1994 г. — Европейский фонд валютного сотрудничества). С введением евро в 1999 г. ЭКЮ утратила свое значение.

С 1 января 1999 г. для стран — участниц ЕС введена единая валюта — евро. Присоединение к зоне евро требует от страны соответствия Маастрихтским критериям конвергенции:

- уровень инфляции не должен превышать более чем на 1,5% средний уровень в трех странах ЕС с самой низкой инфляцией;

- дефицит бюджета должен составлять не более 3% от валового внутреннего продукта, государственный долг — быть ниже 60% валового внутреннего продукта или стремиться к этому значению;

- страна должна продемонстрировать стабильность валютного курса по отношению к евро;

- национальное законодательство должно быть совместимо с Договором ЕС, уставом Европейской системы центральных банков, уставом Европейского центрального банка.

9.2. Мировая валютная система

Основа межгосударственного регулирования международных валютных отношений — мировая валютная система.

Первая мировая валютная система оформилась на Парижской конференции 1867 г.:

- основа — золотомонетный стандарт;

- каждая национальная валюта имела золотое содержание, с которыми устанавливались их золотые паритеты. Валюты свободно конвертировались в золото;

- режим свободно плавающих курсов валют с учетом рыночного спроса и предложения, но в пределах золотых точек.

Вторая мировая валютная система была оформлена на Генуэзской экономической конференции в 1922 г.:

- основа — золото и девизы (иностранные валюты);

- сохранение золотых паритетов. Конверсия валют в золото осуществлялась не только непосредственно, но и косвенно, через иностранные валюты;

- режим свободно колеблющихся валютных курсов.

Третья мировая валютная система была установлена на Бреттон-Вудской конференции в 1944 г.:

- введение золотодевизного стандарта, основанного на золоте и двух резервных валютах — долларе США и английском фунте стерлингов;

- установление форм использования золота как основы мировой валютной системы: сохранение за золотом роли мирового платежного и резервного средства, сохранение золотых паритетов валют;

- введение взаимной обратимости валют;
- курсовое соотношение валют и их конвертируемость осуществлялись на основе фиксированных валютных паритетов, выраженных в долларах;
- создание международных организаций группы Всемирного Банка — МВФ, МБРР.

Четвертая мировая валютная система — Ямайская — оформилась в 1976—1978 гг.:

- введение стандарта СПЗ вместо золотодевизного стандарта;
 - завершение демонетизации золота: отмена его официальной цены и золотых паритетов, прекращение обмена долларов на золото. Золото не должно служить мерой стоимости и точкой отсчета валютных курсов;
 - право выбора государствами любого режима валютных курсов.
- В 1979 г. в рамках ЕЭС была создана первая Европейская региональная валютная система:
- введение экю — европейской валютной единицы;
 - использование золота в качестве реальных резервных активов, частичное обеспечение эмиссии экю золотом. Создание совместного золотого фонда;
 - режим валютных курсов основан на совместном плавлении валют в форме «европейской валютной змеи».

Вторая европейская региональная валютная система основана на «плане Делора» (1989 г.) и оформлена Маастрихтским договором о Европейском Союзе (1992). В настоящее время на евро перешло большинство стран — членов ЕС; большинство международных расчетов с участием европейских государств осуществляется в евро.

Международный валютный рынок представляет собой официальный финансовый центр, где сосредоточена купля-продажа валют и ценных бумаг в валюте на основе спроса и предложения на них. На международном валютном рынке осуществляются два вида валютных операций — кассовые и срочные.

Кассовые сделки производятся участниками рынка для получения необходимой валюты в течение одного—двух дней. Кассовая сделка осуществляется на условиях «спот» (spot), т.е. с немедленной поставкой покупаемой (продаваемой) валюты. Смысл кассовой сделки — обменять одну валюту на другую. Срочные валютные операции рассчитаны на больший срок. Их цель — конверсия валют для получения дохода, получение прибыли за счет курсовой разницы, страхование валютных позиций от возможных потерь.

Наиболее распространенные срочные операции — *форвардные сделки*. В момент заключения сделки фиксируются курс валюты и сумма сделки. Курс фиксируется с расчетом будущего повышения или понижения фактического курса валюты.

Фьючерсная сделка — это также поставка валюты на будущий срок по заранее обусловленной цене. Фьючерсные контракты позволяют получать прибыли на разнице цен по мере роста спроса на валюту. Другая цель фьючерсного контракта — страхование (хеджирование) неблагоприятных изменений валютных курсов.

Валютные опционы — это контракты, обуславливающие возможность купить или продать определенное количество валюты по фиксированной цене на будущий срок. Покупатель опциона не обязан выполнять условия, он может от них отказаться, отдав за это часть дохода. Существуют опцион на покупку (call) и опцион на продажу (put). Покупатель опциона call имеет право купить валюту в течение отведенного времени по фиксированному курсу. Продавец опциона call обязан продать данное количество валюты, если опцион будет выполнен, т.е. если покупатель не откажется его купить. Покупатель опциона put имеет право продажи валюты в течение данного срока по фиксированной цене. Продавец опциона put обязан купить данное количество валюты по определенной цене при выполнении условий договора.

На валютных рынках совершается валютный арбитраж — операции, сочетающие покупку или продажу валюты с последующим совершением контрсделки в целях получения прибыли за счет разницы в курсах валют на различных валютных рынках (пространственный арбитраж), счет курсовых колебаний в течение определенного периода (временной арбитраж) или разницы в процентных ставках по депозитам (процентный арбитраж).

9.3. Риски в международных валютных отношениях

Участники международных валютных отношений подвергаются разнообразным рискам. Коммерческие риски:

- изменение цены товара после заключения контракта;
- отказ импортера от приема товара, особенно при инкассовой форме расчетов;
- ошибки в документах или оплате товаров;
- злоупотребление или хищение валютных средств, выплата по поддельным банкнотам, чекам;
- неплатежеспособность покупателя или заемщика;
- неустойчивость валютных курсов;
- инфляция;
- колебания процентных ставок.

Особое место среди коммерческих рисков занимают валютные риски. **Валютный риск** — это риск, вызванный изменением реаль-

ной стоимости платежа, выраженного в иностранной валюте, в связи с колебанием ее курса. Валютные риски подразделяются на *курсовые* (вызванные потерями при колебаниях валютных курсов) и *инфляционные* риски (обусловленные обесценением валют в результате инфляции)¹.

Основа валютного риска — изменение реальной стоимости денежного обязательства. Экспортер (кредитор) несет убытки при понижении курса валюты цены по отношению к валюте платежа, так как он получит меньшую стоимость по сравнению с контрактной. Для импортера (должника) валютные риски возникают, если повышается курс валюты цены по отношению к валюте платежа.

В течение длительного времени господствовал принцип, игнорирующий изменение ценности денег, — *принцип номинализма*. Впервые он был провозглашен в английской судебной практике в деле «Gilbert v. Brett» (1604). Должник, несмотря на изменение золотого содержания денежной единицы, обязан заплатить, а кредитор обязан принять в платеж денежные знаки, являющиеся законным платежным средством к моменту платежа в количестве, составляющем номинальную сумму долга. Английский Акт о переводном векселе (1882), Женевские вексельные конвенции (1930) и Женевские чековые конвенции (1931) устанавливают, что вексель и чек, выписанные в иностранной валюте, предусматривают уплату по курсу на день наступления срока платежа, а не по курсу на день составления векселя или чека. Эти акты предусматривают расчет по номиналу, — при любых изменениях валюты сумма векселя или чека остается неизменной².

Принцип номинализма приводит к неопределенности ценностного содержания денежных обязательств. Действие этого принципа ставит под угрозу интересы кредитора и стимулирует заключение сделок в «слабых» валютах. В настоящее время принцип номинализма является диспозитивным и относится к «подразумеваемым» условиям контракта, — применяется, если в контракте нет специальных защитных оговорок.

Не так давно имел место забавный пример применения принципа номинализма — английская королевская семья выплатила долг швейной фирме Clothiers Company. В 1651 г. эта фирма поставила королю Карлу II солдатское обмундирование на сумму 453 фунта и 3 шиллинга. Церемония выплаты королевского долга состоялась в 2008 г. Глава компании Clothiers Company Ф. Сойерс выдал расписку о получении долга в 453 фунта 15 пенсов. Британский Институт мер и цен определил, что если бы в расчет не принимался

¹ Ерылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

принцип номинализма, то сумма долга Британской короны составила бы 47 500 ф. ст.¹

В качестве страховочного механизма от инфляционных процессов используются валютно-финансовые условия, являющиеся реквизитом любого внешнеторгового контракта. Валютные условия включают: установление валюты цены и способа ее определения, установление валюты платежа, установление порядка пересчета валют при несовпадении валюты цены и валюты платежа, установление защитных оговорок.

Валюта цены — это валюта, в которой определяются цены на товар (услуги). Валюта платежа — это валюта, в которой должно быть погашено обязательство импортера. Оптимальный вариант — совпадение валюты цены и валюты платежа. При нестабильности валютных курсов валюта цены устанавливается в наиболее устойчивой валюте, а валюта платежа — в валюте импортера. Если за период между подписанием контракта и платежом изменяется курс валюты платежа, то одна сторона несет убытки, другая получает прибыль.

Несовпадение валюты цены и валюты платежа — простейший способ страхования валютного риска. Риск снижения валюты цены несет экспортер, риск ее повышения — импортер. Для экспортера выгоднее устанавливать цену в сильной валюте, — к моменту платежа его выручка будет выше той, которая была на момент заключения сделки. Для импортера выгоднее устанавливать цену в слабой валюте, — при платеже ему придется заплатить меньше, чем на момент заключения контракта.

Развитие международной торговли предполагает необходимость стабилизации ценностного содержания обязательств. В этих целях появились многочисленные защитные оговорки, например *золотая оговорка* — разновидность защитной оговорки, основанная на фиксации золотого содержания валюты платежа на дату заключения контракта и пересчете суммы платежа пропорционально изменению этого золотого содержания на дату исполнения:

— прямая золотая оговорка — сумма обязательства приравнивалась к весовому количеству золота (уплата 100 долл. США золотой монетой США стандартного веса и пробы на момент заключения договора);

— косвенная золотая оговорка — сумма платежа повышается пропорционально уменьшению золотого содержания валюты или снижается при его повышении (уплата долларами США в сумме, эквивалентной 5 г золота стандартного веса и пробы на момент заключения договора).

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

Золотая оговорка не смогла стать эффективным способом гарантии ценностного содержания денежных обязательств, — многие государства в одностороннем порядке объявляли ее ничтожной по всем заключенным обязательствам (Германия — 1918 г., Великобритания — 1923 г., США — 1933 г.). Ямайская валютная реформа отменила золотые паритеты стран — членов МВФ и официальную цену золота, золотая оговорка перестала применяться.

Валютная оговорка — условие в соглашении, оговаривающее пересмотр суммы платежа пропорционально изменению курса валюты оговорки с целью страхования экспортера или кредитора от риска обесценения валюты. Валюта и сумма платежа ставятся в зависимость от более устойчивой валюты оговорки.

В условиях плавающих валютных курсов получили распространение мультивалютные (мультивалютные) оговорки, — сумма денежного обязательства пересчитывается в зависимости от изменения курсового соотношения между валютой платежа и корзиной валют, выбираемых по соглашению сторон. Валютная корзина как метод измерения средневзвешенного курса валюты платежа снижает вероятность изменения суммы платежа. Она в наибольшей степени обеспечивает интересы контрагентов с точки зрения валютного риска, так как включает валюты, имеющие разную степень стабильности.

Практикуются *мультовалютные оговорки*, основанные на международных расчетных валютных единицах — золотом франке, СПЗ, евро. Международные валютные единицы приравнены к определенной валютной корзине:

- с одинаковыми удельными весами (симметричная корзина);
- с разными удельными весами (асимметричная корзина);
- зафиксированы на определенный период применения валютной единицы в качестве валюты оговорки (стандартная корзина);
- меняются в зависимости от рыночных факторов (регулируемая корзина).

Результат, аналогичный мультивалютной оговорке, дает использование в качестве валюты цены нескольких валют согласованного набора. Практикуется опцион валюты платежа: в момент заключения контракта цена фиксируется в нескольких валютах, а при наступлении срока платежа экспортер имеет право выбора валюты платежа.

Товарно-ценовая оговорка — условие, включаемое в экономические соглашения с целью страхования экспортеров и кредиторов от инфляционного риска:

- оговорка о скользящей цене, повышающейся в зависимости от ценообразующих факторов (эскалаторная оговорка);
- индексация, основанная на включении в соглашение особой индексной оговорки о пересчете суммы платежа пропорционально

изменению индекса цен за период с даты подписания до момента исполнения обязательства (индексная оговорка).

Компенсационные сделки для страхования валютных рисков — сумма кредита увязывается с ценой в определенной валюте товара, поставляемого в счет погашения кредита, с целью избежать изменения этой суммы вследствие колебаний цен и курсов валют.

С 1970-х гг. вместо защитных оговорок применяются иные методы покрытия валютного и кредитного рисков: валютные опционы; межбанковские операции «своп»; форвардные валютные операции; валютные фьючерсы.

Методы страхования *кредитного риска* — хеджирование, гарантии (правительства или банка), специальная система страхования международных кредитов. Для обозначения разных методов страхования рисков путем заключения двух противоположных сделок используется термин «хеджирование» (hedge — ограждать). *Хеджирование* — страхование рисков от неблагоприятного изменения цен по контрактам и коммерческим операциям, предусматривающим поставки (продажи) товаров будущих периодов.

Хедж — это срочная сделка с целью страхования потерь. Фирма, продавая реальный товар на бирже или вне ее с поставкой в будущем, одновременно совершает на фьючерсной бирже обратную операцию, т.е. покупает фьючерсный контракт на тот же срок и на то же количество товара. Традиционный вид хеджирования — срочные (форвардные) сделки с иностранной валютой.

9.4. Международные расчетные отношения

Расчетные отношения служат формой реализации денежного обязательства, поскольку они направлены на прекращение такого обязательства путем уплаты определенной денежной суммы должником кредитору. Денежное обязательство служит юридическим фактом возникновения расчетных отношений, которое в процессе функционирования отрывается от своего основания и приобретает юридически самостоятельный характер¹.

Международные расчеты — это регулирование платежей по денежным требованиям и обязательствам, возникающим в сфере международных коммерческих отношений; это платежи по внешнеторговым операциям. В основном такие платежи предполагают безналичную форму расчетов, которую можно понимать как условия платежей, отличающиеся способом зачисления средств на счет кредитора, видами расчетных документов и порядком документооб-

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

борота¹. Основными формами международных расчетов являются аванс, открытый счет, банковский перевод, аккредитив, инкассо.

Аванс — предварительная оплата товара, его сущность в том, что экспортер получает кредит от импортера.

Открытый счет — это периодические платежи после получения товара. Особенность расчетов в форме открытого счета заключается в том, что движение товаров опережает движение денег.

Банковский перевод — это поручение одного банка другому выплатить переводополучателю определенную сумму либо перевод денежных средств со счета и по поручению перевододателя в пользу переводополучателя. В английском праве банковский перевод представляет собой «последовательность операций, осуществляемых различными банками, действующими в качестве представителей». В соответствии с ЕТК США «перевод средств» означает «серию сделок, начиная с платежного поручения инициатора, предпринятых с целью осуществления платежа бенефициару».

Унификация правил в области кредитовых (банковских) переводов в основном имеет место в рамках *lex mercatoria* — Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств (1987) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах (1992).

Типовой закон 1992 г. определяет кредитовый перевод как ряд операций, начиная с платежного поручения перевододателя, осуществляемых с целью передачи средств в распоряжение бенефициара. Платежное поручение — это безусловный приказ в любой форме банку-получателю передать в распоряжение бенефициара установленную или подлежащую установлению денежную сумму (ст. 26). Основной признак международного характера кредитового перевода — банки-участники расположены на территории разных государств. Типовой закон регулирует международные переводы, осуществляемые посредством платежных поручений, когда «банк-отправитель и банк-получатель находятся в разных государствах».

Виды международных кредитовых переводов:

- почтовый перевод (почтовое платежное поручение);
- телеграфный перевод (телеграфное или телексное платежное поручение);
- перевод по системе SWIFT (платежное поручение по системе SWIFT).

Аккредитив — это сделка, обособленная от международного коммерческого контракта, на котором основан аккредитив. Расчеты в форме документарных аккредитивов имеют абстрактный характер (юридически не зависят от лежащего в их основе договора купли-

¹ Там же.

продажи). Аккредитив — наиболее дорогостоящая и сложная форма расчетов. По операциям с аккредитивами все заинтересованные стороны имеют дело только с документами, но не с товарами, услугами или другими видами исполнения обязательств.

Отношения по аккредитивной сделке регламентируются Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (в ред. 2006) и Унифицированными правилами для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам (в ред. 2008). Унифицированные правила — составная часть каждого документарного аккредитива и действуют как условия контракта. Стороны вправе урегулировать отношения по аккредитивной сделке иначе, чем это установлено в Правилах.

Виды аккредитивов:

- отзывные и безотзывные;
- подтвержденные и неподтвержденные;
- покрытые и непокрытые;
- переводные и непередаваемые;
- возобновляемые (револьверные) и невозобновляемые;
- кумулятивные и некумулятивные;
- обычные и резервные;
- «аккредитивы с красной оговоркой» («досрочно открываемые аккредитивы»).

Инкассовая форма расчетов — это банковская операция, при которой банк по поручению клиента получает платеж от импортера за отгруженные в его адрес товары или оказанные услуги и зачисляет эти деньги на счет экспортера. Международные расчеты по инкассо регулируются Унифицированными правилами по инкассо (1995). По своей правовой природе этот документ обладает теми же характеристиками, что Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов.

Виды инкассовых операций: «чистое инкассо» и «документарное инкассо». Чистое инкассо — инкассо финансовых документов (векселя, чеки и другие документы, используемые для получения денежного платежа), не сопровождаемых коммерческими документами (счета-фактуры, транспортные документы, товарораспорядительные документы). Документарное инкассо:

- инкассо финансовых документов, сопровождаемых коммерческими документами;
- инкассо коммерческих документов, не сопровождаемых финансовыми документами.

Особенность юридической природы инкассо — инкассирующий банк несет ответственность только за выдачу документов импортеру-плательщику против платежа или акцепта и не отвечает ни за про-

верку принятых на инкассо документов, ни за платеж или акцепт. Это подчеркивается в Унифицированных правилах.

Правовой режим *банковских гарантий* (самостоятельного обязательства гаранта перед бенефициаром; один из способов обеспечения исполнения обязательств) регулируется Конвенцией ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (1995). Основная цель этого соглашения — единообразное правовое регулирование института собственно банковской гарантии (независимой гарантии) и института резервного аккредитива как ее разновидности. В Конвенции используется термин «обязательство», охватывающий оба института. Конвенция способствует укреплению общих принципов правового регулирования независимых гарантий и резервных аккредитивов.

Наиболее важными источниками, регулирующими институт банковской гарантии, являются международно-правовые обычаи — неофициальные кодификации МТП правил и обыкновений, сложившихся в международной банковской и коммерческой практике: Унифицированные правила по договорным гарантиям (в ред. 1978), Унифицированные правила для гарантий по требованию (в ред. 2010). Использование норм, сформулированных в унифицированных правилах МТП, требует прямого указания на их применение в тексте гарантии.

Правила 1978 г. не раскрывают природу гарантии. В них просто определяются различные типы гарантий, используемых в международной коммерческой практике: гарантия исполнения контракта, тендерная гарантия, гарантия возврата платежей.

Унифицированные правила для гарантий по требованию (2010) преследуют цель уравновесить интересы различных сторон и не допустить злоупотреблений при требовании платежей по гарантии. В сферу применения этих Правил включаются не только условные (договорные) гарантии, упоминаемые в Правилах 1978 г., но и любые другие типы гарантий. Бенефициар не должен доказывать неисполнение или ненадлежащее исполнение принципом своих обязательств по основному контракту. В Правилах 2010 г. прямо говорится, что гарантия по своей природе является самостоятельным соглашением, независимым от основного контракта, на котором она основывается.

9.5. Право международного оборота ценных бумаг. Рынок ценных бумаг

Ценные бумаги представляют собой фондовые ценности; оборот ценных бумаг (рынок ценных бумаг) — это фондовый рынок. В цивилизованной рыночной экономике рынок ценных бумаг является

основным механизмом перераспределения денежных накоплений. Функционирование фондового рынка реализуется через движение ценных бумаг, т.е. фиктивного капитала. Российское законодательство не выделяет «право ценных бумаг» как самостоятельную отрасль права. В зарубежной доктрине и практике это понятие используется давно и имеет четкое определение.

Основу нормативного регулирования отношений на рынке ценных бумаг составляет гражданское законодательство. Не меньшее влияние на отношения, складывающиеся по поводу ценных бумаг, оказывают нормы финансового права. В отечественной доктрине высказывается мнение о наличии в современной правовой системе самостоятельного института — *фондового права*. Основная составляющая часть фондового права — законодательство о рынке ценных бумаг¹.

Международное фондовое право — это комплексный полисистемный правовой институт; его нормативную структуру составляют публично-правовые нормы с частноправовым эффектом, договорные материально-правовые и коллизионные нормы международного частного права, предписания *lex mercatoria*. Преждевременно говорить о наличии в системе МЧП отдельного устойчивого института «международное фондовое право», но с уверенностью можно прогнозировать его развитие и оформление. В настоящее время в рамках международного частного валютного права (входящего в систему МЧП) можно выделить «*право международного оборота ценных бумаг*». В его систему можно включить нормы фондового права, которые регулируют частные отношения по поводу оборота фондовых ценностей, связанные с правопорядком двух и более государств.

Рынок ценных бумаг (*security market*) — это система, внутри которой происходит купля-продажа ценных бумаг. Первичный рынок ценных бумаг (*primary security market*) — это рынок, где происходит размещение вновь выпущенных ценных бумаг. Согласно эмиссионному соглашению инвестиционный банк размещает ценные бумаги либо в качестве покупателя, либо в качестве агента. Обязательное условие эмиссионного соглашения — «оговорка о выходе с рынка», которая позволяет аннулировать соглашение в случае неблагоприятного развития событий (по не зависящим от сторон причинам).

Инвесторы делятся на два класса: индивидуальные и институциональные. Первые вкладывают свои денежные средства в ценные бумаги самостоятельно или через институциональных инвесторов, которые выступают в роли посредников. Институциональные инве-

¹ Финансы, денежное обращение и кредит : учебник / под ред. В. К. Сенчагова, А. И. Архипова. М., 2004.

сторы: коммерческие и инвестиционные банки, страховые общества, пенсионные и паевые инвестиционные фонды.

Государство, органы регионального и муниципального управления, юридические лица выходят на первичный рынок облигаций в качестве эмитентов. Цель эмитента на первичном рынке — размещение запланированного транша по максимально возможной цене; цель инвестора — купить дешевле надежные ценные бумаги, чтобы получить доход. Цели эмитентов и инвесторов на первичном рынке противоположны. Конкретная цена размещения — плод компромисса. На рынке ценных бумаг имеет место «конфликт представлений».

Первичный рынок ценных бумаг порождает вторичный; вместе они образуют целостную систему. Вторичный рынок ценных бумаг — это механизм перераспределения инвестиционных потоков в рыночной экономике. Вторичный рынок представлен фондовой биржей. Сюда поступают ценные бумаги, прошедшие через первичный внебиржевой рынок. В некоторых странах (например, во Франции) на вторичный рынок частично поступает первичная эмиссия ценных бумаг.

Фондовая биржа — традиционно и постоянно действующий рынок ценных бумаг с определенным местом и временем по их продаже-покупке. Основными географическими центрами биржевой торговли являются Нью-Йорк, Лондон, Цюрих, Люксембург, Токио, Сингапур.

Кроме первичного и вторичного рынков ценных бумаг существует внебиржевой рынок («рынок через прилавок» — уличный). Впервые организация, официально занимающаяся проблемами рынка «через прилавок», была зарегистрирована в США в 1933 г. Выделение внебиржевого рынка — это создание нового канала финансирования средних и мелких компаний. Первичный и вторичный (биржевой) рынки в силу дороговизны и жесткости условий не позволяют им реализовать свои ценные бумаги. Рынок «через прилавок» служит источником финансирования таких компаний.

9.6. Классификация и виды ценных бумаг

Ценная бумага (*security, financial asset, paper*) — это документ, удостоверяющий имущественные, заемные, иные права и обязательства, реализация которых возможна при его предъявлении, а передача — при смене права собственности на этот документ. Атрибуты ценной бумаги:

— имущественные права, отношения займа, иные права и обязательства;

- способность быть объектом гражданско-правовых сделок;
- стоимость ценной бумаги.

Последовательность действий по выпуску и размещению серии ценных бумаг называется эмиссией. Лицом, инициирующим эмиссию ценных бумаг и несущим от своего имени обязательства перед владельцами ценных бумаг, является эмитент. Эмиссионная ценная бумага — это ценная бумага, которая размещается серийно и имеет равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения данной бумаги.

В настоящее время ценные бумаги существуют в основном в виде записей на счетах, которые ведутся на электронных носителях информации. При совершении сделки владельцу выдается сертификат, удостоверяющий право собственности на приобретенную ценную бумагу. Сертификат эмиссионной ценной бумаги — документ, выпускаемый эмитентом и удостоверяющий право собственности на указанное в сертификате количество ценных бумаг.

В Директиве 2004/39/ЕС «О рынках финансовых инструментов» в качестве «оборотных ценных бумаг» признаются такие категории ценных бумаг, находящихся в обороте на рынке капиталов (за исключением платежных инструментов), как акции, облигации и другие долговые обязательства предприятий (вместе с соответствующими сертификатами), любые другие ценности, дающие право приобретать или продавать их или способные являться объектом денежных расчетов, которые установлены по отношению к оборотным ценным бумагам, денежным знакам, процентным ставкам, сырью либо другим индексам или мерам (п. 18 ст. 4).

«Классические» ценные бумаги:

— *акция* (stocks, shares) — эмиссионная ценная бумага, закрепляющая права ее владельца (акционера) на получение части прибыли акционерного общества в виде дивидендов, на участие в управлении акционерным обществом и на часть имущества, остающегося после его ликвидации. Акция — обособленный титул собственности, долевая рыночная ценная бумага. Норма дивидендного дохода акции, или ее доходность, выражает годовую отдачу, которую приносит дивиденд инвестору. Дивиденд (dividend) — часть чистой прибыли акционерного общества, распределяемая среди акционеров пропорционально числу акций, находящихся в их собственности.

Обыкновенная (обычная, простая) акция дает право голоса на собрании акционеров, размер дохода (дивиденда) зависит от результатов деятельности акционерного общества и колебания прибыли. Держатели этих акций имеют право на остающиеся активы в случае ликвидации акционерного общества.

Привилегированные акции имеют какие-либо привилегии по отношению к обыкновенным. Обычно это заранее объявляемый, регулярно выплачиваемый дивиденд и приоритет на получение имущества в случае ликвидации акционерного общества. Привилегированная акция не дает ее владельцу права голоса, но гарантирует фиксированный доход независимо от результатов деятельности общества;

— *облигация* (bonds, obligations) — эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее держателя на получение от эмитента в предусмотренный срок номинальной стоимости и зафиксированного процента от этой стоимости или иного имущественного эквивалента. Облигация может быть и неэмиссионной. Облигация является свидетельством о предоставлении займа, дающим ее владельцу право на получение ежегодного фиксированного дохода (твердого процента). Облигация — ценная бумага, удостоверяющая отношение займа между держателем облигации — кредитором и лицом, ее выписавшим, — заемщиком. Облигации являются долговыми рыночными ценными бумагами;

— *вексель* (bills) — ценная бумага, обязательство одной стороны заплатить некоторую сумму денег другой стороне по достижении определенной даты в будущем. Вексель — неэмиссионная ценная бумага (исключение — серийно выпускаемые финансовые векселя). Вексель считается инструментом коммерческого кредита.

Производные ценные бумаги возникли в процессе развития рынка ценных бумаг. Их можно рассматривать как документальное оформление контрактов, связанных с «классическими» ценными бумагами. Эти ценные бумаги получили название деривативы (derivative) и бывают следующих видов:

— *опцион* — сделка, дающая право его владельцу купить или продать определенное количество ценных бумаг по фиксированной цене в течение оговоренного срока, т.е. право на продажу или покупку ценной бумаги в определенный срок по фиксированной цене в обмен на премию. Фиксированная цена — это цена исполнения; дата, когда кончается срок действия опциона, — дата истечения срока опциона. Покупая опцион, покупатель платит его продавцу премию (цену опциона);

— *финансовый фьючерс* — контракт (обязательство, а не право выбора, в отличие от опциона) на покупку или продажу стандартного количества определенного вида ценных бумаг на определенную дату в будущем по цене, установленной при заключении сделки, т.е. обязательство на поставку ценной бумаги в определенный срок в будущем;

— *варранты* — ценные бумаги, которые дают своему владельцу право в будущем купить по заранее установленной цене определенное количество ценных бумаг. Это право приобрести пакет акций создаваемого акционерного общества по фиксированной цене в течение определенного срока;

— *депозитарная расписка* — ценная бумага, представляющая собой банковское свидетельство косвенного владения акциями иностранных фирм. Акции хранятся на депозите в банке страны, где зарегистрирован эмитент;

Депозитарные расписки (ADR/АДР) — свободно обращающиеся расписки на иностранные акции, депонированные в банке США. АДР — расписка, представляющая акции корпорации, зарегистрированной за пределами США. Операции с АДР производятся вместо операций с ценными бумагами, которые хранятся в банке или у попечителя. Держатели АДР сохраняют права акционеров ценных бумаг в стране их эмиссии.

Помимо классических и производных ценных бумаг распространены *финансовые инструменты* или прочие ценные бумаги: чеки; депозитные, сберегательные и инвестиционные сертификаты; банковские сберегательные книжки на предъявителя; коносаменты, складские свидетельства; паи паевых инвестиционных фондов.

9.7. Правовое регулирование рынка ценных бумаг

Регулирование фондового рынка представляет собой упорядочение деятельности его участников и операций между ними со стороны уполномоченных органов. Модели государственного регулирования рынка ценных бумаг:

— регулирование рынка сконцентрировано в государственных органах, небольшая часть полномочий по контролю и установлению правил передается саморегулирующимся организациям (СРО);

— большой объем полномочий саморегулирующихся организаций, сохранение за государственными органами только основных контрольных функций и возможности вмешаться в процесс саморегулирования.

В США в 1930-х гг. были приняты законы, направленные на защиту инвесторов, — «законы синего неба» (blue-sky laws — ценность сомнительных акций сравнивается с ценностью небесной голубизны). В 1933 г. приняты законы о банках и ценных бумагах (Законы Гласа-Стигала). В 1934 г. образована Комиссия по ценным бумагам и биржам — независимый надзорный орган по контролю над выпусками и обращением ценных бумаг.

Акт о фондовых биржах (1934) запрещает инсайдерскую торговлю и обязывает должностных лиц, членов совета директоров и крупных акционеров корпораций сообщать об их личных операциях с акциями своей компании. В 1988 г. Конгресс США принял Закон об инсайдерской торговле и мошенничестве с ценными бумагами, ужесточивший наказания за данный вид преступлений. В 2002 г. был принят Закон Сарбейнса-Оксли — самый масштабный после Закона 1934 г. пересмотр регулирующей системы американских рынков капитала. В 2005 г. Комиссия США по фондовым рынкам приняла новые Правила системы национального рынка.

Английский рынок ценных бумаг традиционно был саморегулируемым. В 1986 г. реформы «Большая встряска» изменили традиционный подход. Было принято специальное законодательство и образован Совет по ценным бумагам и инвестициям. В 1997 г. начата реформа системы регулирования финансового сектора. Регулятивные функции различных ведомств и саморегулируемых организаций переданы Совету по финансовым услугам — государственному органу, контролирующему банки, страховые компании, компании по ценным бумагам, фондовые биржи. В Великобритании преобладает саморегулирование рынка, но жестко ограничивается деятельность коммерческих банков на фондовом рынке.

После реформы 1986 г. Лондонская фондовая биржа стала компанией с ограниченной ответственностью. Ее деятельность регулируется общими правилами отчетности для компаний, установленными в Законах о компаниях (1985/89), о ценных бумагах компаний («Об инсайдерах») (1985), о финансовых услугах и рынках (2000).

В Японии сложилась двухуровневая система регулирования, — контроль за рынком осуществляется государством (Министерством финансов) и саморегулируемыми организациями. Министерство финансов тесно связано с частным бизнесом. В Японии существует традиция «амакудари», — государственный чиновник по достижении пенсионного возраста (55 лет) получает хорошо оплачиваемую должность в частном секторе как вознаграждение за годы, проведенные на относительно низкооплачиваемой работе в государственном учреждении.

В 1992 г. была создана Комиссия по ценным бумагам и биржам — аффилированное учреждение Министерства финансов, выполняющее надзорные функции. Среди нормативных актов японского законодательства следует выделить Торговый кодекс, один из разделов которого посвящен исключительно ценным бумагам. С 1986 г. участниками Токийской фондовой биржи могут быть и иностранные инвестиционные институты.

Однако к концу XX — началу XXI вв. проявились серьезные негативные последствия политики «дерегулирования», выразившиеся в мировых финансовых и биржевых кризисах (кризис 1996—1998 гг.), крупных транснациональных банкротствах (банкротство «Энрон», «Пармалат») и мировых финансовых аферах. В структуре мировых фондовых рынков произошли значительные изменения, связанные с необходимостью разработки эффективного механизма страхования рисков, защиты информации, обеспечения ее «прозрачности» и минимизации негативных последствий финансовых кризисов. Нормативная основа функционирования национальных фондовых рынков в большинстве развитых государств в начале XXI в. снова претерпела существенные изменения (2001—2006 гг. — законодательство США, Японии, ФРГ, Великобритании) уже в сторону усиления государственного регулирования отношений между частными субъектами по поводу обращения фондовых ценностей.

В России государственное регулирование осуществляется посредством установления обязательных требований к деятельности эмитентов и профессиональных участников рынка ценных бумаг, государственной регистрации выпусков эмиссионных ценных бумаг и проспектов эмиссии, лицензирования деятельности на фондовом рынке. В России существуют саморегулируемые организации: Союз фондовых бирж, Национальная ассоциация участников фондового рынка (НАУФОР), Профессиональная ассоциация регистраторов, трансфер-агентов и депозитариев (ПАРТАД).

Создание правовой основы рынка ценных бумаг должно предусматривать правовую форму организации биржи (акционерное общество, холдинговая компания, товарищество с ограниченной ответственностью), структуру ее органов, порядок выпуска и размещения ценных бумаг, правовой статус посреднических организаций, контроль за биржевыми операциями, систему биржевой котировки и передачи информации. Биржа (exchange) — это организованная торговая площадка, на которой биржевые торговцы совершают сделки по стандартным биржевым товарам, руководствуясь определенными правилами в соответствии с принципом свободного ценообразования.

Фондовые биржи организуются в форме частных корпораций — акционерных обществ (Англия и США) либо в форме публично-правовых институтов (Германия и Франция). При акционерной форме биржевые дельцы являются акционерами биржи. В 1980—1990-е гг. на фондовых биржах стали создаваться дополнительные, более мелкие вторичные внутрибиржевые рынки с менее жесткими правилами отчетности, менее жесткими требованиями к размерам активов и доходности, числу акционеров компаний, ценные бумаги которых

принимаются к котировке. В некоторых странах действуют третьи внутрибиржевые рынки, куда попадают ценные бумаги, которые не могут котироваться на основном и вторичном рынках.

9.8. Международные финансовые рынки и международные ценные бумаги

Международный рынок ценных бумаг (мировой финансовый рынок, мировой рынок ссудных капиталов, евторынок) возник на базе международных операций национальных рынков ссудных капиталов. Объект сделки на мировом рынке — капитал, привлекаемый из-за границы или передаваемый в ссуду лицам иностранных государств. Этот рынок сформировался в конце 1950-х гг. Введение евро привело к расслоению рынка на евробумаги и долларовые ценные бумаги. Термин «евровалюта» относится к средствам не только в Западной Европе, но и за ее пределами, хотя доллары, используемые для операций на валютных рынках в Азии, называют азиадолларами, в арабских странах — арабодолларами.

Евроинструменты размещаются на международных финансовых рынках, которые являются внешними по отношению к стране эмитента. В 1980-х гг. инструментом операций на международных кредитных рынках стали евродолговые обязательства — евроноты. Это средне- и краткосрочные обязательства с плавающей процентной ставкой, различные регулярно возобновляемые кредитные инструменты с банковской гарантией. Рынок евровекселей функционирует с 1981 г.; он невелик по объему, включает в себя в основном краткосрочные еврокоммерческие бумаги и среднесрочные векселя. Мировой рынок евроакций стал развиваться с 1983 г. Евроакции представляют собой свободно обращающиеся ценные бумаги транснациональных компаний и обладают теми же характеристиками в отношении валюты выпуска и территории распространения, что и облигации (эмитируются вне национальных рынков).

Секьюритизация (превращение капитала в форму ценных бумаг) представляет собой глобальное явление. Одно из нововведений международного рынка капиталов — секьюритизация евравалютных займов (переоформление долга в ценные бумаги).

Главным инструментом операций рынка еврокапиталов являются облигации. Рынок еврооблигаций сформировался в 1970-х гг. Международный облигационный рынок можно представить как совокупность двух рынков: рынка иностранных облигаций и рынка собственно международных облигаций — еврооблигаций (eurobond market). Иностранные облигации (foreign bonds) — это разновидность национальных облигаций, но эмитент и инвестор находятся

в разных странах. Еврооблигации размещаются на национальных рынках в валюте, являющейся иностранной по отношению к стране размещения.

Новые финансовые инструменты еврорынка возникли в 1980-х гг. Это гибрид финансовых документов и ценных бумаг, гарантированных активами банков: форвардный валютный контракт, комбинированный валютный и процентный своп, комбинированный валютный опцион продавца и покупателя.

Старейшей из международных ассоциаций в области финансового рынка является Международная ассоциация рынков капитала (AIBD). Она была образована в 1969 г. и первоначально называлась Ассоциация дилеров международного рынка облигаций. Под эгидой AIBD созданы первые сборники правил и рекомендаций в отношении торговых операций и расчетов по сделкам на международном рынке ценных бумаг. В 1992 г. AIBD была переименована в Международную ассоциацию рынка ценных бумаг (ISMA). В 2005 г. в результате объединения ISMA и Международной ассоциации первичного рынка (IPMA) образована Международная ассоциация рынков капитала (ICMA). ICMA разработала глобальную систему регулирования: правила заключения сделок, этические нормы поведения участников, процедуру сглаживания конфликтов, правила эмиссии, технологию размещения, стандартные формы основных документов, стандартные условия форс-мажора.

В середине 1970-х гг. создан Комитет по банковскому регулированию и практике контроля при Банке международных расчетов (Базельский комитет). В 1984 г. Комитет подготовил рекомендации, направленные на повышение ответственности банков за свою деятельность; в 2004 г. принял рамочные правила «Международная конвергенция оценки капитала и нормативов капитала», устанавливающие определенные требования в отношении капитала применительно к кредитным и операционным рискам.

Международный рынок ценных бумаг — это прежде всего первичный рынок, т.е. размещение эмиссий, выраженных в евровалютах, и осуществляемое эмитентами вне рамок национального регулирования. В более широком плане международный рынок ценных бумаг — это совокупность собственно международных и иностранных эмиссий (выпуска ценных бумаг иностранными эмитентами на национальном рынке других стран).

Специфика международных фондовых ценностей предопределяет своеобразие международного фондового рынка. Основной парадокс заключается в том, что международные фондовые рынки и международные фондовые биржи территориально не отделены от национальных рынков и бирж. Наиболее известные и крупные нацио-

нальные фондовые биржи одновременно являются международными (Люксембургская, Сингапурская, Лондонская, Нью-Йоркская, Токийская). При этом деятельность, например, Лондонской биржи как вторичного национального рынка фондовых ценностей регулируется соответствующим законодательством Великобритании, в то время как деятельность той же Лондонской биржи как международного фондового рынка (на котором обращаются международные фондовые ценности) находится вне сферы действия английских законов. Этот правовой парадокс порождает серьезные проблемы: в одном и том же месте одновременно совершаются сделки с разными по своей природе фондовыми ценностями — национальными (местными и иностранными) и международными.

Регламентация международных рынков фондовых ценностей и деятельности международных фондовых бирж изъята из сферы национального правового регулирования. Однако на международном уровне пока не существует конвенционного механизма, определяющего правовой статус мирового оборота международных фондовых ценностей. Таким образом, имеет место серьезнейший правовой пробел, — одно из основных направлений мировой экономической деятельности (обращение фондовых ценностей) фактически находится вне правового поля. В рамках международных организаций сложилась «параюридическая» система — совокупность резолюций-рекомендаций различных ММПЮ и МНПО, направленных на регламентацию оборота международных фондовых ценностей. Такое регулирование представляет собой составную часть *lex mercatoria*, жизнеспособность которого доказала практика его длительного и эффективного применения в мировой торговле.

Отдельные области отношений, юридически связанных с порядком двух и более государств, образуют специальные нормативные комплексы и требуют применения специальных методов регулирования. Прежде всего это относится к сфере внешнеэкономической деятельности, которая включает в себя и сделки с фондовыми ценностями. Преимущества *lex mercatoria* заключаются в предоставлении участникам международного коммерческого оборота максимума свободы действий, однако специфика оборота международных фондовых ценностей презюмирует применение и императивных предписаний международного валютного права.

На данный момент Принципы международных коммерческих контрактов (2010), базисные условия поставки, кодификации международных деловых обычаев, произведенные МТП (составная часть *lex mercatoria*), успешно применяются в качестве правового регулятора мирового оборота фондовых ценностей. Однако практика показывает, что подобное регулирование является недостаточным и не спо-

собно обеспечить максимальную эффективность международного фондового обращения.

Основные постулаты *lex mercatoria* могут быть положены в основу «международного фондового права», однако «мягкое право» не предназначено для регламентации публично-правовых отношений, составляющих значительную часть всех правоотношений на мировых фондовых рынках. Валютное регулирование вообще и регулирование «фондовой деятельности», в частности, представляет собой государственно-властное, централизованное, в основном императивное регулирование. В связи с этим главенствующую роль в правовом обеспечении мирового оборота фондовых ценностей должны играть унифицированные материально-правовые и коллизионные нормы.

В настоящее время складывается универсальный механизм договорного регулирования рынка ценных бумаг — Гагская конференция по МЧП приняла Конвенцию о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (2005), УНИДРУА — Конвенцию о материально-правовом регулировании ценных бумаг (2009).

Существует настоятельная необходимость определить статус международных фондовых ценностей, установить особые правовые параметры их обращения, разграничить правовые режимы национальных и международных фондовых рынков. В этом заключается главная цель разработки основных положений международного фондового права.

9.9. Информационные технологии в международных валютно-кредитных операциях

Для повышения эффективности международных валютно-кредитных операций необходима их максимальная компьютеризация. В настоящее время сложились системы международного обмена информацией: общие сети платежной документации, канал для операций с кредитными платежными средствами (EPS-NET). Применяются международные автоматизированные системы межбанковских расчетов: по торговле ценными бумагами — СЕДЕЛ, по валютным операциям и информационным услугам — «Рейтер монитор сервис». В 1973 г. в Брюсселе было создано акционерное общество — Всемирная межбанковская финансовая телекоммуникационная сеть (СВИФТ), основной задачей которой является скоростная передача банковской и финансовой информации, ее сортировка и архивирование. С 1987 г. СВИФТ обслуживает и небанковские учреждения —

брокерские и дилерские фирмы, клиринговые, страховые, финансовые компании.

Обработка информации в системе СВИФТ охватывает контроль, проверку подлинности отправителя и получателя, распределение сообщений по срочности, шифровку информации. Основное достижение СВИФТ — создание и использование стандартов банковской документации, признанной ISO. Унификация банковских документов позволила избежать многих ошибок при международных межбанковских расчетах.

Предпосылка успешного функционирования СВИФТ — стандартизация форматов сообщений, т.е. разработка единого «языка банков». В 1974 г. завершилась разработка типовых сообщений: движение платежей клиентов, межбанковское движение платежей, данные о кредитных и валютных операциях, выписки из текущих счетов банков за один день. В 1988 г. завершена стандартизация операций: продажа и оформление ценных бумаг, инкассовые и аккредитивные операции; балансовый отчет для клиентов; чек/блокирование счета; торговля драгоценными металлами; синдицированный кредит; дорожные чеки; гарантии.

Во второй половине 1980-х гг. была разработана система СВИФТ-II (Международная межбанковская организация по валютным и финансовым расчетам по телексу) и новая система СТАРТ (автоматизированная система контроля за правильным осуществлением проводок по счетам). СВИФТ-II не только передает, но и сортирует информацию и организует архив.

В 1993 г. введено новое поколение финансовых интерфейсов — SWIFT Alliance, которое основано на открытых системах, служит единой платформой для всех средств финансовой связи и предоставляет потребителям стратегическую альтернативу параллельно предыдущим системам интерфейсов.

Использование СВИФТ способствует совершенствованию международных расчетных, валютных, кредитных операций:

- налажен и ускорен обмен информацией между банками и финансовыми учреждениями более 160 стран по телекоммуникационным линиям связи и автоматизированы их межбанковские операции;

- осуществляются безбумажные международные финансово-банковские операции с максимальным сокращением операционных расходов. Бумажные документы заменяются электронными;

- СВИФТ обеспечивает безопасность межбанковских операций, используя разные комбинации средств страхования риска. Уменьшаются банковские риски, связанные с потерей документов, ошибочной адресацией, фальсификацией платежных документов.

9.10. Международное вексельное право

Вексель — это оборотная ордерная неэмиссионная ценная бумага. Это документ, содержащий безусловный приказ кредитора (трасанта) об уплате в указанный в векселе срок определенной суммы денег названному в векселе лицу (ремитенту). Это письменное долговое обязательство. Ответственность за оплату векселя несет акцептант (импортер или банк). Необходимыми свойствами векселя, обуславливающими его специфику, являются абстрактность, бесспорность, обращаемость. Вексель представляет собой абстрактное обязательство, оторванное от оснований его возникновения. Вексель обладает способностью выступать в качестве всеобщего эквивалента (денежной единицы).

В 1930 г. на Женевской международной конференции были подписаны конвенции:

- 1) Конвенция о единообразном законе о переводном и простом векселе;
- 2) Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях;
- 3) Конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей.

Конвенции основаны на вексельном законодательстве стран континентальной правовой системы (Австрия, Германия, Норвегия, Франция, Япония, Бразилия). Женевская конвенция о простом и переводном векселе утвердила Единообразный вексельный закон (Приложение к Конвенции).

Государства англо-саксонской системы права не участвуют в Женевских вексельных конвенциях. В них действует вексельное законодательство, основанное на Законе Великобритании о переводных векселях 1882 г. (Австралия, Израиль, Индия, Канада). В государствах этой группы действует англо-американская система вексельного права.

Можно выделить группу государств, вексельное законодательство которых основано на нормах ФТК 1807 г. (Боливия, Венесуэла, Иран, Испания, Таиланд). Эти страны образуют систему «старофранцузского» вексельного права.

Вексель — это безусловное денежное обязательство. Приказ трасанта переводного векселя и обязательство векселедателя простого векселя не могут быть ограничены никакими условиями. Всякое ограничительное условие считается ненаписанным.

Вексель — абстрактное денежное обязательство. В тексте векселя не допускаются ссылки на основания его выдачи.

Одна из важных особенностей векселя — индоссамент: передаточная надпись, в соответствии с которой вексель может быть передан

любому другому лицу. Индоссамент придает векселю свойство передаваемости. Индоссамент ничем не обусловлен; всякое ограничивающее его условие считается ненаписанным. Число индоссаментов не ограничено. Индоссамент — это односторонняя сделка, цель которой — передача права собственности на ордерную ценную бумагу.

Вексель — строго формальный документ, содержащий исчерпывающий перечень реквизитов, указанных в Едином вексельном законе (ст. 1). Документ, в котором отсутствует какой-либо реквизит, признается недействительным.

Основные различия между женеvским и англо-американским типами векселей:

1. Женеvский вексель содержит «вексельную метку»; англо-американский вексель не содержит такого реквизита.

2. Женеvский вексель содержит указание, кому или по чьему приказу должен быть совершен платеж; англо-американский вексель может быть выставлен на предъявителя.

3. Женеvский вексель должен содержать способы обозначения срока платежа; англо-американский вексель предполагает любой способ обозначения срока платежа.

4. Женеvский вексель должен быть предъявлен к акцепту в течение года со дня его выдачи; англо-американский вексель должен быть акцептован в «разумные сроки».

5. Исполнение обязательства по женеvскому векселю может быть гарантировано полностью или в части вексельной суммы посредством авая (вексельного поручительства); англо-американскому векселю аваль неизвестен.

6. Векселедатель женеvского векселя отвечает и за акцепт, и за платеж, но может освободить себя от ответственности за акцепт; векселедатель англо-американского векселя может освободить себя от ответственности не только за акцепт, но и за платеж.

7. Если векселедержатель получил женеvский вексель в результате нескольких индоссаментов, он рассматривается как законный векселедержатель, даже если один из индоссаментов был поддельным; что в англо-американском векселе поддельный индоссамент полностью недействителен и не способен передать другому лицу титул законного векселедержателя.

8. Женеvский вексель — это ордерная ценная бумага; англо-американский вексель — это оборотный документ.

Основная классификация векселей в женеvской системе вексельного права — простые и переводные векселя:

1. Простой вексель — это обещание векселедателя, но не предположение или приказ, адресованный третьему лицу, уплатить определенную сумму денег.

2. В простом векселе присутствуют только векселедатель и векселедержатель, фигура плательщика отсутствует.

3. Главный должник по простому векселю — векселедатель, который несет основную ответственность с момента выдачи векселя. С точки зрения объема ответственности векселедатель простого векселя приравнивается к акцептанту переводного векселя.

Акцепт переводного векселя — согласие плательщика, сделанное в письменной форме, принять на себя обязательство по уплате вексельной суммы. До совершения акцепта плательщик не является обязанным лицом по векселю¹.

В целях унификации вексельного права в рамках ЮНСИТРАЛ был разработан проект Конвенции о международных переводных векселях и международных простых векселях. Конвенция принята в 1988 г. Генеральной Ассамблеей ООН. Предмет регулирования — международный переводной и международный простой вексель, которые имеют двойную метку и озаглавлены: «Международный переводной вексель (Конвенция ЮНСИТРАЛ)» и «Международный простой вексель (Конвенция ЮНСИТРАЛ)». Конвенция затрагивает только сферу международных векселей, участниками которых выступают лица, принадлежащие к разным государствам.

Международный переводной вексель — это вексель, в котором названы, по крайней мере, два из перечисленных пяти мест, и они находятся в разных государствах:

- 1) место выставления переводного векселя;
- 2) место, указанное рядом с подписью векселедателя;
- 3) место, указанное рядом с наименованием плательщика;
- 4) место, указанное рядом с наименованием получателя;
- 5) место платежа.

Международный простой вексель — это вексель, в котором названы, по крайней мере, два из перечисленных четырех мест, и указано, что такие места находятся на территории разных государств:

- 1) место выставления векселя;
- 2) место, указанное рядом с подписью векселедателя;
- 3) место, указанное рядом с наименованием получателя;
- 4) место платежа.

Положения Конвенции 1988 г. имеют компромиссный характер: в одних случаях учитываются положения Женевских конвенций, в других — англо-американское вексельное регулирование, в третьих Конвенция вносит новеллы в вексельное право. Конвенция ЮНСИТРАЛ не применяется к чекам, поскольку (следуя традициям

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право. М., 2011.

континентального права) не рассматривает чек как разновидность векселя (в отличие от общего права).

9.11. Международное чековое право

Чек представляет собой один из видов ценных бумаг и один из видов платежных документов. **Чек** — это оборотная неэмиссионная ценная бумага, содержащая ничем не обусловленное распоряжение чекодателя банку произвести платеж указанной в нем суммы чекодержателю (п. 1 ст. 877 ГК РФ). Чек имеют много общих черт с векселем. Их принципиальные отличия:

1. Вексель — орудие коммерческого кредита, кредитная ценная бумага; чек — орудие банковского кредита.

2. Срок обращения векселя определяется по договоренности между векселедателем и первым векселедержателем. Срок платежа по чеку в большинстве случаев составляет несколько дней.

3. Обязательство плательщика по переводному векселю абстрактно по своей природе и возникает на основе односторонней сделки плательщика. Обязательство плательщика по чеку возникает на основе договора между ним и чекодателем.

4. Плательщиком по векселю может быть любое лицо. Плательщиком по чеку всегда выступает банк.

5. Вексель может содержать указание на процентную ставку. Указание процентной ставки в чеке запрещено чековым законодательством.

В первой половине XX в. была предпринята попытка унификации чекового права — в 1931 г. приняты Женевские чековые конвенции:

- 1) Конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках;
- 2) Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках;

- 3) Конвенция о гербовом сборе в отношении чеков.

Женевская конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках, утвердила Единообразный чековый закон (Приложение к Конвенции). Круг участников в значительной степени совпадает с участниками Женевских вексельных конвенций.

В государствах англосаксонской системы права действует чековое законодательство, основанное на Законе Великобритании о переводных векселях (1882). Чек рассматривается как разновидность переводного векселя (переводный вексель, выставленный на банк). «Английская конструкция значительно облегчает задачу регулирования чека, так как делает возможным свести ее к небольшому количеству норм и к отсылке к нормам, регулирующим вексель»¹.

¹ Финансы, денежное обращение и кредит : учебник / под ред. В. К. Сенчагова, А. И. Архипова. М., 2004.

Чек, выставленный на основе Женевских чековых конвенций, именуется «женевский чек». Основные различия между женевским и англо-американским типами чеков:

1. Женевский чек содержит «чековую метку»; англо-американский чек не имеет такого реквизита.

2. Женевский чек должен быть предъявлен к платежу в сроки, указанные в Конвенции; англо-американский чек предполагает предъявление к платежу в «разумный срок».

3. Исполнение обязательства по женевскому чеку может быть гарантировано посредством авая; англо-американскому чековому праву аваль неизвестен

4. Чекодатель женевского чека отвечает за платеж; чекодатель англо-американского чека может освободить себя от ответственности за платеж.

5. Если чекодержатель получил женевский чек в результате нескольких индоссаментов, один из которых был поддельным, он рассматривается как законный чекодержатель; в англо-американском чеке поддельный индоссамент полностью недействителен и не может передать другому лицу титул законного чекодержателя.

6. Англо-американское право — чек является разновидностью векселя, континентальное право — чек представляет собой самостоятельный вид ценных бумаг и оборотных документов.

Чек — это ценная бумага, удостоверяющая безусловное абстрактное денежное обязательство. Это письменное предложение (приказ) чекодателя плательщику произвести платеж чекодержателю в размере указанной денежной суммы. Отношения между чекодателем и банком строятся на основе чекового договора. Предложение (приказ) чекодателя не может быть ограничено никакими условиями. Всякое ограничительное условие считается ненаписанным.

Чек и чековые обязательства характеризуются односторонним характером, формализмом, денежным содержанием, безусловностью и бесспорностью. Чек — средство расчета, а не средство платежа. Выдача чека не погашает денежного обязательства, во исполнение которого он выдан. Чек — строго формальный юридический документ, перечень реквизитов которого содержится в Единообразном чековом законе. Документ, в котором отсутствует какой-либо реквизит, чеком не является.

Чек оплачивается по предъявлении. На чеке совершается специальная надпись — «ависто», подтверждающая необходимость его оплаты по предъявлению или по истечении определенного срока со дня предъявления. Все права по чеку могут быть переданы посредством передаточной надписи — индоссамента, проставляемого на оборотной стороне чека.

Индоссамент может быть совершен в пользу чекодателя либо всякого другого обязанного лица. Индоссамент должен быть ничем не обусловленным. Всякое ограничивающее его условие считается ненаписанным. Частичный индоссамент недействителен. Недействительным является индоссамент плательщика. Индоссамент должен быть написан на чеке или на присоединенном к нему листе (аллонже).

Платеж по чеку может быть гарантирован любым лицом, кроме плательщика по чеку. Гарантия выражается словами «аваль», «гарантирован» и сопровождается подписью авалиста. Аваль — это особый способ обеспечения исполнения денежного обязательства, который применяется исключительно в вексельных и чековых отношениях. Платеж по чеку может быть полностью или частично обеспечен посредством авалья. Аваль проставляется на чеке или на дополнительном листе (аллонже). Авалист отвечает так же, как и тот, за кого он дал аваль.

Женевские конвенции не требуют указания в чеке валюты платежа. Это связано с «оговоркой эффективного платежа», включение которой в чек позволяет оплачивать его в соответствующей валюте. Если в чеке отсутствует оговорка эффективного платежа, то чековая сумма может быть выплачена в валюте страны места платежа.

Одновременно с проектом Конвенции о международном векселе в рамках ЮНСИТРАЛ был разработан проект Конвенции о международном чеке. В 1988 г. Конвенция о международном чеке одобрена Генеральной ассамблеей ООН. Положения этой Конвенции имеют компромиссный характер — они представляют собой попытку унифицировать нормы континентального и англо-американского чекового права. Само понимание чека соответствует континентальному праву, — чек не считается разновидностью векселя.

9.12. Коллизионное регулирование в международном частном валютном праве

Практически все отношения в МЧП (за исключением личных неимущественных, да и то не всегда) сопровождаются денежными обязательствами. В связи с этим выделяется *валютный статут сделки* — совокупность вопросов, определяющих правовой статус денежных обязательств в правоотношении. Специфика международного частного валютного права — нормы национального валютного законодательства имеют административно-правовой характер, но вместе с тем обладают и гражданско-правовым эффектом. Действие этих норм распространяется и на правоотношения, которые в соответ-

ствии с национальным коллизионным правом подчинены иностранному закону.

Проблема применимого права связана с тем, насколько национальные валютные ограничения могут иметь экстерриториальный характер, и может ли сделка, подпадающая под валютные ограничения, быть признана действительной в другом государстве. Речь идет не о применении иностранного валютного права, а о признании (непризнании) его гражданско-правовых последствий.

Многие национальные кодификации МЧП не содержат специальных разделов, посвященных коллизионному регулированию денежных (валютных) обязательств. Это связано с тем, что валютные правоотношения традиционно включались в сферу публичного права и автоматически предполагали невозможность применения иностранного права. В настоящее время признается, что валютные отношения между частными лицами, связанные с иностранным правопорядком, — сфера действия МЧП. При регулировании частных валютных отношений могут применяться нормы иностранного валютного законодательства.

В законодательстве многих государств есть специальные коллизионные «валютные» привязки — закон валюты долга и закон валюты платежа. Идея валютных привязок — обязательство, выраженное в иностранной валюте, по всем денежным вопросам подчиняется праву того государства, в чьей валюте заключено обязательство: «К денежной единице применяется право государства эмиссии. Влияние, оказываемое валютой на величину долга, определяется по праву, применимому к долгу. Валюта платежа определяется по праву государства, в котором должен быть совершен платеж» (ст. 147 Закона о МЧП Швейцарии). Как правило, приоритет имеет валюта платежа, а не валюта долга. Право места платежа определяет валюту платежа, если стороны не договорились использовать для платежа иную валюту (ст. 126 Закона о МЧП Румынии). Допускается автономия воли, но если «стороны не выбрали другое право в соглашении, валюту расчета нужно устанавливать согласно праву государства, в котором производился расчет» (ст. 1.57 ГК Литвы).

Большинство национальных кодификаций МЧП предусматривает коллизионное регулирование только отдельных вопросов валютных правоотношений — банковские и биржевые сделки (Украина, Россия), вексельные и чековые отношения (Бельгия, Италия). Некоторые государства включили в кодификации МЧП специальные разделы, посвященные коллизионному регулированию оборота ценных бумаг (Ю. Корея, Румыния, Швейцария). В проекте Закона о МЧП Чехии гл. X посвящена коллизионному регулированию ценных бумаг, инвестиционных и иных финансовых инструментов.

Банковские и биржевые сделки регламентируются в соответствии с общим принципом договорных обязательств, — генеральной коллизионной привязкой выступает автономия воли сторон. Если стороны не выбрали применимое право, суд устанавливает правопорядок, с которым отношение наиболее тесно связано. Наиболее тесная связь устанавливается посредством использования презумпции характерного исполнения: «Стороной, которая должна осуществить выполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, является... банк — по договору банковского вклада (депозита), по договору банковского счета» (ст. 44 Закона о МЧП Украины).

Презумпция характерного предоставления предполагает применение к банковским сделкам права места нахождения банка: «К банковским договорам, включая договоры о самостоятельных банковских гарантиях, применяется закон места нахождения кредитного учреждения». Коммерческая деятельность банка в целом регулируется законом страны, к которой банк принадлежит. К отношениям между двумя банками применяется закон того из них, который предоставляет услугу в пользу другого (ст. 103 Закона о МЧП Румынии).

Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (1995) установила, что обязательство регулируется правом, выбор которого оговорен, вытекает из условий обязательства либо иным образом согласован между гарантом (эмитентом) и бенефициаром (ст. 21). В отсутствие выбора права обязательство регулируется правом места нахождения коммерческого предприятия гаранта (эмитента), выдавшего гарантию (резервный аккредитив).

Согласно нормам Унифицированных правил для гарантий по требованию (2010) стороны могут избрать любое право, регулирующее их правоотношения по гарантии. Оговорка о применимом праве не имеет обязательного характера, но желательно включение ее в текст гарантии. Если стороны не выбрали применимое право, действует диспозитивная коллизионная норма — гарантия подчиняется праву той страны, где расположен центр деловой активности банка-гаранта или банка-эмитента. Если гарант имеет более одного места коммерческой деятельности, гарантия подчиняется праву места нахождения филиала, выдавшего гарантию. Термин «центр деловой активности» подразумевает не столько место нахождения управленческих органов банка-гаранта, сколько место ведения основной коммерческой деятельности.

Отношения по переводу средств детально регламентированы в законодательстве США (ст. 4А-507 ЕТК). Генеральная коллизионная привязка к правам и обязанностям, вытекающим из платежного поручения, — автономия воли сторон. Право, избранное сторонами, регулирует их «права и обязанности независимо от того,

существует ли разумная связь платежного поручения и перевода средств с этой юрисдикцией».

Если перевод средств осуществляется с использованием нескольких национальных систем перевода средств «и налицо противоречие между правилами о выборе применимого права в соответствии с системами, спорный вопрос регулируется правом, имеющим наиболее тесную связь со спорным вопросом».

Сходное регулирование предусмотрено в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах (1992): «Права и обязанности, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, выбранным сторонами. При отсутствии договоренности применяется право государства банка-получателя платежа».

Правом, наиболее тесно связанным с биржевыми сделками, считается право страны места нахождения биржи: «Для договоров, заключенных на биржах, посредством тендера или на аукционе, применимым является право того государства, на территории которого находится биржа или проводится тендер или аукцион» (§ 26.2 Указа о МЧП Венгрии). Правила биржевых торгов, установленные в месте нахождения биржи, не могут быть изменены, даже если стороны оговаривали применение права другого государства: «Постановления, относящиеся к биржевым местам и помещениям, и ко всяким помещениям, где происходит официальная котировка бумаг государственных и на предъявителя, относятся к международному публичному порядку» (ст. 243 Кодекса Бустаманте).

Детальное коллизионное регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акций и облигаций) закреплено в законодательстве Венгрии, Румынии, Швейцарии, США. Большинство коллизионных норм имеет императивный характер. Автономия воли предусматривается редко. Такой подход обусловлен ролью публично-правовых норм в праве эмиссионных ценных бумаг.

Эмиссия ценных бумаг регулируется правом государства, на территории которого они были выпущены: «Эмиссия ценных бумаг регулируется законом места, в котором она производится» (ст. 10.3 ГК Испании). Обязательства, отличные от основного обязательства по эмиссионным ценным бумагам, регулируются правом государства, на территории которого каждое из обязательств было принято (ст. 59 Закона о МЧП Италии).

Основная коллизионная привязка по всем иным вопросам оборота ценных бумаг — закон страны эмитента («право юрисдикции, на территории которой организован эмитент, включая его коллизионные нормы» — США, «закон, применимый к организационному статусу юридического лица-эмитента» — Румыния). Закон страны эмитента регулирует (ст. 8-106 ЕТКСША):

- 1) действительность ценной бумаги и действительность ее регистрации эмитентом;
- 2) условия и последствия передачи ценных бумаг;
- 3) возникновение, переход, прекращение и действительность обязательствных прав и обязанностей;
- 4) права членства, вопросы возникновения, перехода, прекращения и действительности этих прав;
- 5) права и обязанности эмитента в отношении регистрации передачи документаризованной ценной бумаги;
- 6) права и обязанности эмитента в отношении регистрации передачи, залога или освобождения от залога недокumentированной ценной бумаги;
- 7) права и обязанности эмитента в отношении рассылки заявлений о недокumentированных ценных бумагах;
- 8) требования из эмиссии ценных бумаг, которая осуществляется на основе проспекта, циркуляра или другой аналогичной публикации.

Субсидиарные коллизионные привязки:

- 1) право места исполнения — наличие и объем обязательств по ценным бумагам (Венгрия);
- 2) закон места платежа — условия и последствия передачи ордерных ценных бумаг (Румыния);
- 3) закон места нахождения ценной бумаги на предъявителя на момент передачи — отношения между последующими владельцами, между владельцами и третьими лицами (Румыния);
- 4) право государства обычного пребывания залогодержателя — залог прав из ценных бумаг (Швейцария).

Автономия воли сторон допускается:

- 1) к залогоу прав из ценных бумаг, кроме отношений с третьими лицами (Швейцария);
- 2) к товарораспорядительным документам. Право, прямо указанное в тексте ценной бумаги, определяет, является ли она товарораспорядительной ценной бумагой. При отсутствии такого указания определяющим является право места делового обзаведения эмитента (Швейцария), право места нахождения предприятия-эмитента (Румыния). Вещные права на товарораспорядительные документы и товар определяются по праву, применимому к документу как к движимой вещи (Румыния, Швейцария).

К обязательствам из векселей, чеков, других предъявительских или ордерных ценных бумаг не применяются общие правила коллизионного регулирования договорных обязательств. Наиболее современное решение, учитывающее принцип наиболее тесной связи, предложил законодатель Китая: «К ценным бумагам применяется

право места осуществления права, содержащегося в ценной бумаге, или другое право, которое с этой ценной бумагой имеет наиболее тесную связь» (§ 39 Закона о МЧП).

Постановления, относящиеся к подделке, краже, растрате или утере ценных бумаг или бумаг на предъявителя, относятся к международному публичному порядку. Принятие мер, предписанных законом места, где произошло такое событие, не освобождает от обязанности принять иные меры, установленные законом места, где котируются ценные бумаги, и законом места их оплаты (ст. 272, 273 Кодекса Бустаманте).

Кодекс Бустаманте закрепляет одинаковые коллизионные нормы по отношению к векселям, бонам, облигациям, билетам, поручениям и чекам:

1. Формы выдачи, индоссирования, обеспечения, вступления, принятия и протеста подчинены закону места, где происходит каждое из этих действий.

2. При отсутствии явного или молчаливого соглашения правовые отношения между векселедателем и векселедержателем регулируются законом места, где вексель выдан.

3. При отсутствии явного или молчаливого соглашения обязательства и права векселепринимателя и предъявителя регулируются законом места, где происходит принятие векселя.

4. При отсутствии явного или молчаливого соглашения правовые отношения, создаваемые индоссаментом, зависят от закона места, где вексель индоссирован.

5. Большой или меньший объем обязательств каждого индоссатора не изменяет прав и обязанностей векселедателя и первоначального держателя.

6. Поручительство в платеже регулируется законом места, где оно дано.

7. Правовые последствия принятия векселя в порядке вступления в вексельное отношение регулируются при отсутствии соглашения законом места, где вступает третье лицо.

8. Срок и формальность принятия, платежа и протеста векселя подчинены местному закону.

В 2006 г. Гаагская конференция по международному частному праву приняла Конвенцию о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника. Конвенция регулирует вопросы, касающиеся ценных бумаг, которые находятся во владении посредника.

Термин «ценные бумаги» охватывает все активы, которые являются финансовыми по своей природе, независимо от того, существуют ли они в предъявительской или именной форме, представ-

лены ли сертификатами или дематериализованы (ст. 1). Конвенция применяется во всех случаях, связанных с «выбором между правом различных государств». Право, определенное в соответствии с Конвенцией, — это применимое право, регулирующее вопросы, указанные в исчерпывающем перечне (ст. 2.1):

1) природа прав, возникающих в результате зачисления ценных бумаг на счет;

2) правовая природа и последствия в отношении посредника и третьих лиц сделки по отчуждению ценных бумаг, находящихся во владении посредника;

3) требования в отношении окончательного оформления сделки по отчуждению;

4) приоритет в отношениях между заявителем и лицом, которое добросовестно и возмездно приобрело права на ценные бумаги («добросовестный» или «защищенный» покупатель);

5) последствия решения о приоритете;

6) обязанности посредника перед любым лицом, помимо владельца счета;

7) требования реализации права на ценные бумаги;

8) последствия обеспечительного интереса в отношении посредника и третьих лиц.

Статья 4 — ключевое положение Конвенции. В ней устанавливается основная коллизионная норма для определения права, применимого ко всем вопросам сферы действия Конвенции, — автономия воли сторон¹. Выбор права может быть выражен:

1. Стороны в явно выраженной форме договариваются о праве, регулирующем заключаемый ими договор об открытии счета (общее соглашение о применимом праве).

2. Если владелец счета и его посредник в явно выраженной форме договариваются о том, что право конкретного государства будет регулировать все вопросы сферы действия Конвенции, то такое право регулирует все эти вопросы независимо от того, было ли отдельно выбрано право, которое в целом регулирует договор счета.

Выбор права сторонами признается только в том случае, если в момент согласования применимого права у соответствующего посредника в государстве, чье право выбрано, есть офис, который отвечает требованию о «допустимом офисе». Если основная коллизионная норма не применяется, Конвенция предусматривает три соподчиненных альтернативных коллизионных правила:

1) право места нахождения офиса, который в письменном договоре счета в явной и однозначной форме указан в качестве офиса, через который соответствующий посредник заключил договор счета;

¹ Бернаскони К., Сигман Х. К. Гагская конвенция о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (Гагская конвенция по ценным бумагам) // Государство и право. 2006. № 12.

2) право места учреждения или создания соответствующего посредника;

3) право основного места коммерческой деятельности соответствующего посредника.

В отношении векселя и чека большинство государств, придерживающихся «женевской» системы, не устанавливают специального коллизионного регулирования. Исходя из общего принципа примата международного права, Женевские вексельные и чековые конвенции — часть национальной правовой системы. Их положения могут непосредственно применяться в национальных судах и арбитражах: «Простой вексель, переводной вексель и чек во всех случаях регулируются положениями, содержащимися в Женевской конвенции от 7 июня 1930 года о коллизиях законов, касающихся простых и переводных векселей... и в Женевской конвенции от 19 марта 1931 года о коллизиях законов, касающихся чеков... Данные положения применяются также к обязательствам, принятым вне территорий договаривающихся государств, или в случае, когда они отсылают к праву государства, не подписавшего конвенции» (ст. 59 Закона о МЧП Италии). Аналогичные положения содержит Кодекс МЧП Бельгии (ст. 98.2, 98.3), ГК Литвы (ст. 1.56).

Нормы Женевских вексельных конвенций имеют диспозитивный характер. Основное содержание конвенций — унифицированные коллизионные нормы. Главная цель — разрешение коллизий вексельных законов. Система основных коллизионных привязок по Женевским конвенциям:

1. Способность лица обязываться по переводному и простому векселю определяется его национальным законом. Возможно применение отсылок обеих степеней.

2. Лицо, не обладающее способностью обязываться по векселю на основании своего национального закона, несет ответственность, если подпись совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо обладает такой способностью.

3. Форма простого или переводного векселя определяется законом страны, где вексель выставлен.

4. Форма обязательства по переводному и простому векселю определяется законом той страны, на территории которой обязательство подписано.

5. Если обязательство по векселю не имеет силы по закону государства места подписания, но соответствует законодательству государства, где подписано последующее обязательство, то последнее обязательство признается действительным.

6. Каждое государство-участник имеет право установить, что обязательство по векселю, принятое его гражданином за границей,

действительно в отношении другого его гражданина на территории этого государства, если обязательство принято в форме, соответствующей национальному законодательству.

7. Обязательства акцептанта переводного векселя или лица, подписавшего простой вексель, подчиняются закону места платежа по этим документам.

8. Сроки для предъявления иска в порядке регресса определяются для всех лиц, поставивших свои подписи, законом места составления документа.

9. Приобретение держателем переводного векселя права требования, на основании которого выдан документ, решается по закону места составления документа.

10. Форма и сроки протеста, формы других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по переводному или простому векселю, определяются законом той страны, на территории которой должен быть совершен протест или соответствующие действия.

11. Последствия утраты или похищения векселя подчиняются закону той страны, где вексель должен быть оплачен.

В 1988 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Конвенцию о международных переводных векселях и международных простых векселях. Основные коллизионные привязки по Конвенции — личный закон, закон платежа и закон формы акта.

Основное содержание Женевских чековых конвенций — унифицированные коллизионные нормы, устанавливающие систему коллизионного регулирования чекового права:

1. Право лица обязываться по чеку определяется его национальным законом; возможно применение отсылок обеих степеней.

2. Если лицо не вправе обязываться по чеку по своему национальному праву, оно может обязываться по чеку за границей, если это позволяет законодательство данного иностранного государства.

3. Круг лиц, на которых может быть выставлен чек, определяется по праву страны, где чек должен быть оплачен.

4. Форма чека и порядок возникновения чековых обязательств определяются по праву страны, где чек был подписан. При этом достаточно соблюдения формы, требуемой законодательством страны места платежа.

5. Срок для предоставления чека к оплате регулируется правом места платежа.

6. Возможность оплаты чека по предъявлению, право на акцепт чека и получение частичного платежа, право на отзыв чека определяются по закону места платежа.

7. Последствия утери или кражи чека регулируются законом места платежа.

8. Формы и сроки протеста и других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по чеку, определяются законом того государства, на территории которого должен быть совершен протест и соответствующие действия.

В 1988 г. Генеральной ассамблеей ООН была одобрена Конвенция о международном чеке. Основные коллизионные привязки чека в соответствии с Конвенцией — личный закон, закон платежа и закон места регистрации акта (формы акта).

Практически аналогичные коллизионные нормы предусмотрены в национальном законодательстве, устанавливающим специальное коллизионное регулирование вексельных и чековых отношений (гл. 8 Закона о МЧП Южной Кореи). В соответствии с Законом Китая о векселе (1995) под зарубежными векселями понимаются векселя, выдача которых, индоссамент, акцепт, поручительство, платеж и иные сделки осуществляются как на территории КНР, так и за ее пределами. Правоотношения в связи с зарубежными векселями регулируются международными договорами и национальным законодательством. При восполнении пробелов допускается использование международного обычая.

В Законе о МЧП Тайваня (§ 21) установлено, что «возникновение и действие прав, основанных на чеках и векселях, которые возникают из сделки, регулируются правом, применимым по воле сторон. Если отсутствует явно выраженная воля сторон, применяется право по месту заключения сделки; если место заключения сделки невозможно установить, действует право по месту платежа. Форма сделок, по которым исполняются или обеспечиваются права из чеков и векселей, подчиняется праву по месту заключения сделки».

В российском законодательстве отсутствует коллизионное регулирование частных валютных отношений, связанных с иностранным правопорядком. Это серьезный недостаток нашего законодательства. Можно упомянуть только абз. 3 п. 4 ст. 1211 ГК РФ — в отношении договора, заключенного на бирже, в отсутствие выбора права сторонами применяется право страны, где проводится аукцион, конкурс или находится биржа

Правовой статус векселя определен в ст. 142—149 ГК РФ. Коллизионное регулирование вексельных отношений отсутствует. Поскольку Россия является участницей Женевских конвенций и Конвенции ЮНСИТРАЛ, то можно сделать вывод, что к вексельным отношениям, связанным с иностранным правопорядком, в соответствии со ст. 7 ГК РФ непосредственно применяются нормы этих международных соглашений.

Расчеты с применением чека регулируются ст. 877—885 ГК РФ. Коллизионное регулирование вопросов чекового права отсутствует. Поскольку Россия не участвует в Женевских чековых конвенциях (правда, положения ГК РФ о расчетах чеками соответствуют нормам конвенций), по-видимому, коллизионное регулирование этих проблем возможно на основе применения аналогии — Женевских вексельных конвенций.

Статья 1211 ГК РФ могла бы использоваться в отношении независимых гарантий (резервных аккредитивов), однако п. 3 содержит исчерпывающий перечень сторон, которые осуществляют характерное исполнение. Наименование гаранта (эмитента) в данном перечне отсутствует. «Возможно, что законодатель просто забыл упомянуть этот пункт в перечислении сторон»¹.

Контрольные вопросы

1. Что представляет собой мировая валютная система?
2. Какие риски существуют в международных валютных отношениях?
3. Что представляют собой международные расчетные отношения?
4. Как можно определить право международного оборота ценных бумаг?
5. Что представляют собой международное вексельное право?
6. Что представляют собой международное чековое право?
7. Какие особенности имеет коллизионное регулирование в международном частном валютном праве?

¹ Княжевская А. Б. Определение применимого права при использовании независимых гарантий и резервных аккредитивов // Право: теория и практика. 2003. № 14.

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- понятие и особенности интеллектуальной собственности;
- специфику авторских и смежных прав в международном частном праве;
- специфику права промышленной собственности в международном частном праве;
- коллизийное регулирование прав интеллектуальной собственности;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

10.1. Понятие и особенности интеллектуальной собственности

Термин «интеллектуальная собственность» впервые появился во французском законодательстве конца XVIII в. В это время господствовала теория естественного права, суть которой — все произведенное человеком, материальные объекты или результаты творческого труда является его собственностью. Считалось, что патент или

исключительное право на использование произведения представляют собой договор между обществом и изобретателем (автором): общество защищает правообладателя, гарантируя ему вознаграждение за обнародование произведения искусства и соглашаясь обеспечивать его беспрепятственное и монопольное использование.

Право создателя любого творческого результата является его неотъемлемым, «природным» правом, возникает из природы творческой деятельности и существует независимо от признания этого права государственной властью. Возникающее у автора право на достигнутый им результат рассматривалось как аналогичное праву собственности, возникающему у лица, трудом которого создана материальная вещь.

Французские законы 1791 и 1793 гг. гарантировали защиту всех форм творчества (литературного, драматического, музыкального, изобразительного) при воспроизведении всеми известными тогда методами. В Патентном законе 1791 г. говорилось, что «всякая новая идея, провозглашение и осуществление которой может быть полезным для общества, принадлежит тому, кто ее создал, и было бы ограничением прав человека не рассматривать новое промышленное изобретение как собственность его творца»¹. В XIX в. французское авторское право послужило моделью для остальных стран континентальной Европы.

На международно-правовом уровне понятие «интеллектуальная собственность» закреплено в Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (1967) (ст. 2): «Интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к:

- литературным, художественным и научным произведениям;
- исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам;
- изобретениям во всех областях человеческой деятельности;
- научным открытиям;
- промышленным образцам;
- товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;
- защите против недобросовестной конкуренции;
- а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях».

Интеллектуальная собственность подразделяется на две категории: промышленная собственность (изобретения (патенты), товарные знаки, промышленные образцы и географические указания

¹ Близнец И. А. Интеллектуальная собственность и закон. Теоретические вопросы. М., 2001.

места происхождения), авторское право (литературные и художественные произведения, музыкальные произведения, произведения изобразительного искусства, архитектурные сооружения). Смежные права включают права артистов-исполнителей на их исполнения, права производителей фонограмм на их записи и права вещательных организаций на их радио- и телевизионные программы.

Для урегулирования отношений, связанных с интеллектуальной собственностью, используется авторское и патентное законодательство, законодательство по защите от недобросовестной конкуренции. Объекты права интеллектуальной собственности — все права, относящиеся к изобретениям, открытиям, промышленным образцам, товарным знакам, фирменным наименованиям; защита против недобросовестной конкуренции; права на литературные, художественные и научные произведения; другие права, связанные с интеллектуальной деятельностью.

Объекты права интеллектуальной собственности представляют собой бестелесные, нематериальные вещи. Необходимо проводить разграничение между разными видами бестелесных вещей — правами требования и объектами права интеллектуальной собственности. Источник прав требования — обязательство, и его неисполнение влечет за собой возможность требовать совершения определенных действий. Источник права интеллектуальной собственности — непосредственная интеллектуальная деятельность. Основным видом прав на интеллектуальную собственность являются «исключительные права», имеющие особый правовой статус.

Существуют две основные ветви исключительных прав, которым присущи свои системы охраны: форма как результат творческой деятельности (охраняется авторским правом) и существо творческой деятельности (охраняется правом промышленной собственности). Соответственно действуют две системы охраны: фактологическая (авторское право — возникает в силу факта создания произведения) и регистрационная (право промышленной собственности — специальные действия по обособлению результата). Установилась третья система охраны результатов интеллектуальной деятельности, относящаяся к секретам производства (ноу-хау). Охрана распространяется на содержание объекта, но осуществляется без регистрации. «В рамках фактологической системы охраны существует «факторегистрационная» подсистема (охрана компьютерных программ)»¹.

Право интеллектуальной собственности имеет территориальный характер, оно возникает, признается и защищается только на территории того государства, где создано произведение, зарегистрировано изобретение или открыт секрет производства (в праве промышлен-

¹ Звеков В. П. Международное частное право : учебник. М., 2004.

ной собственности территориальный характер проявляется более рельефно, чем в авторском). В одном из решений Верховного суда США отмечается, что «защита авторских прав носит территориальный характер. Права, дарованные Законом США об авторском праве, не распространяются далее границ государства».

Принцип территориальности — одно из основополагающих начал права интеллектуальной собственности. Международные договоры в области охраны интеллектуальной собственности придерживаются принципа территориальности (Парижская конвенция по охране промышленной собственности (1883), Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений (1886)). Международные соглашения одновременно являются единственным способом преодоления территориального характера права интеллектуальной собственности. Договоры о взаимном признании и защите прав на результаты творческой деятельности декларируют признание и защиту прав интеллектуальной собственности, возникших в иностранном государстве на основе иностранного закона.

Важную роль в становлении международного права интеллектуальной собственности сыграло заключение Стокгольмской конвенции 1967 г., в соответствии с которой была учреждена ВОИС — единый центр международного сотрудничества в области охраны интеллектуальной собственности, он имеет статус специализированного учреждения ООН.

Интеллектуальная собственность имеет двойственную сущность — она одновременно является и результатом творческой деятельности, и товаром (это проявляется в делении прав автора на имущественные и неимущественные). Двойственная сущность прав интеллектуальной собственности — причина того, что данная сфера регулируется как законодательством об авторском праве и праве промышленной собственности, так и правилами международной торговли. Эта специфика послужила причиной принятия в рамках ВТО Марракешского соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (1994) (ТРИПС/TRIPS).

Соглашение ТРИПС — это свод правил по торговле и инвестициям в идеи и творческую деятельность, в котором оговаривается, как интеллектуальная собственность должна быть защищена в процессе осуществления торговых операций. Под «интеллектуальной собственностью» понимаются авторские права, торговые марки, географические названия, используемые для наименования товаров, промышленные образцы (дизайны), топологии интегральных микросхем и нераскрытая информация, например, торговые секреты.

Соглашение ТРИПС одновременно выполняет несколько функций. Оно является своего рода «зонтичным» или «рамочным» междуна-

родным договором, определяя и регулируя взаимоотношения между государствами в связи с обязательностью для них четырех других международных договоров: (1) Парижской конвенции, (2) Бернской конвенции, (3) Римской конвенции и (4) Вашингтонского договора. Главное обязательство, которое налагает ТРИПС, — обязанность обеспечить предоставление национального режима с отдельными возможными изъятиями, указанными в ТРИПС. Допускается предоставление более высокого уровня правовой охраны.

Соглашение ТРИПС устанавливает целый ряд материальных норм, дополняющих и корректирующих положения названных четырех международных договоров. Этому посвящена основная часть Соглашения ТРИПС — часть II «Стандарты в отношении наличия, объема и использования прав интеллектуальной собственности» (ст. 9—40). ТРИПС содержит целый ряд норм публично-правового характера (процессуальных, таможенных), направленных на создание режима, обеспечивающего выполнение норм этого Соглашения и находящихся под его «зонтиком» других международных договоров¹.

10.2. Право интеллектуальной собственности в Российской Федерации

В Российской Федерации произведена кодификация права интеллектуальной собственности — нормы об авторском праве, смежных правах, о патентном праве, праве на товарные знаки, другие результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации составляют часть четвертую «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» ГК РФ. В доктрине подчеркивается, что поскольку законодательство о праве интеллектуальной собственности «регулирует имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, нет сомнения в том, что это законодательство является частью гражданского законодательства»².

Статья 1225 ГК РФ устанавливает перечень охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации и подчеркивает, что интеллектуальная собственность охраняется законом. Сфера действия ст. 1225 — объекты авторского права,

¹ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского / СПС КонсультантПлюс.

² Гаврилов Э. П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая / Э. П. Гаврилов, О. А. Городов, С. П. Гришаев. М., 2007.

смежных прав, промышленные образцы. На результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право (являющееся имущественным), личные неимущественные и иные права (право следования, право доступа и др.). Интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель, в котором выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации.

На территории РФ действуют исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, установленные международными договорами РФ и ГК РФ (ст. 1231). С точки зрения МЧП эта норма имеет наиболее важное значение. Даже те объекты, которые охраняются в России на основе обязательной государственной регистрации, могут получать охрану без такой регистрации, если это предусмотрено международным договором РФ.

Если исключительные интеллектуальные права признаны на основании международного договора, содержание таких прав, их действие, ограничения, порядок осуществления и защиты определяются российским законом независимо от положений законодательства страны возникновения исключительных прав (п. 2 ст. 1231). Норма имеет диспозитивный характер — международным договором или ГК РФ может быть предусмотрено иное.

Если произведение должно охраняться на территории РФ в соответствии с международным договором, такая охрана распространяется на произведение, которое отвечает одновременно двум условиям:

- произведение либо охраняется в стране своего происхождения, либо отсутствие такой охраны не является следствием истечения срока действия исключительного права на произведение;

- если бы это произведение охранялось в Российской Федерации в соответствии с ее законодательством, то в отношении его еще не истек бы срок действия исключительного права.

Страной происхождения для обнародованных произведений является страна, где произведение было впервые обнародовано, для необнародованных произведений — страна гражданства автора или страна, где произведение находится в объективной форме (по выбору автора). Автор произведения или иной первоначальный правообладатель определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения авторских прав (п. 3 ст. 1256).

В соответствии с п. 1 ст. 1256 действие исключительного права на произведения науки, литературы и искусства на территории РФ распространяется:

- на произведения, обнародованные на территории РФ или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме на территории РФ, и признаются за авторами независимо от их гражданства;

- на произведения, обнародованные за пределами территории РФ или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме за пределами территории РФ, и признаются за авторами — гражданами России;

- на произведения, обнародованные за пределами территории РФ или необнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме за пределами территории РФ, и признаются на территории РФ за авторами — гражданами других государств и лицами без гражданства в соответствии с международными договорами РФ.

Таким образом, исключительное право на территории РФ предоставляется тому произведению, которое отвечает хотя бы одному критерию охраны — критерию гражданства или критерию места первого обнародования. Под гражданством автора имеется в виду гражданство, которое автор имеет на момент создания произведения, а если произведение было обнародовано — на момент обнародования произведения. Последующее изменение гражданства не меняет правового статуса произведения. В соответствии с критерием гражданства произведениям российских граждан исключительное право предоставляется всегда, а произведениям иностранных лиц — только в тех случаях, когда они подпадают под действие международных договоров РФ. Если произведение создано иностранным гражданином и не подпадает под действие международного договора РФ, исключительное право на него в России не возникает.

В соответствии с критерием места первого обнародования произведения на те произведения, которые были впервые обнародованы в России, всегда возникают исключительные права. На те произведения, которые были впервые обнародованы за рубежом, исключительные права возникают в случаях, предусмотренных в международных договорах РФ. На произведение, впервые обнародованное за рубежом и не подпадающее под действие международного договора РФ, исключительное право в Российской Федерации не возникает¹. При предоставлении охраны произведениям на основании международного договора срок действия исключительного права на эти произведения на территории РФ не может превышать срок действия исключительного права, установленного в стране происхождения произведения.

¹ Гаврилов Э. П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая / Э. П. Гаврилов, О. А. Городов, С. П. Гришаев. М., 2007.

Исключительное право изготовителя базы данных — иностранного гражданина или иностранного юридического лица — действует на территории РФ и на основе материальной взаимности: при условии, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется на его территории охрана исключительному праву изготовителя базы данных — гражданину России или российскому юридическому лицу (ст. 1336). Исключительные права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы признаются, если они удостоверены патентами, имеющими силу на территории РФ в соответствии с международными договорами (ст. 1346).

Личные неимущественные и иные интеллектуальные права, не являющиеся исключительными, признаются за иностранными гражданами, иностранными юридическими лицами и апатридами и действуют на территории РФ независимо от наличия международного договора, если иное не предусмотрено федеральным законом.

В отечественной доктрине высказывается мнение, что четвертая часть ГК РФ занимает отличное от других его частей место¹:

1) большинство норм ГК РФ об интеллектуальных правах имеют иную сферу действия в пространстве, чем нормы других отраслей гражданского права, соответственно, эти нормы ГК РФ по-иному соотносятся с нормами иностранного права, регулирующими такие же отношения по поводу прав на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации;

2) в нормах части четвертой ГК РФ учтено и воспроизведено значительное число норм международных договоров о правовой охране интеллектуальной собственности с участием России (в некоторых случаях — и договоров, в которых Россия пока не участвует). Приблизительно до трети общего объема разд. VII ГК РФ составляют нормы, имплементируемые из международных договоров в сфере интеллектуальных прав.

Наиболее общие и принципиальные правила о сфере действия норм части четвертой ГК РФ помещены в ст. 1231. Эта норма вместе с рядом основанных на ее положениях других статей Кодекса образует систему правил, определяющих сферу действия в пространстве норм разд. VII ГК РФ о правах на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации. В эту систему кроме ст. 1231 входят нормы о действии на территории РФ исключительных прав:

- на произведения науки, литературы и искусства (ст. 1256);
- на исполнение (ст. 1321);
- на фонограмму (ст. 1328);

¹ Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского / СПС КонсультантПлюс.

- на сообщение радио- или телепередачи (ст. 1332);
- изготовителя базы данных (ст. 1336);
- публикатора на произведение (ст. 1341);
- на изобретения, полезные модели и промышленные образцы (ст. 1346);
- на селекционные достижения (ст. 1409);
- на фирменное наименование (ст. 1475);
- на товарный знак (ст. 1479);
- использования наименования места происхождения товара (ст. 1517);
- на коммерческое обозначение (ст. 1540).

Территориальный характер интеллектуальных прав сохраняет значение как ведущий принцип, на котором основано определение сферы действия норм ГК РФ об исключительных правах.

В отношении интеллектуальных прав, не являющихся исключительными, действует общая норма ГК РФ, 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). Это означает, что принцип национального режима действует в отношении всех интеллектуальных прав, кроме исключительных, без каких-либо ограничений и изъятий для всех иностранных лиц.

10.3. Авторские и смежные права в международном частном праве

Авторское право можно определить как совокупность правовых норм, регулирующих порядок использования произведений литературы, науки и искусства. Объекты авторского права:

- литературные произведения (включая компьютерные программы и базы данных);
- драматические и музыкально-драматические произведения, сценарные произведения;
- хореографические произведения и пантомимы;
- музыкальные произведения;
- аудиовизуальные произведения (кино-, теле- и видеопроизведения);
- произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, произведения изобразительного искусства;
- произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства;
- произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства;

— фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии;

— географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и к другим наукам;

— производные произведения (переводы, обработки, аннотации, рефераты, резюме, обзоры, инсценировки, аранжировки);

— сборники (энциклопедии, антологии) и другие составные произведения, представляющие собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда.

К объектам авторского права относятся «смежные права» (родственные, аналогичные) — права артистов-исполнителей, производителей фонограмм, вещательных организаций. Перечень объектов авторского права имеет открытый характер.

Авторское право, возникшее на территории одного государства в соответствии с его законодательством, действует только в пределах данного государства и не действует за пределами его юрисдикции. В этом с точки зрения МЧП заключается основное отличие авторского права от других видов гражданских прав.

Если литературное произведение, изданное в одном государстве, переиздается в другом без согласия автора, автор не вправе заявлять претензии по поводу нарушения своего субъективного права. Переиздание произведения за границей не нарушает субъективных прав автора, поскольку эти права имеют территориальные рамки. Чтобы субъективные авторские права, возникшие по закону одного государства, получили признание и защиту на территории других государств, необходимо заключение международного соглашения о взаимном признании и защите авторских прав. Такие соглашения являются основой для признания иностранного авторского права.

Международные договоры обеспечивают признание и защиту субъективных авторских прав, возникших на основе иностранного закона, но не их наличие на территории данного государства. Для того чтобы автор мог претендовать на наличие у него авторского права за границей, его произведение должно быть опубликовано (обнародовано) в соответствующем государстве. Субъективные авторские права на территории любого государства возникают на основе местного законодательства.

Особенность авторских прав — их деление на «исключительные» и «неисключительные». Исключительные права имеют как личный неимущественный, так и имущественный характер. Особый интерес представляют исключительные личные неимущественные авторские права:

— право признаваться автором произведения (право авторства);

- право использовать или разрешать использовать произведение под подлинным именем автора, псевдонимом либо анонимно (право на имя);

- право обнародовать или разрешать обнародовать произведение в любой форме (право на обнародование);

- право на отзыв произведения;

- право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора (право на защиту репутации автора).

Исключительные личные неимущественные права принадлежат автору независимо от его имущественных прав и сохраняются за ним в случае уступки исключительных прав на использование произведения.

Исключительные имущественные права — это права автора на осуществление или разрешение действий по использованию произведения в любой форме и любым способом, а именно право: на воспроизведение, на распространение, на импорт, на публичный показ, на публичное исполнение, на передачу в эфир, на сообщение для всеобщего сведения по кабелю, на перевод, на переработку, на доведение до всеобщего сведения.

Имущественные права могут передаваться третьим лицам по авторскому договору, предмет которого — совокупность имущественных прав на произведение.

Авторское право действует в течение всей жизни автора и в течение определенного национальным законодательством срока после его смерти. По истечении этого срока произведения переходят в общественное достояние. Право авторства, право на имя, право на защиту репутации автора охраняются бессрочно.

Смежные права близки авторскому праву и являются производными от него. К ним относятся: права исполнителей; права производителей фонограмм; права организаций эфирного и кабельного вещания.

Авторское право распространяется на любые компьютерные программы и базы данных, выпущенные и не выпущенные в свет, представленные в объективной форме независимо от их материального носителя и являющиеся результатом творческой деятельности автора. Это объекты авторского права, но их охрана в основном осуществляется в рамках патентного законодательства, т.е. имеет факторегистрационный характер.

Территориальный характер авторских прав предопределяет национальность произведения, которая не зависит от национальности автора, а определяется местом создания произведения. По общему

правилу иностранцы в сфере авторского права пользуются национальным режимом — если произведение автора-иностранца было обнародовано на территории данного государства, за таким автором обычно признаются все права, которые вытекают из местного законодательства. Предоставление национального режима непосредственно связано с международно-правовыми соглашениями данного государства: «Авторские права и права на промышленную собственность иностранных физических и юридических лиц пользуются на территории Румынии защитой в соответствии с румынским правом и международными соглашениями, участницей которых является Румыния» (ст. 63 Закона о МЧП Румынии).

Господствующий принцип авторского права — охрана произведений вне зависимости от соблюдения формальностей. В законодательстве подавляющего большинства государств закрепляется, что авторское право возникает в силу факта создания произведения в объективной форме. В отдельных странах для признания произведения охраняемым необходимы его регистрация, нотариальное удостоверение, оговорка о сохранении авторского права или соблюдение иных обязательных процедур (Испания, Боливия, Колумбия).

10.4. Международная охрана авторских и смежных прав

Территориальный характер авторского права является серьезным препятствием для международного сотрудничества в области обмена результатами творческой деятельности. Необходимость международно-правовой защиты авторских прав и их признание на территории других государств стала очевидной более 100 лет назад. Унификация авторского права началась в XIX в. — *Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений* (1886, ред. 1971). Государства-участники основали Бернский союз для охраны прав авторов на их литературные и художественные произведения (его административные функции выполняет ВОИС). Россия присоединилась к Бернской конвенции в 1995 г. Основа Конвенции — материально-правовые нормы об охраняемых произведениях и их авторах. Коллизионное регулирование предполагает применение права страны, где испрашивается охрана авторских прав, или закона суда.

При определении субъектов охраны в Бернской конвенции используется территориальный принцип охраны, — предпочтение имеет страна происхождения произведения (страна первого опубликования). Решающим признаком является не национальность (гражданство) автора, а национальность произведения, однако

в отдельных случаях учитывается и национальность автора. Авторы из стран — членов Союза пользуются в других странах Союза (кроме страны происхождения произведения) в отношении своих произведений правами, которыми в этих странах пользуются их собственные граждане (т.е. национальным режимом), а также правами, специально оговоренными в Конвенции. Такая же охрана предоставляется авторам — гражданам государств, не входящих в Союз, если их произведения опубликованы в одной из стран Союза. Охрана неопубликованных произведений предоставляется только гражданам государств — членов Союза. Таким образом, Конвенция устанавливает различные условия охраны опубликованных и неопубликованных произведений.

Максимальный срок охраны авторских прав составляет все время жизни автора и 50 лет после его смерти. Возможно увеличение сроков охраны в соответствии с национальным законодательством. В случае возникновения спора о сроках охраны применяется право государства первой публикации произведения. На переводы, фотографии, кинофильмы и другие объекты сроки охраны снижены.

Конвенция предусматривает две группы авторских прав:

1) личные имущественные и неимущественные права, установленные национальным законодательством государства, в котором испрашивается требование об охране;

2) специальные права: исключительное право автора на перевод своего произведения, на его воспроизведение и публичное исполнение, передачу по телевидению и радио, переделку, магнитную запись и т.д. Предусмотрено ограничение права автора на перевод — автор утрачивает исключительное право на перевод, если он в течение 10 лет не воспользовался этим правом.

Отличительные особенности Бернской конвенции — существенные ограничения свободного использования произведений, наличие ряда формальностей по регистрации произведений, обратная сила действия положений Конвенции (однако каждое государство само определяет применение на своей территории этого начала). Объекты охраны — права автора на все произведения в области литературы, науки и искусства, выраженные любым способом и в любой форме. Конвенция устанавливает примерный (не исчерпывающий) перечень видов таких произведений.

С точки зрения формальных условий охраны авторских прав на произведение Бернская конвенция придерживается концепции европейского права, выраженной в национальном законодательстве большинства европейских стран, — возникновение охраняемых авторских прав не связано с выполнением каких-либо формальностей. Право собственности на нематериальную вещь возникает в силу факта создания произведения.

Объем авторских прав определяется законом того государства, где испрашивается охрана. Автору предоставляется национальный режим и специальные права, предусмотренные в Бернской конвенции. Объем охраняемых прав не зависит от охраны произведения в стране его происхождения. Это относится и к материальным правам, и к судебной защите. Право на судебную защиту основано на принципе национального режима.

Бернская конвенция представляет собой высокий международный стандарт охраны авторских прав, поэтому ее многие положения являются неприемлемыми для развивающихся государств. Этим государствам экономически невыгодно присоединение к Конвенции, поскольку для них практически недостижим такой высокий уровень охраны авторских прав на перевод и другие способы использования иностранных произведений. В настоящее время развивающиеся государства настаивают на ревизии норм Бернской конвенции, отмене исключительных прав автора на перевод и безгонорарном опубликовании в этих государствах лучших произведений литературы и науки. Данная позиция не соответствует интересам развитых стран.

В 1952 г. была принята *Всемирная конвенция об авторском праве* (1952). В Преамбуле Конвенции подчеркивается, что ее цель — дополнить действующие нормы международного авторского права, но не заменить или нарушить их. Всемирная конвенция содержит большое количество отсылок к национальному законодательству, меньший объем материально-правовых предписаний, чем Бернская. В настоящее время Всемирная конвенция в значительной степени потеряла свое значение, поскольку практически все государства-участники подписали Бернскую конвенцию.

В 1996 г. Женевская дипломатическая конференция приняла новый универсальный договор — *Договор ВОИС по авторскому праву*. Этот Договор установил принципиально иной, более высокий уровень охраны объектов авторского права: правовая охрана авторских прав прямо связана со стимулированием литературного и художественного творчества. Охрана распространяется не только на форму выражения произведения, но и на идеи и процессы. Объекты охраны — компьютерные программы, компиляции данных или другой информации как результат интеллектуальной деятельности, «информация об управлении правами», приложенная к произведению. Особо подчеркивается необходимость выработки современных международных правил охраны авторских прав и сохранения баланса прав авторов и интересов общества в области доступа к информации. В соответствии с Договором созданы специальная Ассамблея и Международное бюро ВОИС.

Особое место среди универсальных международных договоров занимает *Мадридская конвенция об избежании двойного налогообложения выплат авторского вознаграждения* (1979), которая предусматривает запрет двойного налогообложения как авторских, так и смежных прав.

Среди региональных соглашений о международно-правовой охране авторских прав следует отметить Межамериканскую конвенцию по охране авторских прав (1946), регламенты и директивы Европейского совета (директива Совета ЕС о правовой охране компьютерных программ 1991 г.).

Выделение из авторского права смежных (аналогичных, родственных) прав и установление их самостоятельной защиты связано с распространением «интеллектуального пиратства» (вторичное использование произведения без согласия автора и исполнителя, незаконное копирование и реализация фонограмм). Основные формы охраны смежных прав — право их субъектов разрешать или запрещать вторичное воспроизведение результатов их творческой деятельности.

Римская конвенция по охране прав исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций (1961) обеспечивает охрану прав исполнителей на их исполнения, фонограммы производителей фонограмм и передачи вещательных организаций. Конвенция основана на принципе национального режима, который предоставляется по законодательству страны, где испрашивается охрана. Римская конвенция установила минимальный уровень охраны смежных прав. Конвенция не имеет обратной силы. Минимальный срок охраны — 20 лет (государства вправе устанавливать более длительные сроки охраны). Все выпущенные или предназначенные для продажи экземпляры фонограмм должны иметь международный знак охраны смежных прав.

Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (1971) существенно обновила и дополнила Римскую конвенцию путем предоставления производителям фонограмм особого режима, охраны в рамках антимонопольного законодательства и уголовно-правовой защиты. Фонограмма определяется как любая исключительная запись звуков. Конвенция не имеет обратной силы и поэтому не распространяется на фонограммы, которые были сделаны на территории государства до ее вступления в силу. Государства-участники Женевской конвенции отказались от предоставления иностранцам национального режима. Критерий выбора применимого права — законодательство государства гражданства производителя фоно-

грамм. Все правовые формы охраны отнесены к компетенции государств-участников.

Брюссельская конвенция об охране сигналов, несущих теле- и радиопрограмм, передаваемых через спутники (1974) (открыта для подписания не только членам ВОИС, но и всем членам ООН). Цель Конвенции — выработка такой международно-правовой системы, которая способствовала бы использованию спутниковой связи и одновременно охраняла бы права авторов и субъектов смежных прав. В Брюссельской конвенции нет специальных правил по предупреждению актов «интеллектуального пиратства» и наказанию за их совершение. Такие правила устанавливаются на национальном уровне государствами-участниками.

Брюссельская конвенция практически не содержит норм материального характера, а только обязывает страны-участницы принять адекватные меры, обеспечивающие на законодательном и правоприменительном уровнях охрану интересов производителей фонограмм от производства копий фонограмм без согласия производителя, от ввоза таких копий из-за границы и от их распространения среди публики. Страны-участницы взяли на себя обязательство принять меры по предотвращению на своей (со своей) территории передачи любого несущего программы сигнала любым органом, для которого этот сигнал не предназначается.

Договор ВОИС по исполнению и фонограммам (1996) (открыт для подписания только членам ВОИС). Договор не влияет на обязательства государств по другим конвенциям об охране смежных прав, не затрагивает права авторов и распространяется только на исполнителей и производителей фонограмм. Срок охраны смежных прав — 50 лет; значительно расширен круг исключительных прав. Договор основан на принципе национального режима охраны: каждое государство-участник предоставляет гражданам других государств такой же режим, какой они предоставляют своим собственным гражданам в отношении перечисленных в Договоре исключительных прав исполнителей и производителей фонограмм.

Исполнители наделяются исключительными правами в отношении своих исполнений:

- 1) запрещать или разрешать эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения незаписанных исполнений;
- 2) запрещать или разрешать запись своих незаписанных исполнений;
- 3) запрещать или разрешать прямое или косвенное воспроизведение своих исполнений, записанных на фонограммы;
- 4) запрещать или разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих фонограмм посредством продажи или иной передачи права собственности.

Производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать:

- 1) прямое или косвенное воспроизведение своих фонограмм любым способом и в любой форме;
- 2) доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих фонограмм посредством продажи или иной передачи права собственности, а также по проводам или средствам беспроводной связи;
- 3) коммерческий прокат оригинала и экземпляров своей фонограммы для публички даже после их распространения, осуществленного производителем или по его разрешению.

10.5. Защита авторских и смежных прав в сети Интернет

Интернет имеет трансграничный характер, который невозможно примирить с территориальным характером прав интеллектуальной собственности. Большинство проблем связано с «внетерриториальным» использованием объектов права интеллектуальной собственности при сохранении их территориального характера. Сайт в Интернете доступен для всех пользователей Сети, независимо от их географического положения.

Совершенствование правовых норм в отношении охраны интеллектуальной собственности, введение ограничений на пользование этой информацией, взимание платы за пользование может привести к тому, что Интернет из «общемировой энциклопедии» превратится в коммерческую сеть с узким кругом пользователей. Такое положение вещей называют «цифровой дилеммой».

Современное законодательство по охране авторских и смежных прав в Интернете основано на концепции возможности эффективной охраны прав интеллектуальной собственности в цифровой среде без коренного изменения позитивного авторского права. В настоящее время большая часть информации, размещаемой в Интернете, охраняется авторским правом и смежными правами. Основные объекты охраны — компьютерные программы и базы данных.

Защита компьютерных программ по законодательству об авторском праве была установлена в 1972 г. на Филиппинах. В США в 1980 г. принят закон, предусматривающий охрану компьютерных программ авторским правом. Аналогичные законы действуют в Венгрии, Индии, Великобритании, Франции, Японии. В других странах считается, что компьютерные программы находятся под охраной, для которой не требуется изменения законодательства

об авторском праве, так как перечень охраняемых произведений не носит исчерпывающего характера.

В 1978 г. ВОИС одобрила Типовые положения по охране программного обеспечения вычислительных машин. В 1991 г. была принята Директива Совета ЕЭС, регулирующая правовую охрану программного обеспечения.

Понятие «компьютерная программа» охватывает «подготовительные материалы, полученные в ходе ее разработки, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения». Таким образом, охране подлежат нелитеральные компоненты программы — аудиовизуальные отображения, т.е. последовательность, структура и организация программы, выводящиеся на экран (пользовательский интерфейс).

Помимо исходного текста, объектного кода и аудиовизуальных отображений компьютерной программы, правовой охране подлежат элементы, традиционно охраняемые авторским правом: название произведения и подготовительные материалы. Название программы охраняется, если оно оригинально и отражает творческую самостоятельность автора. Название компьютерной программы часто защищается правообладателем путем ее регистрации в качестве товарного знака.

Остальные элементы компьютерных программ являются неохраняемыми. Важнейший из них — алгоритм компьютерной программы, т.е. сжатым образом зафиксированная идея, по которой должен работать компьютер. Алгоритм — основной структурный компонент программы. Однако правовая охрана не распространяется на идеи и принципы, лежащие в основе компьютерных программ или баз данных. Охране подлежит конкретная реализация алгоритма в виде конкретной программы.

База данных — это объективная форма представления и организации совокупности данных, систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью компьютера. В большинстве стран базы данных традиционно охраняются авторским правом как разновидность сборников (произведений, в которых осуществлена подборка материала по определенным критериям и определенным образом произведена организация материала). Авторским правом база данных защищается, только если она была создана творческим трудом.

В 1996 г. в ЕС принята Директива о правовой охране баз данных, предусматривающая защиту баз данных авторским правом и средствами института защиты *sui generis*. Объекты защиты — базы данных, подобранные и организованные самостоятельным интеллектуальным трудом автора, и произведения, входящие в состав баз

данных. Критерий «авторского собственного интеллектуального труда» — «оригинальность» произведения.

Защита *sui generis* предоставляется базам данных, созданным нетворческим трудом, если в их подбор, удостоверение и представление сделаны качественные и количественные инвестиции.

Базы данных, созданные творческим трудом, охраняются в ЕС национальным авторским правом на основании критериев охраноспособности, установленных в Директиве. Институт *sui generis* в некоторых государствах применяется непосредственно, а в некоторых только определяет условия охраноспособности баз данных.

В США базы данных защищаются авторским правом, институтом коммерческой тайны, контрактным правом, нормами о защите от недобросовестной конкуренции и неосновательного обогащения.

Правовая потребность охраны интеллектуальной собственности в Интернете привела к принятию в рамках ВОИС международных соглашений, учитывающих влияние информационных технологий на охрану авторских и смежных прав: Договор ВОИС по авторскому праву (1996) (ДАП) и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (1996) (ДИФ). Данные Договоры — своеобразный ориентир для разработки правовых норм по охране авторских и смежных прав в Интернете. В доктрине эти соглашения называют «Договоры ВОИС по Интернету».

Нормы, содержащиеся в Договорах ВОИС, можно подразделить на группы:

- охрана новых объектов авторского права (компьютерных программ и баз данных);
- предоставление дополнительных прав (право на распространение, право проката) авторам и обладателям смежных прав;
- охрана авторских и смежных прав в цифровых сетях.

В большинстве государств право на распространение относится только к распространению материальных копий произведения. Кроме того, к праву на распространение применяется доктрина исчерпания прав — если экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот, допускается их дальнейшее отчуждение без согласия автора и выплаты авторского вознаграждения.

Договоры ВОИС исходят из неприменимости права на распространение в цифровой среде, указывая на то, что данное право применяется только в отношении материальных, «осязаемых» объектов. Невозможность применения права на распространение в цифровой среде подчеркивается в Директиве ЕС о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе (2001).

В ходе разработки Договоров ВОИС отмечалось, что невозможно запрашивать согласие автора на воспроизведение при каждом открытии страницы в Сети (при этом происходит копирование страницы в оперативную память компьютера). При передаче информации в Интернете происходит ее промежуточное копирование в памяти сервера, через который осуществляется выход индивидуального пользователя в Интернет. Если обязать владельца сервера запрашивать согласие правообладателя на промежуточное копирование, сервер будет вынужден прекратить работу, в результате чего окажется невозможным доступ пользователей к Сети.

В Договор ВОИС по авторскому праву не включены нормы, посвященные праву автора на воспроизведение в цифровых сетях. Стороны приняли Согласованное заявление к ст. 1(4) Договора: «Право на воспроизведение, установленное статьей 9 Бернской конвенции, а равно изъятия из указанного права, допустимые в соответствии с ней, полностью применимо в цифровой среде, в особенности в случае использования произведений в цифровой форме. Понимается, что хранение произведения в цифровой форме в электронном средстве сообщения представляет собой воспроизведение в соответствии со статьей 9 Бернской конвенции».

Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам предоставляет исполнителям и производителям фонограмм «исключительное право разрешать прямое или косвенное воспроизведение... любым способом и в любой форме». Договор по исполнениям и фонограммам не устанавливает специальных ограничений, применяемых в цифровой среде, а только указывает, что изъятия из охраны не должны противоречить нормальному использованию исполнений и фонограмм или необоснованно ущемлять законные интересы исполнителей и производителей фонограмм.

Договоры ВОИС — одни из первых нормативных правовых актов, предусматривающих правовую охрану технологических средств, т.е. любых технологий или устройств, предназначенных для предотвращения любых действий, которые не были разрешены правообладателем. Договоры установили обязательство государств-участников предусмотреть «правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технологических средств, используемых авторами в связи с осуществлением их прав по настоящему Договору или по Бернской конвенции, и ограничивающих в отношении их произведений действия, которые не разрешены авторами или не допускаются законом». Участвующие в Договорах страны обязуются закрепить в национальном законодательстве запрет на обход технологических средств, используемых правообладателями для охраны своих прав.

10.6. Специфика права промышленной собственности в международном частном праве

В доктрине для обозначения этого института МЧП употребляется различная терминология — изобретательское, патентное, лицензионное право, право промышленной собственности. Представляется, что термин «право промышленной собственности» можно использовать как родовое понятие, введенное Парижской конвенцией 1883 г. (п. 3 ст. 1): «Промышленная собственность понимается в самом широком смысле и распространяется не только на промышленность и торговлю в собственном смысле слова, но также и на области сельскохозяйственного производства и добывающей промышленности и на все продукты промышленного или природного происхождения, как, например: вино, зерно, табачный лист, фрукты, скот, ископаемые, минеральные воды, пиво, цветы, мука».

Объекты права промышленной собственности — научные открытия, изобретения, промышленные образцы, товарные знаки, фирменные наименования, знаки обслуживания, коммерческие обозначения, пресечение недобросовестной конкуренции, полезные модели, наименования мест происхождения товаров, торговые и производственные секреты (ноу-хау), все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности. Пограничное место занимают компьютерные программы, базы данных и топологии интегральных микросхем, которые считаются объектами авторского права, но охраняются в рамках патентного ведомства.

Право промышленной собственности охраняет идею, замысел изобретения независимо от формы реализации этих идей. Особенность права промышленной собственности — специфические формы охраны путем выдачи государственных охранных документов.

Территориальный характер права промышленной собственности проявляется более отчетливо, чем в авторском праве. Субъективное право на промышленную собственность возникает по волеизъявлению государства, направленного на охрану прав изобретателя посредством выдачи охранного документа (патент, авторское свидетельство, регистрация товарного знака). Выдача охранного документа представляет собой акт государственной власти и создает субъективные права, действующие на территории данного государства. В других государствах эти права законом не охраняются, изобретение может свободно использоваться другими лицами.

К объектам права промышленной собственности предъявляются различные требования: новизны, полезности (в некоторых странах), приоритета. Предложенное решение должно быть новым, неизвест-

ным в мире (мировая новизна) или в данной стране (локальная новизна).

Большинство государств предоставляет иностранцам национальный режим в сфере охраны прав на промышленную собственность: «Права на промышленную собственность иностранного физического или юридического лица в отношении объектов прав на промышленную собственность, по поводу которых свидетельство о защите было выдано государством... Вьетнам, защищаются в соответствии с законодательством Республики Вьетнам и международными договорами, которые Вьетнам подписал или к которым присоединился» (ст. 837 ГК Вьетнама). Однако принцип национального режима применяется далеко не во всех странах. Например, в патентном законодательстве Италии для национальных изобретателей установлены более длительные сроки охраны изобретений и льготный режим патентования.

В российском законодательстве закреплено общее правило — исключительные интеллектуальные права на объекты промышленной собственности, удостоверенные иностранными охранными документами, признаются на территории РФ в соответствии с международными договорами (например, ст. 1409, 1479 ГК РФ).

В рамках патентного права охраняются изобретения, полезные модели, промышленные образцы. *Изобретение* — это отвечающее критериям патентоспособности техническое решение, либо применение уже известных устройств по новому назначению. Патент устанавливает юридическую монополию на изобретение и обеспечивает его обладателю исключительные права на использование изобретения. Охрана промышленных образцов также осуществляется при помощи выдачи патента на *промышленный образец*, аналогичного патенту на изобретение. *Промышленный образец* — это художественно-конструкторское решение, определяющее внешний вид изделия.

Объекты средств индивидуализации юридического лица и продукции:

- средства индивидуализации продукции (товарные знаки, знаки обслуживания, указания происхождения, наименования места происхождения товаров);

- средства индивидуализации юридических лиц (фирменные наименования).

Товарный знак и знак обслуживания — это обозначения, служащие для индивидуализации товаров, работ или услуг. Отличие знака обслуживания от товарного знака — вместо товаров индивидуализирует услуги.

Товарный знак служит средством индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции. Основание

правовой охраны товарного знака — свидетельство, выдаваемое патентным ведомством. Свидетельство подтверждает приоритет знака и исключительные права его обладателя. Приоритет товарного знака устанавливается по дате подачи первой заявки в патентное ведомство любого государства — участника Парижского союза.

Классификация товарных знаков:

- по форме выражения — словесные, изобразительные, объемные, звуковые, световые, обонятельные, комбинированные;
- по числу субъектов — индивидуальные и коллективные;
- по степени известности — общеизвестные и обычные.

Наименование места происхождения товара — это обозначение, содержащее наименование какого-либо географического объекта и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого определяются характерными для данного географического объекта признаками. Основание правовой охраны наименования места происхождения товара — его регистрация в патентном ведомстве.

Фирменное наименование представляет собой средство индивидуализации юридических лиц. Структура фирменного наименования:

- организационно-правовая форма юридического лица;
- собственно наименование.

Фирменное наименование должно быть новым и отличным от других, для того чтобы исключить смешение его правообладателя в хозяйственном обороте с иными организациями, осуществляющими аналогичную деятельность.

10.7. Международное регулирование права промышленной собственности

Основной способ преодоления территориального характера права промышленной собственности и его охраны за пределами государства возникновения — заключение международных соглашений. В унификации права промышленной собственности большую роль играют международные организации: Парижский союз, ВОИС, Международный центр патентной документации (ИНПАДОК).

Первый универсальный договор — *Парижская конвенция об охране промышленной собственности* (1883, ред. 1967). Государства — участники Конвенции образовали Парижский союз для защиты промышленной собственности. Цель Парижской конвенции — создание правовых условий для охраны исключительных прав в сфере промышленной собственности. Субъекты охраны — граждане и фирмы из государств — членов Парижского союза. Основной принцип — предоставление национального режима.

Парижская конвенция применяется к промышленной собственности в широком смысле, включая изобретения, знаки, промышленные образцы, полезные модели, фирменные наименования, географические указания (указания источника и наименования источника происхождения) и пресечение недобросовестной конкуренции.

Конвенция определяет промышленную собственность как часть интеллектуальной собственности. Подчеркивается своеобразие промышленной собственности: ее объекты — это бестелесные вещи, поэтому на первом месте стоит охрана идеи независимо от формы ее реализации. Парижская конвенция закрепляет принципы национального режима и конвенционного приоритета.

Институт конвенционного приоритета — одна из основных идей Парижской конвенции. Конвенционный приоритет означает, что лицо, подавшее заявку на изобретение в одном из государств — участников Союза, в течение 12 месяцев со дня подачи первой заявки пользуется для подачи заявки в других государствах — участниках Союза правом приоритета. В этих странах приоритет и новизна будут определяться не на день фактической подачи заявки в местное патентное ведомство, а на день подачи первой заявки. Конвенционный приоритет при патентовании промышленных образцов и регистрации товарных знаков действует в течение шести месяцев. Аналогичное положение содержится в российском законодательстве (п. 1 ст. 1382 ГК РФ).

Конвенция установила временную охрану некоторых объектов промышленной собственности на международных выставках. Нормы об экспонировании изобретений на международных выставках в странах-участницах закрепляют правило: экспонирование изобретения на выставке не препятствует его патентованию в этой стране (срок конвенционного приоритета исчисляется с момента помещения изделия на выставке).

Договор о патентной кооперации (г. Вашингтон, 19 июня 1970 г.) устанавливает порядок составления и подачи международной заявки на получение охранного документа. Договор предоставляет возможность испрашивать патентную охрану на изобретение одновременно в каждой стране путем подачи одной «международной» заявки. Заявка может быть подана любым лицом, которое является гражданином или проживает на территории договаривающегося государства. В российском законодательстве определен порядок патентования изобретения или полезной модели, созданных в России в соответствии с Договором о патентной кооперации (ст. 1395, 1396 ГК РФ).

В соответствии с *Мюнхенской конвенцией о выдаче европейских патентов* (1973) (участники — государства — члены ЕС) создана Европейская патентная организация и установлен единый европей-

ский патент, действующий во всех странах — участницах Конвенции. Любое лицо имеет возможность получить патент на изобретение, действующий в тех странах-участницах, в которых заявитель пожелает. «Европейский патент» по существу представляет собой «букет» национальных патентов.

Мадридская система международной регистрации знаков установлена Мадридской конвенцией о международной регистрации знаков (1891) и Протоколом к ней (1989). Данная Конвенция — основной международный договор, преодолевающий территориальный характер охраны товарных знаков. Она предусматривает охрану знаков во всех государствах-участниках без их регистрации в каждом государстве и содержит Международную классификацию товаров и услуг для регистрации знаков (МКТУ).

Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (1957) учреждает классификацию товаров и услуг в целях регистрации товарных знаков и знаков обслуживания. Венское соглашение, учреждающее Международную классификацию изобразительных элементов знаков (1973), закрепляет систему классификации знаков, которые состоят из изобразительных элементов или содержат их. Локарнское соглашение об учреждении Международной классификации промышленных образцов (1968) устанавливает классификацию промышленных образцов.

Лиссабонское соглашение об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации (1958) направлено на обеспечение охраны наименований мест происхождения. Система международного депонирования промышленных образцов регулируется Гаагским соглашением о международном депонировании промышленных образцов (1925).

Договор о патентном праве (PLT) (2000) направлен на гармонизацию и упрощение формальных процедур в отношении национальных и региональных патентных заявок и патентов. PLT предусматривает максимальный набор требований, которые может применять ведомство договаривающейся стороны: ведомство не может устанавливать какие-либо иные формальные требования в отношении вопросов, регулируемых Договором.

10.8. Защита объектов права промышленной собственности в сети Интернет

Объектами права промышленной собственности в Интернете выступают прежде всего средства индивидуализации — товарные знаки и фирменные наименования. Основные способы использования средств индивидуализации в Интернете:

1) использование знаков в Интернете обычным образом (реклама, продажа товаров и услуг) — путем их указания на Интернет-страницах правообладателей;

2) использование текстовых знаков или их различительных частей в качестве доменных наименований — адресов размещения информационных ресурсов в Интернете.

В 2001 г. ВОИС приняла рекомендацию по охране товарных знаков и иных прав на средства индивидуализации в сети Интернет. Цель рекомендации — адаптировать применение действующих законов о промышленной собственности к природе Интернета. Использование знака в Интернете представляет собой использование на территории государства-участника, если такое использование имеет коммерческие последствия в этом государстве (ст. 2). Концепция «коммерческих последствий» является ключевой для подхода к охране средств индивидуализации в Сети. Рекомендация не затрагивает случаи некоммерческого использования знаков.

Рекомендация ВОИС закрепляет открытый перечень обстоятельств, которые должны учитываться для установления факта использования как «имеющего коммерческие последствия на территории данного государства» (ст. 3):

— пользователь знака осуществляет коммерческую деятельность либо планирует такую деятельность в данном государстве в отношении товаров или услуг, для которых знак используется в Интернете;

— пользователь знака фактически обслуживает покупателей (поставляет товары или оказывает услуги), находящихся в государстве-участнике, либо поддерживает коммерческие отношения с лицами, находящимися в данном государстве;

— пользователь знака предлагает послепродажное обслуживание на территории государства-участника;

— пользователь в связи с использованием знака в Интернете объявил о территориальной дискламации знака (заявление об отказе от прав на знак в пределах определенной территории). Если на сайте, на котором использован знак, содержится обязательство не предоставлять товары или услуги в определенных государствах, то использование данного знака не может иметь коммерческие последствия в таких государствах.

Рекомендация ВОИС в качестве основного критерия «коммерческих последствий использования знака» определяет наличие какой-либо связи между предложением товаров или услуг и территорией определенного государства:

— возможность доставки предложенных товаров в государство или возможность оказания на его территории соответствующих услуг;

- обозначение цен в официальной валюте данного государства;
- указание пользователем знака адреса, номера телефона или иного способа связи в данном государстве;
- использование знака в связи с доменным наименованием, зарегистрированным Международной организацией по стандартизации в качестве наименования, отсылающего к определенному государству;
- совпадение языка текста, приводимого в связи с использованием знака, с языком, который преимущественно используется в данной стране;
- посещение места размещения знака в Интернете пользователями из данного государства;
- охрана права на данный знак по законам соответствующего государства.

Рекомендация ВОИС полностью приравнивает использование знака в Интернете к его «традиционному» использованию с точки зрения правовых последствий. «Привязка» использования знака в Интернете к конкретному государству имеет в виду создание аналога территориального принципа охраны в Сети.

Появление принципиально нового средства индивидуализации — доменного наименования (адрес в Интернете) привело к конфликтам между правами на традиционные средства индивидуализации и правами на доменные имена¹. Доменное имя — это способ идентификации компьютера, подключенного к Интернету. Оно представляет собой определенное словесное обозначение, заменяющее уникальный цифровой протокольный адрес, присваиваемый компьютеру, подключенному к Интернету².

Все информационное пространство Интернета подразделяется на домены первого уровня (ДПУ), в которых регистрируются домены второго уровня (ДВУ). ДВУ являются основным средством индивидуализации.

Домены первого уровня имеют целевое назначение. Это домены «.com» — для коммерческих целей, «.edu» — для образовательных учреждений, «.gov» — правительственные, «.int» — для международных межправительственных организаций, «.org» — для некоммерческих организаций, «.net» — для организаций по эксплуатации и обслуживанию Интернета. В настоящее время появились новые ДПУ, более четко разделенные в зависимости от специализации их обладателей — «.aero», «.biz», «.coop», «.info», «.museum», «.name»,

¹ Барановский П. Д. Международно-правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² Бреус С. Б. Защита авторских прав в Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

«.рго». Эти домены отличаются друг от друга по родам деятельности их обладателей; их принято именовать «родовые домены первого уровня».

Существуют ДПУ, предназначенные для использования лицами определенных государств. Они утверждены Международной организацией по стандартизации: «.us» — США, «.uk» — Великобритания, «.ru» — Россия, «.fr» — Франция. Это национальные домены первого уровня.

В одном ДПУ можно зарегистрировать один определенный ДВУ. Если ДВУ занят, невозможно зарегистрировать еще один домен с тем же наименованием в том же ДПУ (может существовать только один домен «kodak.com» или «kodak.ru»). Исключительность доменного наименования — регистрация доменного имени одним лицом исключает возможность регистрации такого же имени другим лицом. Исключительность доменных наименований имеет глобальный характер.

Доменные наименования — основное средство индивидуализации участников хозяйственного оборота в Интернете. Домены не нуждаются в государственной регистрации; при их регистрации не проверяется степень их смешения со средствами индивидуализации, права на которые принадлежат иным лицам; в отношении доменных наименований не применимо понятие «приоритет» (двух совершенно одинаковых доменов не может быть по определению).

Практика разрешения споров об использовании доменных наименований в Интернете демонстрирует два подхода:

1) приоритет прав на товарный знак (знак обслуживания, фирменное наименование) перед правом на доменное наименование (США). В споре двух добросовестных пользователей о принадлежности домена решение выносится в пользу лица, которое первым зарегистрировало товарный знак;

2) признание доменного наименования самостоятельным средством индивидуализации, не зависящим от права на товарный знак (Великобритания). В споре двух добросовестных пользователей доменное наименование остается за тем, кто зарегистрировал его раньше.

В отечественной доктрине высказывается мнение, что при регистрации доменное наименование должно рассматриваться как не зависящее от прав иных лиц на средства индивидуализации. При рассмотрении споров об использовании доменного имени предпочтение должно отдаваться правам на иные средства индивидуализации — товарные знаки и знаки обслуживания¹.

¹ Барановский П. Д. Международно-правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

Использование фирменных наименований в Сети также порождает серьезные проблемы. Использование фирменного наименования в доменном имени имеет место тогда, когда в доменное имя включены все элементы фирменного наименования. В данной ситуации намерение владельца домена использовать конкретное фирменное наименование является очевидным.

Основная проблема в отношении фирменных наименований — множество совпадающих или аналогичных наименований, совпадения различительных частей фирменных наименований. Разрешение споров о доменных наименованиях основано на применении законодательства о товарных знаках. В судебной практике нормы о праве на фирменное наименование для обоснования передачи домена практически не применяются.

Современная практика проводит различие между товарными знаками и доменными именами. Товарные знаки имеют строго территориальный характер, регистрируются в отношении определенного круга товаров или услуг. В отношении доменных имен эти ограничения не применяются. Даже если доменное имя включает указание на географический домен, это не ограничивает возможность использования доменного имени. Нет никаких требований к географическому расположению сервера, территории оказания услуг или распространения товаров применительно к доменным именам. Отсутствие ограничений по территории, видам товаров или услуг приводит к тому, что зарегистрировать одно доменное имя может только одно лицо.

В доктрине высказывается мнение, что вероятность конфликта между доменными именами и товарными знаками достаточно велика, и единственным средством уменьшить риск возможных конфликтов является регистрация товарного знака, соответствующего доменному имени¹. Законодательство о товарных знаках является одним из наиболее сильных и разработанных, поэтому обладателю доменного имени во избежание «захвата» его домена следует зарегистрировать доменное имя в качестве товарного знака². Практика разрешения споров признает право обладателя товарного знака, совпадающего с доменным именем другого лица, требовать перерегистрации такого домена на свое имя.

Серьезная проблема возникает в связи с влиянием Интернета на патенты. Европейская комиссия предложила Директиву по патентной защите изобретений, реализованных в компьютерных систе-

¹ Бреус С. Б. Защита авторских прав в Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² Иванов А. В. Интеллектуальная собственность в Интернете : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

мах, с целью обеспечить согласованность национальных принципов патентного права в отношении изобретений, использующих программное обеспечение. В праве ЕС применяется концепция «software useright» — признание необходимости патентной защиты программного обеспечения.

10.9. Коллизионное регулирование прав интеллектуальной собственности

В отношении объектов интеллектуальной собственности (бестелесных, нематериальных вещей) применение традиционных коллизионных начал вызывает серьезные проблемы. С одной стороны, «классические» коллизионные привязки прежде всего основаны на физических концепциях — место жительства, место совершения акта, место нахождения вещи. С другой стороны, территориальный характер прав интеллектуальной собственности в сочетании с принципом национального режима закономерно приводит к выводу о необходимости применения права страны суда.

Коллизионные нормы в сфере права интеллектуальной собственности впервые были сформулированы не в национальном законодательстве, а в международных договорах (Бернская конвенция 1886 г.). В ст. 5.2 «Выбор права» установлено своеобразное правило о выборе компетентного правопорядка: «Пользование этими правами и осуществление их не связаны с выполнением каких бы то ни было формальностей; такое пользование и осуществление не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения. Следовательно, помимо установленных настоящей Конвенцией положений, объем охраны, равно как и средства защиты, обеспечиваемые автору для ограждения его прав, регулируется исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана». Аналогичная норма закреплена в ст. 5.2 Договора ВОИС об авторском праве 1996 г.

Бернская конвенция предусматривает, что к спору применяется право того государства, на территории которого авторские права подлежат охране (*lex loci protectionis*). Предложенная формулировка порождает проблему толкования понятия «страна, в которой истребуется охрана». Данный термин может относиться и к государству, суд которого рассматривает дело; к государству, в котором правообладатель желает получить защиту; к государству, на территории которого были нарушены авторские права. Статья 5.2 Конвенции не определяет юрисдикцию, не указывает, что страна, предоставляющая охрану, — это страна, на территории которой «испрашивается» защита. Например, нарушение прав «французского» произведения имело место в Италии, а защита искивается в английском суде.

Во французской доктрине высказывается мнение, что «страна, в которой истребуется охрана» — это государство, в котором правообладатель желает получить защиту. Если иск предъявлен в суд другого государства, применимым является иностранное право — право страны, в которой автор «желает получить защиту»¹.

Господствующее мнение доктрины — ст. 5.2 Бернской конвенции предусматривает применение именно *lex fori*. Такое толкование совпадает с буквальным текстом Конвенции: «Сочетание принципов территориальности и национального режима логически ведет к применению в отношении объектов права интеллектуальной собственности права страны, в которой испрашивается защита (т.е. страны, суд которой рассматривает дело) — *lex fori*»².

Действительно, принцип выбора права в ст. 5.2 Бернской конвенции является производным от принципа территориальности права интеллектуальной собственности. Одновременно этот принцип выбора права не обязательно должен требовать в итоге применения *lex fori*. Независимо от того, суд какой страны рассматривает дело, отсылка к праву страны, «где испрашивается защита», может привести к применению права иностранного государства (в том числе и того, где произведение было впервые обнародовано). Это наглядно демонстрирует судебная практика США и Великобритании.

Норма статьи 5.2 Бернской конвенции имеет общий характер. В Конвенции содержатся специальные положения, предусматривающие применение права страны, в которой испрашивается охрана, к отдельным ситуациям (например, п. 2а ст. 14 bis — право страны, в которой истребуется охрана, применяется при определении лиц — владельцев авторских прав на кинематографическое произведение). Право страны, в которой испрашивается охрана — это основная коллизионная привязка в спорах из авторского права, но только по вопросам, не урегулированным нормами Бернской конвенции и других международных договоров.

Коллизионное регулирование отношений в сфере промышленной собственности в принципе идентично коллизионному регулированию в авторском праве, однако в большей степени учитывается территориальный характер права промышленной собственности: «Возникновение, содержание, передача и прекращение авторского права и прав, родных авторскому праву, регламентируются правом государства, в котором ищется их защита. Возникновение, содержание, передача и прекращение прав на объекты индустриальной собственности регламентируются правом государства, в котором выдан

¹ URL: <http://www.lawinaction.org.ru/?mod=articles&article=1693>

² Барановский П. Д. Международно-правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

патент или осуществлена регистрация, соответственно в котором подана заявка о выдаче патента или об осуществлении регистрации» (ст. 73 Кодекса МЧП Болгарии).

Исходное начало — применение права государства, где испрашивается охрана. Возможно также применение закона суда: «Права интеллектуальной собственности подлежат регулированию законом страны, в соответствии с которым испрашивается защита. Стороны могут определить, что закон суда будет применяться в отношении претензий, вытекающих из нарушения прав интеллектуальной собственности, после того как такое нарушение имело место» (ст. 23 Кодекса МЧП Турции). Аналогичная норма установлена в § 50 Закона о МЧП Китая. В судебной практике распространено применение отсылок первой и второй степеней.

Современные национальные кодификации МЧП демонстрируют отчетливую тенденцию установить коллизионное регулирование вопросов права интеллектуальной собственности. В основном законодательно регламентируются отдельные аспекты права интеллектуальной собственности; коллизионное регулирование этого института в целом осуществлено всего в нескольких юрисдикциях.

В соответствии с положениями гл. III «Права интеллектуальной собственности» Указа о МЧП Венгрии авторские права регулируются правом государства, на территории которого заявлено требование об охране произведения. Изобретателю и его правопреемнику обеспечивается охрана изобретения по праву того государства и в том государстве, в котором был выдан патент или где была подана заявка на него.

Законодатель Португалии устанавливает, что права автора регулируются законом места первого опубликования произведения. Если произведение не опубликовано, применяется личный закон автора. Промышленная собственность регулируется законом страны ее создания (ст. 48 «Интеллектуальная собственность» ГК Португалии).

Закон о МЧП Украины предусматривает, что к правоотношениям в сфере защиты прав интеллектуальной собственности применяется право государства, в котором требуется защита этих прав (ст. 37). К сделкам, предметом которых является право интеллектуальной собственности, применяется право, определяемое согласно соответствующим правилам настоящего Закона (ст. 36).

Наиболее подробным образом коллизионное регулирование права интеллектуальной собственности осуществлено в румынском и швейцарском законодательстве. В Румынии нормы права интеллектуальной собственности помещены в разд. 5 «Бестелесное имущество» Закона о МЧП. Возникновение, содержание и прекращение авторских прав подчиняются законодательству того государства,

в котором произведение было впервые публично обнародовано. Произведения интеллектуальной деятельности, которые не были обнародованы, регулируются личным законом автора (ст. 60). Возникновение, содержание и прекращение права на промышленную собственность регулируются законом страны, где ее объект был передан на хранение, или была произведена ее регистрация, или было подано заявление о передаче на хранение или о регистрации (ст. 61). Получение материального и морального возмещения регулируется законом государства, в котором авторское право или право на промышленную собственность было нарушено (ст. 62).

Закон о МЧП Швейцарии в гл. 8 «Интеллектуальная собственность» регламентирует не только вопросы применимого права, но и вопросы юрисдикции. К правам интеллектуальной собственности применяется право государства, на территории которого испрашивается охрана. По требованиям из причинения вреда стороны могут в любое время после наступления вредоносного события договориться о применении права страны суда. К договорам в сфере интеллектуальной собственности применяются положения Закона о МЧП, регулирующие договорные отношения (ст. 110).

Швейцарский законодатель в качестве исходного коллизионного начала определил право того государства, где испрашивается охрана прав интеллектуальной собственности. Субсидиарно применяются коллизионные привязки обязательственного права и закон суда (в соответствии с общей концепцией деликтных обязательств). Толкование ст. 111 позволяет утверждать, что «государство, на территории которого испрашивается охрана» и «страна суда» — это отнюдь не тождественные понятия.

В большинстве государств коллизионное регулирование вопросов права интеллектуальной собственности включено в раздел «Права на нематериальное имущество»: «Права на нематериальные блага регулируются правом государства использования данных прав» (ст. 54 Закона о МЧП Италии). Возникновение, содержание и погашение прав на нематериальное имущество определяются согласно праву того государства, в котором имеет место действие по их использованию или нарушению (ст. 38.1 Закона о МЧП Лихтенштейна).

В рамках МЧП прежде всего регулируются договорные отношения в сфере интеллектуальной собственности. Господствующей коллизионной привязкой выступает автономия воли сторон: «Стороны могут выбрать право, применимое к передаче и лицензированию использования права интеллектуальной собственности» (§ 49 Закона о МЧП Китая). Кроме того, к договорам относительно прав на нематериальное имущество применяется право того государства, на террито-

рии которого право на нематериальное имущество передается или предоставляется.

Если договорные отношения затрагивают несколько государств, то определяющим является право той страны, в которой приобретатель (обладатель лицензии) имеет свое обычное местопребывание (свое обзаведение). «Договоры об авторских правах регулируются согласно применимому к обязательственным отношениям праву..., выбор права всегда следует принимать во внимание. Договоры о коллективном соблюдении авторского права в Лихтенштейне подпадают всегда под лихтенштейнское право» (ст. 47, 38а Закона о МЧП Лихтенштейна). В отсутствие права, избранного сторонами, «договоры, касающиеся интеллектуальной собственности, регулируются правом государства обычного места пребывания того, кто передает или уступает право на интеллектуальную собственность» (ст. 69 Кодекса МЧП Туниса).

Во многих государствах установлены коллизионные привязки, определяющие компетентный правовой порядок для принадлежности прав на объекты интеллектуальной собственности, которые создают работники в период работы. По общему правилу, такие отношения регулируются правом, которое должно применяться к трудовому договору (§ 42 Закона о МЧП Тайваня).

В доктрине высказывается точка зрения, что любые правоотношения (в том числе и связанные с интеллектуальной собственностью) должны регулироваться правом, наиболее тесно связанным с отношением¹. При установлении такого права необходимо учитывать связь отношения с территорией определенного государства и с определенным правовым порядком, т.е. осуществить как территориальную, так и правовую локализацию отношения. С этой точки зрения коллизионными привязками, наиболее тесно связанными с правом интеллектуальной собственности, можно считать:

- 1) право места первого обнародования произведения или регистрации объекта промышленной собственности;
- 2) личный закон правообладателя;
- 3) личный закон нарушителя;
- 4) право места причинения ущерба;
- 5) закон страны суда, если охрана нарушенного права должна иметь место в этом государстве;
- 6) автономию воли сторон — для договорных отношений в сфере прав интеллектуальной собственности.

В Кодексе МЧП Бельгии учитывается современная тенденция привязки к закону наиболее тесной связи: «Права интеллектуальной собственности регулируются правом государства, на террито-

¹ Барановский П. Д. Международно-правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. науки. М., 2005.

рии которого испрашивается охрана интеллектуальной собственности. Тем не менее определение первоначального собственника промышленной собственности регулируется правом государства, с которым интеллектуальная деятельность имеет наиболее тесную связь. Если деятельность осуществляется в рамках контрактных отношений, то считается, что таким государством является государство, право которого применяется к этим контрактным отношениям, если не будет доказано иное» (ст. 93).

Правоотношения по использованию объектов интеллектуальной собственности зачастую связаны с территорией многих государств. Как правило, сложно установить, какая из таких связей является «наиболее тесной». В частности, в 1998 г. один из окружных судов США отклонил исковое заявление, так как в деле было необходимо применить нормы авторского права 18 государств (дело Boosey & Hawkes против Disney). Суд второй инстанции пересмотрел данное решение, специально подчеркнув, что недопустимо отказывать в иске по причине нежелания суда применять иностранное право¹.

По неизвестной причине в российском законодательстве отсутствуют коллизионные нормы права интеллектуальной собственности. В отечественной доктрине отмечается, что среди обширного набора коллизионных норм, вошедших в разд. VI ГК РФ «Международное частное право», нет ни одной коллизионной нормы, которая предусматривала бы в качестве права, подлежащего применению к исключительным правам на интеллектуальную собственность, право иностранного государства².

Российский ГК в принципе исключает действие на территории РФ иностранного права, регламентирующего исключительные права, если только возможность применения иностранного права не вытекает из международного договора РФ. Вступление в силу части четвертой ГК РФ не изменило ситуацию, — коллизионное регулирование отношений сферы интеллектуальной собственности, связанных с иностранным правопорядком, по-прежнему отсутствует.

Проект ГК РФ, разработанный на основе Концепции развития гражданского законодательства РФ, содержит принципиальную новеллу — ст. 1207.2 «Право, подлежащее применению к исключительным правам на интеллектуальную собственность»: «1. Если иное не предусмотрено законом, исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации юридических лиц, товаров, работ, услуг и предприятий определяются по праву страны, где испрашивается охрана соответствующего исключительного права.

¹ Там же.

² Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского / СПС КонсультантПлюс.

2. Правом, подлежащим применению к исключительным правам, определяются, в частности:

1) охраняемые результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации;

2) виды исключительных прав;

3) содержание исключительных прав;

4) ограничения исключительных прав;

5) действие исключительных прав;

6) осуществление исключительных прав, в том числе допустимые способы распоряжения исключительными правами;

7) внедоговорные способы защиты исключительных прав, в том числе возможность использования таких способов лицензиатом».

Кроме того, в проекте п. 4 ст. 1211 предлагается дополнить следующим образом: «4. Правом страны, с которой договор наиболее тесно связан, считается, если иное явно не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, в частности...

4) в отношении договора об отчуждении исключительного права на результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации — право страны, на территории которой действует передаваемое приобретателю исключительное право, а если оно действует на территории одновременно нескольких стран, — право страны, где находится место жительства или основное место деятельности правообладателя;

5) в отношении лицензионного договора — право страны, на территории которой лицензиату разрешается использование результата интеллектуальной деятельности или средства индивидуализации, а если такое использование разрешается в отношении территории одновременно нескольких стран, — право страны, где находится место жительства или основное место деятельности лицензиара».

Контрольные вопросы

1. Что представляет собой право интеллектуальной собственности в МЧП?
2. Как регулируются авторские и смежные права в МЧП?
3. В чем заключается специфика международной охраны авторских и смежных прав?
4. В чем заключается специфика права промышленной собственности в МЧП?
5. Как осуществляется международно-правовое регулирование права промышленной собственности?
6. В чем заключается специфика коллизионного регулирования права интеллектуальной собственности?

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- основные начала международного частного трудового права;
- коллизийное регулирование в международном частном трудовом

праве;

- юридическую конструкцию и основные формы «заемного труда»;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

11.1. Основные начала международного частного трудового права

К отношениям частноправового характера, подпадающим под действие международного частного права, относятся и трудовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, но только в той мере, в какой их правовая регламентация осуществляется с использованием категорий частного права. Система норм, регулирующих такие отношения, образует самостоятельную отрасль МЧП — между-

народное частное трудовое право, состоящее из материально-правовых и коллизионных предписаний¹. Международное частное трудовое право представляет собой специальное регулирование трудовых отношений, связанных с иностранным правомпорядком².

В отечественной доктрине трудового права высказывается мнение, что включение трудовых отношений с участием иностранцев на территории РФ в сферу действия МЧП связано с отсутствием в КЗоТ РСФСР 1971 г. (действовал более 30 лет) какого-либо упоминания об особенностях регулирования труда иностранцев в России. В настоящее время все трудовые отношения в России регулируются трудовым законодательством РФ, и не относятся к сфере действия МЧП: «Законодатель, указав в ст. 11 Трудового кодекса РФ о распространении норм Кодекса на трудовые отношения с участием иностранцев... определил отраслевую принадлежность возникающих... у таких категорий граждан отношений по труду... С принятием Трудового кодекса РФ... становятся все более неубедительными попытки некоторых авторов обосновать отнесение регулирования особенностей трудовых отношений с участием иностранцев к сфере действия международного частного права»³.

По мнению подавляющего большинства специалистов в области МЧП, стороны трудового правоотношения обязаны следовать императивным нормам российского законодательства и по взаимному согласию решать в договорах те вопросы, которые этим законодательством оставлены на усмотрение сторон. Любое частнопрововое отношение, связанное с иностранным правомпорядком, порождает коллизионный вопрос. В законодательстве РФ применительно к трудовым отношениям отсутствуют принципы выбора применимого права, однако презюмируется применение к таким отношениям права страны места выполнения работы⁴. Положения Трудового кодекса РФ должны «трактоваться как норма минимальной защиты для иностранных граждан и лиц без гражданства... регулирование особенностей трудовых отношений с участием иностранцев относится к сфере действия МЧП России»⁵.

Включение норм, регулирующих трудовые отношения, связанные с иностранным правомпорядком, в систему МЧП подчеркивается большинством российским ученых: «К трудовым отношениям с иностранным элементом применяются общие понятия и положения

¹ Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.

² Андриянова М. А. Трудовые отношения с участием иностранцев в системе международного частного и трудового права России : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2002.

³ Скачкова Г. С. Труд иностранцев в России. М., 2006.

⁴ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

⁵ Андриянова М. А. Указ. соч.

международного частного права»¹. Трудовые отношения с иностранным элементом, наряду с гражданско-правовыми отношениями, входят в предмет МЧП². Даже концепция узкого толкования предмета МЧП с учетом комплексного характера природы такой отрасли права позволяет включить в ее предмет нормы о трудовых отношениях физических лиц³.

В сфере трудового права с большей силой, чем это свойственно гражданскому праву, проявляет себя публично-правовое начало: «Что касается трудовых... отношений, входящих в МЧП «по традиции», то необходимо учитывать следующее. Нормы МП, регулирующие указанные вопросы, являются публичными. Такой же характер носит и большинство норм национального права в этой сфере»⁴.

Трудовое право — это конгломерат публично-правовых и частноправовых предписаний, хотя традиционно принято считать, что трудовое право входит в систему национального частного права. Вмешательство государства в данную сферу правоотношений обусловлено необходимостью проведения определенной социальной политики, обеспечивающей баланс интересов работников и работодателей с целью избежать социальных потрясений, сохранить стабильность в обществе, максимально устранить безработицу. С этим связано появление и развитие теории социального партнерства, господствующей в современном регулировании трудовых отношений.

В настоящее время трудовое право — это комплексная, смешанная отрасль права, регулирующая и публично-правовые, и частноправовые отношения. К трудовым отношениям, затрагивающим сферу действия российского МЧП, относятся отношения иностранных работодателей в России, работа иностранцев в России⁵.

В регулировании трудовых отношений, связанных с иностранным правовым порядком, важную роль играют международные организации, в первую очередь Международная организация труда (МОТ). Структура МОТ уникальна — это международная межправительственная организация, однако в ее исполнительных органах каждое государство представлено не только в лице своих официальных органов, но и в лице работников и работодателей (равное количество тех и других). Деятельность МОТ основана на принципе трипартизма — участие в выработке решений представителей работников, работодателей и правительства страны.

¹ Богуславский М. М. Указ. соч.

² Международное частное право: учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

³ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2011.

⁴ Бирюков П. Н. Международное право: учеб. пособие. М., 2005.

⁵ Международное частное право: учебник / под ред. Н. И. Марышевой. М., 2011.

МОТ осуществляет правотворчество в сфере международных трудовых отношений. Главная задача МОТ — защита прав трудящихся, развитие социального партнерства, обеспечение права на труд, борьба с безработицей.

Устав МОТ обязывает каждого государства-участника вводить в его национальное законодательство нормы конвенций, принятых в рамках МОТ, либо непосредственно применять их положения в национальных судах и иных компетентных органах. Виды конвенций и рекомендаций МОТ:

1) конвенции и соглашения по вопросам защиты прав человека в области труда — Конвенция относительно принудительного и обязательного труда (1930);

2) соглашения и конвенции об обеспечении занятости и борьбы с последствиями безработицы — Конвенция об организации службы занятости (1950);

3) конвенции и соглашения по вопросам труда и отдыха — Конвенция о ночном труде (1990);

4) документы, регламентирующие отношения между работодателем и работником, — Рекомендация о добровольном примирении и арбитраже (1961).

Вмешательство государства в регулирование трудовых отношений предопределяет ограничение действия коллизионных норм. Даже когда частноправовая природа трудовых отношений не вызывает сомнений, в большинстве государств эти отношения оказываются в пределах правового поля, где обязательно применение императивных норм национального законодательства. Подчинение трудовых отношений цивилистическим и коллизионным началам сталкивается с публично-правовыми предписаниями об охране труда, «увечных» делах, о забастовках. Особенности международного частного трудового права — осторожное отношение законодателя к возможности автономии воли сторон, тенденция ее ограничения, ориентир на защиту интересов «слабой» стороны.

11.2. Коллизионное регулирование в международном частном трудовом праве

Коллизионное регулирование международных трудовых отношений предполагает применение общих категорий коллизионного права, но с существенными оговорками. Как правило, трудовые отношения на территории какого-либо государства подчиняются его праву. Государство может согласиться на изъятие из правила о применении к трудовому договору своего внутреннего права и допустить применение иностранного права. Последнее должно иметь тесную

связь с данными трудовыми отношениями, не ухудшать положение работника по сравнению с местным законодательством и не нарушать императивные нормы трудового права¹.

В судебной практике Франции, Бельгии, ФРГ регулирование международных трудовых отношений основано на гражданско-правовых концепциях. Одновременно Кодекс труда Франции содержит специальный раздел «Иностранная рабочая сила и защита интересов национальной рабочей силы», нормы которого касаются доступа иностранцев к работе во Франции и имеют административно-правовой характер².

Коллизионно-правовое регулирование международных трудовых отношений затрагивает частноправовые аспекты этих отношений, прежде всего вопросы трудового договора. Трудовой контракт — это договор, и к нему применяется автономия воли как генеральная коллизионная привязка всех договорных обязательств. Законодательство большинства государств предусматривает возможность соглашения сторон о применимом праве при заключении трудового контракта (Лихтенштейн, ФРГ). Неограниченная автономия воли сторон признается законодательством и судебной практикой Великобритании и Италии.

В подавляющем большинстве юрисдикций законодатель установил ограничения свободы выбора права по трудовым контрактам:

— выбор права принимается во внимание, если он осуществлен прямо выраженным образом; выбор права не принимается во внимание, если он осуществлен в ущерб работнику (ст. 48.3 Закона о МЧП Лихтенштейна);

— выбор права принимается во внимание только в той мере, в какой он не затрагивает императивные нормы права страны:

- места обычного выполнения работы (ФРГ, Румыния, Канада);
- государства, в котором работодатель имеет свое обычное местопребывание (ФРГ, Лихтенштейн, Канада);
- места нахождения предприятия (Румыния);
- государства, с которым трудовой договор или трудовое отношение обнаруживает более тесные связи (ФРГ, Румыния);

— выбор права ограничен правопорядками, прямо установленными законодателем: «Стороны могут подчинить трудовой договор праву страны обычного пребывания работника либо праву страны места делового обзаведения, места жительства или обычного пребывания нанимателя» (ст. 121.3 Закона о МЧП Швейцарии).

¹ Киселев И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М., 2005.

² Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

В соответствии с Законом о МЧП Японии (ст. 11) даже если стороны трудового договора выбрали применимое право, но работник сообщит работодателю, что он намерен руководствоваться нормами права, наиболее тесно связанного с трудовым договором, то именно это право подлежит применению. Презюмируется, что трудовой договор наиболее тесно связан с правом того места, где должна осуществляться трудовая деятельность по договору

Основное ограничение автономии воли в трудовых договорах и трудовых отношениях — выбор права сторон не должен вести к тому, чтобы работник был лишен защиты, предоставляемой императивными положениями законодательства, которое является применимым в соответствии с коллизионными нормами страны суда. Законодательство многих стран в принципе не предусматривает автономию воли в качестве привязки к регулированию трудовых отношений (Украина, Тунис).

Коллизионная привязка «закон места работы» (*lex loci laboris*) — самый распространенный подход при определении права, применимого к трудовым отношениям (Австрия, Бразилия). В отсутствие выбора права сторонами в основном применяется этот специальный коллизионный принцип: «К обязательствам, вытекающим из трудовых договоров, за неимением прямо выраженного подчинения сторон [какому-либо закону]... применяется закон места, где выполняются работы» (ст. 10.6 ГК Испании). Трудовые отношения работников, направленных в служебную командировку, регулируются правом государства места выполнения работы (Лихтенштейн, Румыния).

В государствах, не допускающих выбор применимого права к трудовым отношениям, закон места работы — основное коллизионное начало: «Трудовой договор регулируется правом государства, в котором работник обычно выполняет свою работу» (ст. 67 Кодекса МЧП Туниса).

Субсидиарные коллизионные привязки трудовых отношений:

- 1) право страны места нахождения предприятия, если:
 - работник выполняет работу в нескольких государствах (Румыния);
- 2) право государства, в котором работодатель имеет свое обычное местопребывание, если:
 - работник обычно выполняет свою работу в более чем одном государстве (Австрия, ФРГ);
 - работник не имеет обычного места работы (Австрия, Лихтенштейн);
 - применимое право не определено сторонами (Канада);
- 3) право государства, с которым трудовой договор имеет более тесные связи (Тунис, Румыния).

В наиболее сжатом виде основные современные тенденции коллизионного регулирования трудовых отношений удалось сформулировать болгарскому законодателю: «(1) Трудовой договор регламентируется выбранным сторонами правом. Выбор применимого права не должен лишать работника защиты, которую обеспечивают ему повелительные нормы права, которое применилось бы, если не было бы выбора применимого права. (2) Когда нет выбора применимого права, трудовой договор регламентируется правом государства, в котором работник обычно выполняет свой труд, даже если он временно отправлен в другое государство. (3) Когда работник не выполняет обычно свой труд в одном и том же государстве, применяется право государства, в котором находится обычное местопребывание или основанное место деятельности работодателя. (4) Если вследствие обстоятельств в целом следует, что у трудового договора самая тесная связь с другим государством, применяется право этого другого государства» (ст. 96 Кодекса МЧП).

В международном частном трудовом праве вопросы конфликта квалификаций, конфликта юрисдикций и применения отсылок разрешаются на основе общих принципов коллизионного регулирования. Оговорка о публичном порядке при рассмотрении споров из международных трудовых отношений применяется довольно широко; в данном случае ее применение не считается правовой аномалией. Трудовая право- и дееспособность определяется на основе личного закона работника, но с изъятиями в пользу закона места работы или личного закона работодателя (исходя из применения права, наиболее «благоприятного» для работника).

Регламент Рим I устанавливает, 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. 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.

В отношении индивидуальных трудовых договоров выполнение работы в другой стране должно считаться временным, когда предполагается, что работник возобновит свою работу в стране происхождения после выполнения своих задач за рубежом. Заключение нового трудового договора с первоначальным работодателем не должно препятствовать рассмотрению работника в качестве временно выполняющего свою работу в другой стране (ст. 34—36 Преамбулы).

Генеральной коллизионной привязкой к индивидуальному трудовому договору является автономия воли сторон. При отсутствии выбора индивидуальный трудовой договор регулируется правом страны, в которой (или из которой) работник обычно выполняет свою работу. Страна, в которой обычно выполняется работа, не считается изменившейся, когда работник временно выполняет свою работу в другой стране. Если применимое право не может быть, то договор регулируется правом страны, где находится учреждение, которое наняло работника. Если из всех обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной, то применяется право этой другой страны. В любом случае выбор права не может повлечь за собой лишение работника защиты, предоставляемой ему положениями, от которых не разрешается отступать посредством соглашения в соответствии с правом, подлежащим применению при отсутствии автономии воли сторон (ст. 8 Рим I).

Регламент Рим II содержит очень интересную коллизионную норму о праве, применимом к производственному конфликту. Понятие производственного конфликта (такого, как забастовка или локаут) является неодинаковым в разных государствах — членах ЕС и регулируется внутренними нормами каждого государства. В целях защиты прав и обязанностей работников и работодателей Регламент в качестве общего принципа устанавливает правило о применении права страны, где были предприняты подобные действия. Правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству лица, действующего в качестве работника или работодателя, или к ответственности организации, представляющей профессиональные интересы указанных лиц, за вред, причиненный забастовкой или локаутом, является право страны места проведения забастовки или локаута.

В отечественной доктрине подчеркивается, что хотя в законодательстве РФ применительно к трудовым отношениям не сформулирован общий коллизионный принцип, оно исходит из принципа применения права страны места выполнения работы (*lex loci laboris*). Даже если договор заключается между иностранными субъектами за рубежом, исключений из этого принципа не делается¹.

Исходя из общих принципов российского права в случаях, прямо не урегулированных законодательством, следует применять аналогию права и аналогию закона — в данной ситуации предписания ст. 1210 и 1211 ГК РФ. Соответственно, договорные трудовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, прежде всего должны регулироваться на основе права, избранного сторонами.

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

В отсутствие выбора права применимое право определяется по принципу наиболее тесной связи (прежде всего, на основе критерия характерного предоставления). Самым близким к трудовому контракту является гражданско-правовой договор о возмездном оказании услуг. К договору услуг применяется право исполнителя (центральная сторона отношения). Получается, что трудовой контракт в отсутствие выбора права сторонами может регулироваться и правом государства, на территории которого исполнитель имеет свое обычное место жительства, т.е. личным законом работника, если «иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела».

Предписания отечественного законодательства не позволяют сделать однозначный вывод, что к трудовым отношениям следует применять право страны места выполнения работы. Эта привязка может быть выведена российским судом только по собственному усмотрению, если из условий и существа договора либо совокупности обстоятельств дела следует, что трудовое отношение имеет тесную связь с таким государством.

В проекте ГК, основанном на Концепции 2008 г., п. 3 ст. 1211 предлагается дополнить: «3. Стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, признается, если иное *явно* не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, сторона, являющаяся, в частности...

5.1) исполнителем — в договоре возмездного оказания услуг».

Такое дополнение позволит (используя аналогию закона) с большей определенностью применять к трудовым отношениям коллизионную привязку *lex loci laboris*.

11.3. Трудовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, по законодательству Российской Федерации

Исходное начало регулирования труда иностранцев в Российской Федерации — норма Конституции РФ о равном праве на труд. В сфере трудовых отношений установлено применение принципа национального режима (но с широкими изъятиями). Анализ положений российского права позволяет утверждать, что приоритетными правами на труд на территории РФ обладают российские граждане (аналогичное положение имеется практически во всех трудовых законах других государствах).

Трудовой кодекс РФ разрабатывался при участии экспертов МОТ и вобрал в себя многие международные нормы о труде¹. При рассмотрении трудовых споров судьи должны учитывать принципы, закрепленные в документах МОТ, а именно:

- свобода объединения;
- право на ведение коллективных переговоров;
- упразднение всех форм принудительного и обязательного труда;
- запрещение детского труда (этот принцип в ТК РФ вообще не упоминается);
- недискриминация в области труда и занятости.

Согласно ст. 10 ТК РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются источником российского трудового права. Если международным договором РФ установлены другие правила, чем предусмотренные законами и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, применяются правила международного договора.

При регулировании на территории РФ трудовых отношений иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных ими либо с их участием, действует правила, установленные ТК РФ, иным законодательством о трудовом праве, и международными договорами РФ (ст. 11). Эта норма устанавливает национальный режим регулирования трудовых отношений с участием иностранных лиц и распространяет на эти отношения российское трудовое законодательство. Правовое регулирование трудовых отношений с иностранным участием является новым для отечественного трудового права направлением, «которого практически не было в советском трудовом праве и которое еще не сложилось окончательно на сегодняшний день»².

ТК РФ не содержит специальных правил труда для иностранцев, не регулирует особенности их правового положения в сфере трудового права. Эти проблемы регламентируются в специальных федеральных законах, которые определяют и категории иностранных физических лиц, и особые категории иностранных работников на территории РФ. Трудовые договоры с иностранцами могут иметь только срочный характер. В соответствии с законодательством РФ иностранным гражданам запрещено: занимать выборные должности в органах государственной власти и управления; должности судей, прокуроров, следователей; входить в состав членов экипажа воздушных судов; быть капитанами водных судов. Для иностранцев закреплен общий разрешительный порядок труда.

¹ Вострецова О. А. Применение в России международных норм о труде // Законодательство. 2006. № 12.

² Киселев И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М., 2005.

В настоящее время возросла трудовая миграция российских граждан за границу. Деятельность, связанная с трудоустройством российских граждан за границей, на территории РФ может осуществляться только российскими юридическими лицами, имеющими специальную лицензию. К трудовым отношениям россиян за границей возможно применение и российского, и иностранного права. Российское право регулирует труд российских граждан за границей, если трудовые отношения возникли на территории РФ. Иностранное право определяет правовое положение российского работника по трудовому контракту, заключенному за границей. Условия труда российских граждан за границей, предусмотренные трудовым контрактом, не должны быть хуже условий, предусмотренных в трудовых контрактах с гражданами других иностранных государств (режим наибольшего благоприятствования).

В ТК РФ отсутствует специальное регулирование трудовых отношений, связанных с иностранным правопорядком. *В российском законодательстве нет ни одной коллизионной нормы, которая непосредственно относилась бы к сфере действия международного частного трудового права.* Этот пробел российского права осложняет возможность государственной защиты прав и законных интересов российских граждан, работающих по контракту в других государствах.

В сфере коллизионного регулирования международных трудовых отношений отечественный законодатель мог воспользоваться хотя бы моделью, закрепленной в Законе о МЧП Украины: «К трудовым отношениям применяется право государства, в котором выполняется работа, если иное не предусмотрено законом или международным договором Украины» (ст. 52). «Трудовые отношения граждан Украины, работающих за границей, регулируются правом Украины, если: 1) граждане Украины работают в зарубежных дипломатических учреждениях Украины; 2) граждане Украины заключили с работодателями — физическими или юридическими лицами Украины трудовые договоры о выполнении работы за границей, в том числе в их обособленных подразделениях; это предусмотрено законом или международным договором Украины» (ст. 53).

11.4. Несчастные случаи на производстве и «увечные дела»

Одна из наиболее сложных проблем МЧП — коллизии законов в связи с несчастными случаями на производстве. Критерии выбора применимого права по «увечным» делам обусловлены основными концепциями «увечных» дел:

1. Концепция деликтного происхождения ответственности нанимателя — применение привязок деликтного статута — закон места совершения деликта, закон места причинения вреда, закон места наступления вредных последствий.

2. Концепция договорного происхождения ответственности прав и обязанностей участников обязательства по возмещению вреда — применение права, определенного для трудового контракта.

3. Концепция кумуляции деликтной и договорной ответственности нанимателя — выбор между деликтным статутом и правом, которому подчиняется трудовой контракт. Оба коллизионных подхода признаются компетентными в равной степени.

4. Концепция приоритета закона места нахождения предприятия. Применение этой концепции осложняется проблемой квалификации понятия «место нахождения предприятия».

В современной судебной практике и законодательстве по увечным делам применяются «дифференцированные» коллизионные привязки (отыскание закона, свойственного данному отношению; собственное право контракта; собственное право деликта). Основная тенденция современной судебной практики по рассмотрению «увечных» дел — отказ от «жестких» коллизионных привязок, применение гибких коллизионных привязок и теории индивидуальной локализации (США, Франция, Великобритания).

На основе теории индивидуальной локализации устанавливается закон, «свойственный данному правоотношению». Для этого используется теория «взвешивания» деликтного отношения¹. Широкое распространение получило использование концепции «места результата», т.е. применяется право страны, на территории которой произошел несчастный случай. Субсидиарные специальные коллизионные привязки — закон места регистрации транспортных средств и обычного места жительства потерпевшего.

Специальное коллизионное регулирование увечных дел предусмотрено в законопроекте Австралии о выборе права 1992 г. (ст. 8 раздела «Компенсация работникам»). Правомочие работника взыскать компенсацию или возмещение подлежит определению на основе права:

1) места обычного выполнения работы пострадавшим лицом в ходе исполнения им трудовых функций (даже если это лицо было временно принято на работу в другом государстве);

2) места, где пострадавшее лицо находилось, когда оно было в последний раз принято на работу перед тем, как вред был нанесен (если работник обычно выполняет свою работу в ходе исполнения трудовых функций в более чем одном государстве);

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

3) места заключения трудового договора;

4) места, где относящийся к делу вред был нанесен или относящееся к делу заболевание было получено.

В рамках указанных законодателем правопорядков пострадавший работник может сам выбрать право, на основе которого будет предъявлено требование.

При разрешении увечных дел применяются выработанные судебной практикой правовые презумпции (общего гражданства или общего domicilia работника и работодателя; закон учреждения, обслуживающего своих клиентов в массовом порядке; закон суда — кто выбрал суд, тот выбрал право). В некоторых государствах приняты законы о распространении действия национальных компенсационных актов на иностранных трудящихся в случае получения увечья на местном предприятии (Франция, ФРГ).

Увечные дела сопряжены с возмещением не только материального ущерба, но и морального вреда. В связи с этим возникает проблема: специфика, порядок и размеры возмещения морального вреда принципиально различны в законодательстве разных государств. Понятие «моральный» вред (ущерб) принципиально различно определяется в законодательстве разных стран. В настоящее время практически общепризнанно, что моральный ущерб предполагает причинение физических и нравственных страданий, возмещается только при наличии вины. Возмещение морального вреда предусматривается в денежной или иной материальной форме и в размере, определенном судом независимо от подлежащего возмещению имущественного ущерба.

11.5. Юридическая конструкция и основные формы заемного труда

В современной практике трудовых отношений выработана специфическая правовая конструкция — «заемный труд». Модель заемного труда предполагает одновременное наличие трех субъектов в одном правоотношении: 1) работник; 2) предприятие-пользователь; 3) частное агентство занятости.

Особенность модели заемного труда — помимо работника и предприятия действует специальный субъект — частное агентство занятости (ЧАЗ). Отношения в этой конструкции имеют трехсторонний характер:

1) отношение «Работник ↔ ЧАЗ»;

2) отношение «Предприятие-пользователь ↔ ЧАЗ»;

3) отношение «Работник ↔ Предприятие-пользователь»;

Отношения «Работник ↔ ЧАЗ» основаны на трудовом договоре; ЧАЗ — формальный работодатель по трудовому договору. Отношения «Предприятие-пользователь ↔ ЧАЗ» основаны на гражданско-правовом договоре о предоставлении работников на время. Отношения «Работник ↔ Предприятие-пользователь» признаются сопутствующими трудовым отношениям между ЧАЗ и работником; предприятие-пользователь — это фактический работодатель, обеспечивающий работника работой, но в трудовых отношениях с ним не состоящий.

Работник обращается в ЧАЗ за помощью в трудоустройстве и заключает с агентством трудовой договор. Агентство нанимает работника для предоставления его услуг третьим лицам. Агентство выплачивает заработную плату, оформляет прием на работу и увольнение, платит подоходный и социальный налоги. Трудом работника пользуется другое юридическое лицо (предприятие-пользователь), которое дает указания и задания по выполнению работы. Предприятие-пользователь обеспечивает условия и охрану труда. Права и обязанности работодателя распределяются между частным агентством занятости и предприятием-пользователем.

Отношения «Работник ↔ Предприятие-пользователь» не признаются трудовыми, т.е. предприятие-пользователь может в любое время отказаться от работника. Такой отказ не будет считаться увольнением.

Заемный труд дает предприятию-пользователю практически неограниченную гибкость в использовании трудовых ресурсов. Единственный ограничитель при использовании заемного труда — договор между ЧАЗ и предприятием-пользователем. Использование заемного труда имеет и иные преимущества:

1. Разделение рисков: риски в сфере управления персоналом переходят на агентство занятости,
2. Экономия на издержках, которые возникают при использовании наемного труда в традиционных трудовых отношениях.
3. Оптимизация налогообложения.
4. Сокращение юридической численности персонала, что позволяет предприятиям оставаться субъектами малого предпринимательства и пользоваться льготами, предоставленными таким субъектам.

Во многих странах Европы на протяжении последних 10—20 лет было принято специальное законодательство о заемном труде. Законодательное регулирование этой конструкции развивалось от прямого запрета заемного труда к либерализации регулирования деятельности частных агентств занятости (Нидерланды, Италия).

В настоящее время в странах ЕС частные агентства занятости трудоустраивают до 7 млн. человек в год¹.

В 1997 г. МОТ приняла Конвенцию № 181 «О частных агентствах занятости», которая по существу представляет собой пересмотр Конвенции № 96 «О платных бюро по найму» (1949). Конвенция № 96 — результат признания международным сообществом возможности оказания посреднических услуг на рынке труда частными службами занятости. Конвенция № 96 направлена на ограничение деятельности коммерческих бюро по найму. Государства-участники должны либо ликвидировать платные бюро по найму, либо подвергнуть их деятельность жесткому контролю и регламентации.

Конвенция № 181 — результат развития агентских отношений. Основная цель Конвенции — признание легитимности заемного труда, принципиальная возможность оказания агентствами занятости услуги по предоставлению заемных работников. Конвенция предоставляет частным агентствам занятости право найма работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороне («предприятию-пользователю»). Отдельные положения Конвенции уточняются в Декларации МОТ об основополагающих принципах в сфере труда (1998).

Конвенция № 181 адресована государствам, ее нормы являются несамоисполнимыми и напрямую не могут применяться в национальных судах. Регулирование услуг, предоставляемых агентствами занятости, входит в компетенцию государства. Предварительное условие для установления такого регулирования — обязательные консультации с «наиболее представительными организациями трудящихся и предпринимателей».

Частное агентство занятости — это любое физическое или юридическое лицо, независимое от государственных властей, которое предоставляет на рынке труда (ст. 1):

- 1) услуги, направленные на выравнивание предложений рабочих мест и спроса на них; ЧАЗ не становится стороной в трудовых отношениях, могущих при этом возникать;

- 2) услуги, состоящие в найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом (предприятие-пользователь), устанавливающим им рабочие задания и контролирующим их выполнение;

- 3) другие услуги, связанные с поиском работы, определяемые компетентным органом после консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и трудящихся, не имеющих

¹ Герасимова Е. О проекте Федерального закона «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам» // URL: <http://lawfirm.ru/article/index.php?id=205>

цели выравнивания конкретных предложений рабочих мест и спроса на них.

Обязательства государств сформулированы в Конвенции самым общим образом, — государства должны принимать меры:

1) против нарушения права на свободу объединения и права на ведение коллективных переговоров заемных работников (ст. 4);

2) против дискриминации работников частными агентствами занятости (ст. 5);

3) для защиты персональных данных работников (ст. 6);

4) против обмана и злоупотребления в отношении трудящихся-мигрантов (ст. 8);

5) для обеспечения адекватной защиты заемных работников в отношении основных прав трудящихся.

ЧАЗ не взыскивают с работников прямо или косвенно, полностью или частично никакие гонорары или другие сборы (ст. 7 Конвенции). Обязанности работодателя должны быть распределены и разделены между ЧАЗ и предприятиями-пользователями, использующими труд заемных работников (ст. 12). Государство должно определить и возложить на двух работодателей ответственность в отношении:

1) ведения коллективных переговоров;

2) минимальной заработной платы;

3) продолжительности рабочего времени и других условий труда;

4) пособий по социальному обеспечению;

5) доступа к профессиональной подготовке;

6) защиты в области безопасных и здоровых условий труда;

7) возмещения в случае несчастного случая на производстве или профессионального заболевания;

8) возмещения в случае банкротства и защиты требований работников;

9) охраны материнства, пособий по беременности и родам, защиты родителей.

В дополнение к Конвенции № 181 МОТ приняла Рекомендацию № 188 «О частных агентствах занятости», в которой предусмотрено, что «должным образом учитывая права и обязанности, установленные в национальном законодательстве о прекращении действия трудовых договоров, частные агентства занятости... не должны:

а) препятствовать предприятию-пользователю нанимать работника, переданного в его распоряжение агентством;

б) ограничивать профессиональную мобильность работника;

с) накладывать санкции на работника, согласившегося на работу на другом предприятии».

В России фактически заемный труд получил широкое распространение. Эта модель используется в основном на предприятиях с ино-

странными инвестициями. Действующее трудовое законодательство РФ не содержит каких-либо норм и положений о заемном труде. Юридически заемный труд находится «вне закона»¹. Сторонником легализации заемного труда в России выступает Федерация независимых профсоюзов. По ее мнению, грамотная легализация заемного труда будет способствовать снижению уровня безработицы.

В российской доктрине конструкция заемного труда в основном воспринимается негативно. Согласно ст. 15 ТК РФ трудовые отношения — это отношения, основанные на соглашении между работником и работодателем о личном выполнении работником за плату трудовой функции. В случаях, когда в судебном порядке установлено, что договором гражданско-правового характера фактически регулируются трудовые отношения, к таким отношениям применяются положения трудового законодательства.

Конструкция заемного труда не подпадает ни под возмездное оказание услуг, ни под подряд. Такие отношения не могут образовывать и непоименованный договор, поскольку фактически речь идет об отношениях, регулируемых трудовым правом. Соглашение о «заемном труде» не является ни трудовым, ни гражданско-правовым договором и не может порождать никаких правовых последствий. «На сегодняшний день законодательное урегулирование заемного труда в России представляется проблематичным, поскольку прямо противоречит действующему трудовому законодательству, а не просто не урегулировано им»².

ТК РФ не позволяет заключать трудовые договоры с агентствами занятости о предоставлении своего труда третьим лицам. Работник обязуется выполнять работу у работодателя. Формально при заемном труде таковым является ЧАЗ, а фактически выступает предприятие-пользователь. Работодатель обязуется предоставлять работнику работу, обусловленную трудовым договором, и обеспечивать условия труда (ст. 56 ТК РФ). В юридической конструкции заемного труда эта обязанность законным работодателем — агентством — выполнена быть не может, так как работу предоставляет предприятие-пользователь. Гражданское законодательство, в свою очередь, не предусматривает возможности заключать договоры о предоставлении работников, поскольку работники не могут являться объектом гражданских прав (ст. 2, 128 ГК РФ). Модель заемного труда не вписыва-

¹ Герасимова Е. О проекте Федерального закона «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам» // URL: <http://lawfirm.ru/article/index.php?id=205>

² URL: <http://www.best-outstaffing.ru/>

ется в рамки современных российских отраслей трудового и гражданского права¹.

Критика конструкции заемного труда представляется достаточно обоснованной. Очевидно, что ни в одной стране законодательство не может обеспечить временным работникам такой же уровень защиты, который имеют штатные работники. Однако не менее очевидно, что если на практике отношения по использованию заемного труда уже сложились, правовая легализация облечет их в цивилизованную форму, обеспечит необходимые права, обязанности и гарантии их участникам.

В мировой практике разработаны следующие основные формы заемного труда (договоры на предоставление услуг персонала): *аутсорсинг*, *лизинг персонала*, *секондмент*, *аутстаффинг*.

Аутсорсинг (*outsourcing* — использование чужих ресурсов) — это практика перепоручения определенных сфер деятельности фирмам-профессионалам. Компания-клиент нанимает какую-либо другую фирму для выполнения различных бизнес-функций, которые не являются частью основной деятельности компании-клиента, но необходимы для ее полноценной деятельности. Компания-клиент покупает не труд конкретных работников, а услугу (ведение бухгалтерского учета). Такие отношения оформляются договором возмездного оказания услуг, в отдельных случаях — договором подряда.

Договор аутсорсинга имеет в виду поручение непрофильных для данной компании функций (проведение маркетинговых исследований, разработка и проведение рекламной компании) другому лицу. Договор аутсорсинга позволяет заказчику снизить затраты на организацию второстепенных бизнес-процессов. Основа снижения стоимости услуг аутсорсера — его специализация в конкретной области.

Лизинг персонала (*staff leasing*): работники, состоящие в штате кадрового агентства (рекрутинговая компания, компания-провайдер), предоставляются клиентской компании (предприятие-пользователь) для выполнения определенных профессиональных функций. Работники либо уже находятся в штате агентства, либо вновь подбираются (самой компанией или агентством) с последующим зачислением в штат агентства. Если они нужны компании-клиенту, они работают, но и если не нужны, они все равно остаются в штате компании-провайдера, которая командировывает их другим заказчикам.

Секондмент (*secondment* — командирование персонала) — стажировка сотрудника в другой бизнес-структуре, ротация персонала

¹ Головина С. Содержание трудового договора при заемном труде // Хозяйство и право. 2004. № 10; Еришова Е. А. Заемный труд // Трудовое право. 2004. № 10; Коршунова Т. Ю. Правовое регулирование отношений, связанных с направлением работников для выполнения работ в других организациях (заемный труд) // Трудовое право. 2005. № 12.

в целях «обучения на рабочем месте». Сотрудник получает новые навыки, а компания закрывает проблемные участки специалистами-профессионалами. Временный перевод сотрудника в другую организацию, предоставление персонала в аренду или консультационная помощь также могут оформляться как секондмент.

Самая распространенная форма заемного труда — **аутстаффинг** (outstaffing — внештатный), т.е. вывод сотрудников за штат организации с оформлением трудовых отношений работника с компанией-провайдером (кадровым агентством). Аутстаффинг предполагает перевод работников из штата компании в штат агентства, после чего они фактически продолжают выполнять свои профессиональные функции на прежнем месте, но уже по направлению агентства. Компания получает и оплачивает услуги кадрового агентства по предоставлению работников, кадровое агентство выполняет все функции и обязанности работодателя по отношению к этим работникам. Компания может использовать труд работников, обладающих необходимой квалификацией, юридически не вступая с ними в трудовые отношения, но сохраняя за собой право на оперативное управление.

В договоре аутстаффинга участвуют три стороны — заказчик персонала, агентство и работник. Компания-провайдер становится формальным работодателем для сотрудников компании-заказчика и берет на себя полную юридическую и финансовую ответственность. Кадровая фирма принимает нужного специалиста в собственный штат и по договору передает сотрудника заказчику для выполнения определенных работ и на конкретный срок. Отношения между служащим и фактическим работодателем не закрепляются отдельным документом. Сотрудники фирмы-провайдера считаются «прикомандированными к фирме-заказчику». Компания и провайдер заключают договор, согласно которому заказчик ежемесячно перечисляет исполнителю сумму, которая складывается из зарплаты сотрудников, выведенных за штат, налоговых выплат и гонорара провайдера.

Главное преимущество аутстаффинга для компании — сокращение прямых затрат, влияющих на себестоимость производимого продукта. Зарплата относится к категории прямых затрат, и если эти затраты отнесены к другой статье расходов (финансирование услуги), то себестоимость автоматически снижается. Кроме того, вознаграждение по договору аутстаффинга позволяет заказчику снизить налогооблагаемую прибыль: затраты на оплату услуг по предоставлению работников сторонними организациями для участия в производственном процессе исключаются из налогооблагаемой базы.

Основные предпосылки использования аутстаффинга:

— желание сконцентрироваться на основном бизнесе;

- потребность уменьшить количество сотрудников в штатном расписании;

- необходимость снизить административную и финансовую нагрузку, но сохранить непосредственное руководство сотрудниками;

- желание снять с компании обязательства по трудовым отношениям, получить квалифицированного посредника в отношениях с трудовой и налоговой службами;

- желание обеспечить соответствие количества рабочей силы реальному объему работы.

Аутстаффинг представляет собой технологию, позволяющую снижать административные расходы и риски, связанные с персоналом компании. Это скорее технология управления персоналом, чем просто выведение персонала за штат¹. Аутстаффинг позволяет компаниям регулировать число работников, не изменяя при этом официальную численность персонала.

В отечественной литературе утверждается, что аутстаффинг не вписывается ни в одну из возможных в России правовых конструкций. Трехсторонние отношения противоречат природе трудового договора. Работодатель не вправе передать кому-либо свои функции. «Наиболее близкую параллель можно провести разве что с правовым регулированием труда осужденных к лишению свободы... Заключенный обязан трудиться в местах и на работах, которые определяет администрация исправительных учреждений. В таких «трудовых отношениях» участвуют три субъекта: работодатель (организация), работник (осужденный) и исправительное учреждение. При этом участники сделки заключают договор, в котором определены обязательства сторон и ответственность за их несоблюдение»².

К счастью, такая позиция встречается редко, чаще высказывается противоположное мнение: «В России outstaffing — новая услуга, возникновение необходимости в ней можно расценивать как позитивный признак развития цивилизованных рыночных отношений»³.

Контрольные вопросы

1. Что представляет собой международное частное трудовое право?

¹ Цакунов А. Персонал, выброшенный за борт ... повышает привлекательность компании // <http://www.trudprava.ru/index.php?983>

² URL: http://www.rnk.ru/rnk/forum_thread.php?forumID=3&rootID=23898&page=0

³ Симонова М. Л. Аутстаффинг в России: уже не экзотика, еще не норма // URL: <http://www.hrinform.ru/articles/autst.shtml>

2. Как осуществляется коллизийное регулирование в международном частном трудовом праве?
3. Как регулируются трудовые отношения, связанные с иностранным правом порядком, в законодательстве РФ?
4. Как регулируются несчастные случаи на производстве и «увечные дела» в МЧП?
5. Что представляют собой юридическая конструкция и основные формы «заемного труда»?

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- основные проблемы обязательств внедоговорного характера в МЧП;
- общие принципы коллизионного регулирования внедоговорных обязательств;
- коллизионное регулирование отдельных обязательств внедоговорного характера;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

12.1. Основные проблемы обязательств внедоговорного характера в международном частном праве

Гражданское правонарушение (деликт) представляет собой нарушение субъективных гражданских прав, причинение вреда личности и имуществу физического или юридического лица. Деликты находятся в сфере МЧП, если в их составе обнаруживается юридиче-

ская связь с правопорядком двух и более государств. Совокупность норм, регулирующих отношения из обязательств внедоговорного характера, связанных с иностранным правопорядком, предлагается назвать «международное деликтное право» (этот термин употребляется в доктрине ФРГ). Международное деликтное право — самостоятельная подотрасль МЧП.

Обязательства внедоговорного характера (обязательства из закона) включают:

- обязательства из причинения вреда (из деликтов и вследствие недостатков товара, работ или услуг);

- обязательства из неосновательного обогащения;

- обязательства из недобросовестной конкуренции;

- обязательства из ведения чужих дел без поручения.

В целях терминологического удобства совокупность норм, регулирующих отношения из обязательств внедоговорного характера, условно можно назвать «деликтное право». В законодательстве некоторых государств употребляется сходная терминология — «обязательства из деликтов и квазиделиктов», «обязательства из закона». Обязательства из квазиделиктов включают обязательства из неосновательного обогащения, недобросовестной конкуренции, ведения чужих дел без поручения.

Условия возникновения обязательств из причинения вреда в МЧП¹:

- потерпевший или деликвент являются иностранцами;

- действия деликвента по возмещению вреда зависят от иностранной правовой сферы;

- предмет правоотношения поврежден на территории иностранного государства;

- субъективное право потерпевшего и юридическая обязанность деликвента возникают в одном государстве, а реализуются в другом;

- нарушенные права третьих лиц охраняются по законам иностранного государства;

- спор о возмещении вреда рассматривается в иностранном суде;

- решение о возмещении вреда должно быть исполнено в иностранном государстве;

- право на возмещение вреда производно от преюдиционных фактов, подчиненных иностранному праву (например, договор страхования).

В обязательствах из деликтов выделяется *деликтный статут* правоотношения:

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

- способность лица нести ответственность за причиненный вред;
- возложение ответственности на лицо, не являющееся деликвентом;
- основания ответственности;
- основания ограничения ответственности и освобождения от нее;
- способы возмещения вреда;
- объем возмещения вреда.

Перечень элементов деликтного статута не является исчерпывающим. Во многом причины возникновения коллизий национальных правовых систем и проблемы выбора применимого права зависят от разного понимания деликтного статута.

Как правило, право, применимое к обязательству из причинения вреда, распространяется на все вопросы деликтного статута: «Право, применимое к вредоносному действию, определяет, в особенности, способность, относящуюся к гражданской ответственности, условия и объем вышеуказанной ответственности, так же как ответственное лицо» (ст. 75 Кодекса МЧП Туниса). В соответствии с правом, подлежащим применению к деликтному статуту, решается вопрос об ответственности ограничено дееспособного лица (ст. 31.3 Закона о МЧП Польши). Однако деликтоспособность физического лица определяется согласно закону места причинения вреда, а к обязательству в целом применяется право, установленное по принципу наиболее тесной связи (ст. 13, 52.1 Закона о МЧП Лихтенштейна).

Деяние, причинившее ущерб, может быть совершено в одном государстве, а вредоносные последствия наступают в другом. В этом случае деликтоспособность причинителя вреда определяется по закону места наступления последствий, если деликвент должен был предвидеть проявление вреда в другом государстве (ст. 45 ГК Португалии, ст. 2097 ГК Перу).

В деликтных отношениях широко применяется оговорка о публичном порядке в силу публично-правового характера таких обязательств. Во французском праве имеет место расширительное толкование гражданско-правовой ответственности — эти вопросы относятся к законам «благоустройства и безопасности», которые обязательны для всех лиц, пребывающих на территории Франции¹.

В современной судебной практике широко распространен принцип выбора суда права того государства, которое в наибольшей степени учитывает интересы потерпевшего (принцип защиты слабой стороны). В некоторых государствах право, наиболее благоприятное для потерпевшего, является генеральной коллизионной привязкой деликтного статута: «Обязанность возмещения вреда подчиняется:

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

а) праву страны, более благоприятному для потерпевшего» (ст. 42 Закона о МЧП Грузии).

Во многих кодификациях МЧП подчеркивается: «Правила безопасности и поведения, установленные тем государством, в котором имело место противоправное действие, должны соблюдаться во всех случаях» (ст. 110 Закона о МЧП Румынии). В соответствии с законодательством Швейцарии и Туниса, иностранные правила техники безопасности и нормы дозволенного поведения «принимаются во внимание». Термин «правила безопасности и поведения» следует интерпретировать как относящийся к любой регламентации, которая связана с безопасностью и поведением, включая, например, правила безопасности дорожного движения в случае дорожно-транспортного происшествия (п. 34 Преамбулы Рим II).

Стандарты поведения и безопасности определяются на основе права места совершения вредоносного деяния. Если вред наступил в другом государстве, право которого предусматривает более высокий стандарт поведения, и деликвент предвидел наступление вреда в этом государстве, применяется право места наступления вреда (ст. 3543 ГК штата Луизиана).

В связи с повсеместным распространением института страхования гражданской ответственности во многих юрисдикциях предусматривается, что «потерпевший может предъявить свое притязание непосредственно к страховщику обязанного представить возмещение лица, если это предусматривает право, подлежащее применению к недозволенному действию, или право, которому подчинен договор страхования» (ст. 40.4 ВЗ ГГУ). Прямой иск к страховщику гражданской ответственности предъявляется по месту делового обзаведения страховщика, либо по месту совершения противоправного действия, либо по месту наступления вредных последствий.

Во многих странах используется понятие «локализация деликта» для определения материального права, применимого к деликтным обязательствам. Такой подход свойственен, главным образом, судам стран общего права. В судебной практике и законодательстве разработана теория индивидуальной локализации конкретного деликтного отношения. Наиболее рельефно эта теория отражена в законопроекте Австралии о выборе права (1992):

1) требование, возникающее из личного вреда, подлежит определению в соответствии с правом места нахождения лица в момент причинения вреда. Если пострадавшее лицо умирает, требование, возникающее ввиду смерти, подлежит определению в соответствии с тем же правом;

2) требование, возникающее из утраты имущества или повреждения имущества, из вмешательства в права собственности или вла-

дения, подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте нахождения имущества, когда оно было утрачено или ему был нанесен вред или когда случилось вмешательство;

3) требование, возникающее из диффамации (*diffamare* — разглашать, лишать доброго имени, порочить), подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте, где на момент диффамации заявитель имел место пребывания или основное место осуществления коммерческой деятельности;

4) требование, возникающее из угрозы утраты, вреда или убытков, подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте, где утрата, вред или убытки случились бы, если бы угроза была осуществлена;

5) любое другое требование, возникающее из утраты, вреда или убытков, подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте, где случились наиболее существенные обстоятельства относящихся к делу событий;

6) если суд определит, что обстоятельства требования имеют существенно большую связь с каким-либо другим местом, требование подлежит определению в соответствии с правом, действующим в другом месте.

Ранее общая концепция деликтных обязательств предписывала применение к ним только закона суда в связи с принудительным характером этих обязательств¹. В настоящее время традиционные деликтные привязки — закон места совершения деликта и закон суда — считаются слишком «жесткими». К деликтным обязательствам возможно применение автономии воли, личного закона, права наиболее тесной связи, права существа отношения: «К требованию, основанному на противоправном действии, нарушающем существующее между причинителем вреда и потерпевшим правоотношение, применяется право, применимое к этому правоотношению» (ст. 132.3 Закона о МЧП Швейцарии). Если обязательство возместить вред возникает из договорного обязательства, эти требования регулируются правом, применимым к договору (ст. 3127 ГК Квебека).

Основная коллизионная привязка в современном международном деликтном праве — закон места причинения прямого вреда (*lex loci damni*). До настоящего времени законодательство многих государств закрепляет это коллизионное начало как единственную императивную привязку деликтных обязательств: «Внедоговорные обязательства регулируются законом места, где случилось обстоятельство, из которого они вытекают» (ст. 10.9 ГК Испании, ст. 20 ГК Греции).

Законодатель Японии использует эту привязку ко всем гражданским правонарушениям: «Составление и последствия иска, осно-

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

ванного на гражданском правонарушении, регулируются правом того места, где вред, причиненный данным правонарушением, произошел. Однако когда невозможно предсказать, где проявится вред, вызванный гражданским правонарушением, следует руководствоваться правом места совершения действия, повлекшим причинение вреда» (ст. 17 Закона о МЧП). Данная формула прикрепления регулирует обязательственные правоотношения внедоговорного характера, основание которых — юридический факт причинения ущерба личности или имуществу.

Привязка к закону места причинения вреда содержит скрытую коллизию: что считать местом причинения ущерба — место совершения вредоносного действия или место проявления вредоносных последствий. Страны англо-американской правовой системы традиционно под местом причинения вреда понимали место совершения вредоносного действия, а страны континентальной правовой системы права — место проявления вредоносных последствий.

В настоящее время на территории государств — членов ЕС применяется толкование Европейского Суда по делу *Bier v. Mines de Potasse d'Alsace* (1976), в соответствии с которым под местом причинения вреда следует понимать и место совершения действия, лежащего в основе деликта, и место проявления вредных последствий¹.

Если событие, на основании которого возникло обязательство по возмещению вреда, произошло на борту корабля, в открытом море или на борту воздушного судна, то в качестве права места, где случились факты, обусловившие возникновение обязательства по возмещению вреда, применяется право государства, национальность которого имеет морское судно, либо право государства, в котором зарегистрировано воздушное судно (ст. 34 Закона о МЧП Македонии).

В январе 2009 г. на территории государств — членов ЕС вступил в силу Регламент (ЕС) № 864/2007 о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам (2007). Регламент Рим II продолжает линию Римской конвенции 1980 г. в плане унификации европейских коллизионных норм — на этот раз в сфере частных обязательств, вытекающих не из договора, а из других юридических фактов, прежде всего, обязательств вследствие причинения вреда. Вред обозначает любой ущерб, являющийся результатом причинения вреда, неосновательного обогащения, действий в чужом интересе без поручения или «*culpa in contrahendo*».

В Преамбуле Рим II отмечается, что понятие внедоговорного обязательства является неодинаковым в разных государствах — членах ЕС, поэтому в Регламенте оно должно рассматриваться как автономное понятие. Содержащиеся в Регламенте коллизионные правила

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

распространяются и на внедоговорные обязательства, основанные на ответственности без вины. К числу внедоговорных обязательств, подпадающих под действие Рим II, относятся обязательства из причинения вреда, неосновательного обогащения, действий в чужом интересе без поручения и из недобросовестных действий контрагента на этапе преддоговорных переговоров («*culpa in contrahendo*»). Кроме того, в сфере действия Рим II находятся причинение вреда окружающей среде, нарушения прав интеллектуальной собственности, «производственные конфликты» (забастовка или локаут).

12.2. Общие принципы коллизионного регулирования внедоговорных обязательств

Коллизионный принцип «закон места причинения вреда» применительно к обязательствам из деликтов закреплён в законодательстве всех государств и считается общим началом для определения применимого права: «Внедоговорные обязательства подчиняются закону государства, на территории которого производится действие, приводящее к появлению обязательства» (ст. 21 ГК Египта).

В большинстве юрисдикций коллизионная привязка к закону места причинения вреда является не единственной, и даже не всегда может считаться основной. Применимое право определяется как по месту причинения вреда, так и по месту наступления вредных последствий путем следующих законодательных подходов:

1) альтернативное применение обоих коллизионных начал: «Обязательства, являющиеся результатом деликта, подлежат регулированию правом страны места совершения деликта. Если место совершения деликта и место причинения ущерба оказываются в различных странах, то подлежит применению закон страны места причинения ущерба» (ст. 34 Кодекса МЧП Турции);

2) деликвент предвидел наступление вреда в данном государстве: «Обязательство возместить вред, причиненный другому лицу, регулируется правом страны места совершения вредоносного действия. Однако если вред наступил в другой стране, подлежит применению право этой страны, если лицо, совершившее вредоносное действие, должно было предвидеть наступление вреда» (ст. 3126 ГК Квебека);

3) требование потерпевшего: «Притязания из недозволенного действия подчиняются праву того государства, в котором обязанное представить возмещение лицо действовало. Потерпевший может потребовать, чтобы вместо этого права применялось право того государства, в котором наступил результат» (ст. 40.1 ВЗ ГГУ);

4) инициатива суда в интересах потерпевшего: «(1) Ответственность за вред, причиненный вне договора, определяется правом

страны места причинения ущерба или совершения вредоносного деяния. (2) В интересах потерпевшего применимым может быть признано право государства, на территории которого наступил ущерб» (§ 33.1 Указа о МЧП Венгрии).

В судебной практике сформировались презумпции «общего гражданства» и «общего домицилия». Они закреплены во многих современных кодификациях МЧП. Законодательные подходы к применению презумпций «общего гражданства» и «общего домицилия»:

- в большинстве стран применяется только презумпция общего домицилия или общего места проживания (Тунис, Украина, Швейцария). «Если обязанное представить возмещение лицо и потерпевший на момент влекущего ответственность события имели свое обычное местопребывание в одном и том же государстве, то применяется право этого государства. Если речь идет об обществах, союзах или юридических лицах, то к месту обычного пребывания приравнивается то место, в котором находится главный орган управления, а если задействован филиал, то место его расположения» (ст. 40.2 ВЗ ГГУ);

- применяется только презумпция общего гражданства: «Права и обязанности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одного и того же государства, определяются по праву этого государства» (ст. 1129.2 ГК Беларуси);

- необходимо одновременное наличие обоих условий: «В случае, если причинение вреда затрагивает только граждан одного и того же государства, имеющих место жительства на его территории, применяется право данного государства» (ст. 62.2 Закона о МЧП Италии);

- презумпция общего гражданства имеет приоритет: «Если... причинитель вреда и пострадавший имеют одно и то же гражданство или, при отсутствии такового, одно и то же обычное место пребывания и они оказываются в иностранном государстве случайно, применимым законом будет закон [их] гражданства или общего пребывания» (ст. 45.3 ГК Португалии).

В отдельных юрисдикциях при определении применимого права законодательно предписывается проводить разграничение между вредоносным действием и вредоносным бездействием: «Внедоговорная ответственность, основанная либо на незаконном действии, либо на опасности, или на каких-либо дозволенных действиях, регулируется законом государства, где происходит основная деятельность, причиняющая вред; в случае ответственности за бездействие является применимым закон места, где ответственное лицо должно было действовать» (ст. 45.1 ГК Португалии).

Составные части деяния, причинившего ущерб, могут иметь место на территории различных государств (ситуация, типичная для современной действительности). Такие случаи учитываются законодателем: «В случае, когда составные части этих событий (правонарушения или деликта) случились в различных местностях, применимое право:

(а) для иска с основанием в отношении личного вреда, причиненного лицу, или смерти, вытекающей из личного вреда, — право местности, где лицо находилось, когда оно понесло вред;

(б) для иска с основанием в отношении вреда имуществу — право местности, где имущество находилось, когда оно было повреждено;

(с) в любом другом случае — право местности, в которой случились наиболее значимые составная часть или составные части этих событий» (ст. 11.2 Закона о МЧП Великобритании).

В случае совместного причинения вреда применимое право определяется отдельно для каждого причинителя, независимо от степени его участия в совершении противоправного действия (ст. 140 Закона о МЧП Швейцарии). При причинении вреда несколькими лицами применимое право определяется для каждого отдельного деликвента по общим правилам выбора права для деликтных отношений (ст. 1.47 ГК Литвы).

Современная тенденция — определение применимого права по деликтным обязательствам, связанным с иностранным порядком, производится на основе принципа наиболее тесной связи (Турция, Австрия, ФРГ): «Внедоговорные требования о возмещении вреда определяются согласно праву того государства, в котором были осуществлены причинившие вред действия. Если, однако, в отношении заинтересованных лиц присутствует более прочная связь с правом одного и того же другого государства, то определяющим является это право» (ст. 52.1 Закона о МЧП Лихтенштейна). Существенно более тесная связь может следовать:

— из особого правового или фактического отношения между участниками по поводу обязательственного отношения;

— из обычного местопребывания участников в одном и том же государстве в момент события, имеющего правовое значение (ст. 41.2 ВЗ ГГУ).

В недавнем прошлом ни судебная практика, ни законодательство не предусматривали возможности автономии воли сторон по обязательствам из причинения вреда. Современный подход основан на иной позиции: любое обязательственное отношение, в том числе внедоговорного характера, предполагает право сторон на выбор применимого законодательства. Некоторые государства закрепили правомочие сторон самим избрать применимое право; в соответствии

с общей концепцией деликтных обязательств этот выбор ограничен законом страны суда (Тунис, Украина, Швейцария). Неограниченная автономия воли сторон предусмотрена в законодательстве Турции, ФРГ: «После наступления события, приведшего к возникновению внедоговорного обязательства, стороны могут избрать право, которое будет применяться к этому обязательству. Права третьих лиц остаются незатронутыми (ст. 42 ВЗ ГГУ).

Общепринятые начала теории обязательственного права заключаются в том, что деликтные обязательства возникают независимо от вины деликтанта (умышленной или неосторожной). Наличие вины презюмируется, невиновность нужно доказать. По решению суда возможно перераспределение бремени доказывания (например, по искам из нарушения исключительных авторских прав). «Если по праву места причинения ущерба или места совершения вредоносного деяния ответственность обусловлена наличием вины, способность нести вину определяется либо по личному закону причинителя вреда, либо по праву места нарушения закона» (§ 33.1 Указа о МЧП Венгрии). По общему правилу нельзя привлечь к ответственности за действие или бездействие, не являющееся противозаконным по местному закону (Китай, Египет).

Правовые последствия обязательств из причинения вреда не могут противоречить закону страны суда: «Если в соответствии с применимым иностранным правом имеет место гражданское правонарушение, но оно не является таковым в соответствии с японским правом, то убытки по нему не могут быть взысканы. Даже если гражданское правонарушение признается таковым и по иностранному праву и по японскому праву, пострадавшее лицо не может требовать предоставления ему таких средств правовой защиты (включая взыскание убытков), которые не признаются японским правом» (ст. 22 Закона о МЧП Японии).

В последнее время это правило в значительной мере смягчается: «Притязания, которые подчиняются праву какого-либо другого государства, не могут быть предъявлены в той мере, в какой они:

- идут существенно дальше, чем это необходимо для соразмерного возмещения потерпевшему;
- явно служат другим целям, нежели соразмерное возмещение потерпевшему;
- противоречат правилам о правовой ответственности какой-либо обязательной для Федеративной Республики Германии конвенции» (ст. 40.3 ВЗ ГГУ).

Закон о МЧП Великобритании устанавливает: «Общим правилом является то, что применимым правом является право местности, в которой события, составляющие рассматриваемые правона-

рушение или деликт, случились» (ст. 11.1). Правила общего права о применении к искам из деликтов английского права не применяются в случаях (ст. 10), когда:

— составляющее правонарушение действие, будь оно совершено в Великобритании, могло бы послужить основанием для иска в английском суде;

— составляющее правонарушение действие не должно быть «оправдываемо» по праву места его совершения.

Привязка к закону места совершения правонарушения не является императивной. Если при сравнении всех обстоятельств (факторов, связывающих деликт с определенной местностью) выясняется, что «сущностно более подходящим» является право другого государства, применяется право этого государства (принцип наиболее тесной связи). Критерии установления более тесной связи — «факторы, относящиеся к сторонам, к любому из событий, которые составляют... правонарушение или деликт, к любому из обстоятельств или последствий этих событий» (ст. 12).

По общему правилу ст. 11 (применение права места совершения деяния) ответчик по иску из деликта может защищаться посредством ссылки, что его деяние является законным или «простительным» с точки зрения права того государства, на чьей территории оно совершено. Такое возражение должно быть принято во внимание судом. В английском праве за основу принимается закон места совершения деликта, однако возмещение не должно превышать положенного по английскому праву.

Квалификация для целей МЧП вопросов, возникающих при каком-либо требовании, как вопросов, относящихся к правонарушению или деликту, производится судами места рассмотрения дела. Прямо запрещается применение отсылок — «применимое право... не включает любые коллизионные нормы». Применимое право используется для решения вопроса, имел ли место деликт, создающий право на иск (ст. 9).

Применение иностранного права не может противоречить принципам английского публичного порядка и отменять действие английских сверхимперативных норм. Все процессуальные вопросы по искам из деликтов (правила о доказывании, выступлениях в суде или ведении дел) регулируются исключительно английским правом (законом суда). По общему правилу не применяются иностранные уголовные, налоговые или другие публично-правовые положения (ст. 14).

В праве США господствует теория «приобретенных прав», — обязательство, возникшее в месте совершения деликта, следует за деликтом и может быть принудительно исполнено в любом месте.

Начиная с 1950-х гг. суды стали применять право того штата, который наиболее тесно связан с предметом спора. Суд учитывает место совершения правонарушения лишь как один из фактов дела и выбирает между вариантами:

- право штата, где находится домицилий сторон;
- право штата, где имели место другие события, имеющие значение для рассмотрения дела;
- право штата, который наиболее заинтересован в исходе дела.

Такой подход к разрешению коллизионного вопроса закреплён во Втором своде законов о конфликте законов.

По общему правилу «любой вопрос в деликтных или квазиделиктных обязательствах регулируется правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу. Этот штат определяется посредством оценивания силы и уместности имеющих отношение к делу устремлений вовлеченных штатов в свете... контактов каждого штата со сторонами и событиями, порождающими спор, включая место действий и вреда, домицилий, обычное пребывание или место коммерческого обзаведения сторон, а также штат, в котором отношение между сторонами, при его наличии, было сосредоточено; устремлений предотвращать неправомерное поведение и исправлять последствия вредоносных действий» (ст. 3542 ГК штата Луизиана). Установленное таким образом право не применяется, если из совокупности обстоятельств «с очевидностью явствует, что устремлениям другого штата был бы нанесен более серьезный ущерб, если бы его право не было применено к конкретному вопросу. В таком случае применяется право другого штата» (ст. 3547).

В Преамбуле Рим II отмечается, что принцип «*lex loci delicti commissi*» является основным решением в сфере внедоговорных обязательств почти во всех государствах — членах ЕС, но практическое применение этого принципа варьируется. Такая ситуация служит источником неопределенности в отношении применимого права. Привязка к стране, где расположено место наступления прямого вреда (*lex loci damni*), создает справедливый баланс интересов потерпевшего и деликвента, соответствует современной концепции гражданско-правовой ответственности и развитию системы ответственности без вины.

Генеральная коллизионная привязка по Рим II — правом, подлежащим применению к обязательству из причинения вреда, является право страны места наступления вреда, независимо от того, в какой стране произошел юридический факт, влекущий наступление вреда, и в какой стране или в каких странах наступают косвенные последствия данного юридического факта.

Применение *lex loci damni* является общим правилом. Исключение из общего правила — специальная привязка к закону общего domiciliа, если стороны имеют обычное место жительства в одной стране. В качестве «условия об изъятии» понимается привязка к закону наиболее тесной связи, если из всех обстоятельств дела вытекает, что юридический факт, влекущий наступление вреда, имеет явно более тесные связи с другой страной (ст. 4).

«Для соблюдения принципа автономии сторон и усиления правовой определенности» стороны имеют право свободно избрать законодательство, подлежащее применению к внедоговорному обязательству. Выбор права должен быть прямо выражен или определенно вытекать из обстоятельств дела (ст. 14). Суд обязан уважать намерения сторон с учетом принципа защиты слабой стороны.

12.3. Коллизионное регулирование отдельных обязательств внедоговорного характера

Как правило, законодатель предусматривает специальное регулирование отдельных видов обязательств внедоговорного характера. Прежде всего это касается «квазиделиктных» («деликтоподобных») обязательств. В некоторых юрисдикциях обязательства из неосновательного обогащения, из недобросовестной конкуренции, из ведения чужих дел без поручения регулируются на основе единой коллизионной привязки (Венесуэла, Тунис, Перу). «Управление делами других, неосновательное обогащение, уплата недолжного и иные обязательства, основанные на законе... подчиняются праву государства, на территории которого произошло обстоятельство, из которого данное обязательство возникло» (ст. 60 Закона о МЧП Италии).

В большинстве государств предусмотрено дифференцированное коллизионное регулирование различных обязательств внедоговорного характера.

Неосновательное обогащение считается одним из видов деликтов. Современное право содержит единое понятие неосновательного обогащения, которое включает уплату несуществующего долга, получение недолжного, заключение «кабальных» соглашений и «тщетных договоров». С материально-правовой точки зрения неосновательное обогащение влечет восстановление сторон в прежнее состояние (реституцию), возврат недолжно полученного и деликтную ответственность виновного лица.

Для разрешения коллизионных вопросов обязательств из неосновательного обогащения применяются дифференцированные критерии выбора права, которые устанавливаются при помощи теорий локализации, наиболее тесной связи, существа отношения.

Господствующей является теория коллизионной привязки к месту обогащения: «Обязательства, основанные... на неосновательном обогащении, регулируются правом места совершения действия, которое послужило основанием возникновения этих обязательств» (ст. 3125 ГК Квебека).

В континентальном праве по спорам из неосновательного обогащения применяются право места, где произошло необоснованное обогащение (Украина), и закон, на основании которого осуществлена передача имущественной ценности в пользу обогатившегося (Португалия, Испания). К притязаниям вследствие посягательства на охраняемый интерес применяется право государства, в котором произошло посягательство (ФРГ). Стороны могут договориться о применении закона суда (Украина, Швейцария).

В праве ЕС (Регламент Рим II) коллизионное регулирование обязательств из неосновательного обогащения основано на «каскадной системе типов привязок». Если такое обязательство затрагивает существующие отношения между сторонами (договор или деликт), тесно связанные с этим неосновательным обогащением, то применимым правом является право, которое регулирует данные отношения (основное право). Возможно применение закона общего домицилия сторон (субсидиарное право первой степени) и права места неосновательного обогащения (субсидиарное право второй степени). Если из обстоятельств дела вытекает, что обязательство вследствие неосновательного обогащения имеет явно более тесные связи с другой страной, применяется право этой страны.

Рим II устанавливает точно такую же «каскадную систему типов привязок» к *ведению чужих дел без поручения*.

В национальном законодательстве к ведению чужих дел без поручения применяется право места совершения подобных действий (Испания, Португалия, Румыния): «К ведению чужих дел без поручения является применимым закон места, в котором происходит основная деятельность ведущего дела лица» (ст. 43 ГК Португалии). К обязательствам, вытекающим из использования чужой вещи без ведения чужого дела, применимо право места, где совершился факт, из которого возникло обязательство (Балканские страны). К притязаниям вследствие исполнения чужого обязательства применяется право, регулирующее указанное обязательство (ФРГ).

Право места осуществления деятельности — генеральная коллизионная привязка ведения чужих дел без поручения; если, однако, это деяние находится во внутренней связи с каким-либо другим правоотношением, действует право, применимое к такому правоотношению (Лихтенштейн, Австрия).

Требования о возмещении вреда и другие требования из *недобросовестной конкуренции* определяются по праву того государства, на чей рынок конкуренция оказывает влияние (Австрия, Швейцария, Румыния). По Рим II к обязательству из недобросовестной конкуренции применяется право страны, на территории которой затрагиваются конкурентные отношения или коллективные интересы потребителей. Правом, применимым к обязательству из ограничения конкуренции, является право страны, в которой затрагивается или может затрагиваться рынок.

Право, применимое к *возмещению ущерба, причиненного вследствие недостатков товаров, работ (услуг)*, определяется по выбору потерпевшего (Украина, Швейцария, Румыния). «Ответственность за товар регулируется, по выбору потерпевшего лица, правом:

- 1) государства, в котором изготовитель имеет свое коммерческое обзаведение или же свое место жительства (место нахождения);
- 2) государства, в котором товар был приобретен, если только изготовитель не докажет, что товар был выпущен на рынок без его согласия;
- 3) государства, где произведено вредоносное действие;
- 4) государства, где потерпевшее лицо имеет свое обычное место пребывания» (ст. 72 Кодекса МЧП Туниса).

По Рим II к таким обязательствам применяется закон домицилия потерпевшего, право места приобретения продукции, право места наступления вреда.

В случае применения иностранного права к требованию о возмещении вреда, причиненного недостатками или неверным описанием товара, может быть присуждено только такое возмещение, которое полагалось бы за такой вред в соответствии с правом страны суда (Швейцария, Румыния).

В Швейцарии, Румынии, Великобритании *требования о возмещении вреда, основанные на посягательствах против личности*, предполагают отдельное коллизионное регулирование. К требованиям о защите прав личности, основанным на факте распространения порочащих сведений в средствах массовой информации; к требованиям о защите прав личности, нарушенных вследствие обработки персональных данных и ущемления права на получение сведений о таких данных, «применяется, по выбору потерпевшего:

а) право государства обычного пребывания потерпевшего, при условии, что причинитель вреда должен был ожидать наступления вредных последствий на территории этого государства;

б) право государства, в котором причинитель имеет место делового обзаведения или обычного пребывания;

с) право государства, в котором наступили вредные последствия посягательства, при условии, что причинитель должен был ожидать наступления вредных последствий на территории этого государства.

К праву на опровержение порочащих сведений в средствах массовой информации периодического характера применяется исключительно право государства, в котором была выпущена в свет публикация или передача» (ст. 139 Закона о МЧП Швейцарии).

В новейшем законодательстве по МЧП учитывается, что личные права могут быть нарушены посредством Интернета: «Требования, которые возникают вследствие противоправных действий с использованием Интернета, регулируются одним из следующих прав, с которым имеется наиболее тесная связь:

(1) правом места совершения действия; если место совершения действия невозможно установить — правом местожительства причинителя;

(2) если причинитель должен был предвидеть место наступления вреда — правом места наступления этого вреда;

(3) если нарушаются личные права потерпевшего — правом страны гражданства.

Если причинитель совершает противоправное действие с использованием Интернета при осуществлении коммерческой деятельности, действует право места коммерческой деятельности» (§ 28 Закон о МЧП Тайваня). Китайский законодатель для нарушения личных прав посредством Интернета предусмотрел одну коллизионную привязку — право обычного местопребывания потерпевшего (§ 46 Закона о МЧП).

К требованиям о *возмещении вреда, причиненного недвижимым имуществом*, применяется, по выбору потерпевшего, право места нахождения вредоносного имущества или право места наступления вредных последствий (ст. 138 Закона о МЧП Швейцарии).

Законопроект Австралии о выборе права содержит специальный раздел «Автотранспортные происшествия». Требование, возникающее из *личного вреда, вызванного полностью или частично автотранспортным происшествием*, подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте нахождения лица в момент причинения вреда. Если пострадавший умирает в результате вреда, требование, возникающее ввиду смерти, подлежит определению в соответствии с тем же правом.

Применимое право по требованиям, возникающим из личного вреда, вызванного автотранспортным происшествием, может подчиняться праву государства, установленного на основе принципа наиболее тесной связи. Критерии наиболее тесной связи:

— место пребывания сторон на момент происшествия;

— место регистрации вовлеченных в дело транспортных средств.
По желанию истца к требованию в отношении личного вреда или смерти, вызванных автотранспортным происшествием, может применяться:

- право места пребывания истца;
- право места регистрации транспортного средства;
- право, в соответствии с которым при определении требования не является необходимым устанавливать небрежность или вину.

Во многих национальных кодификациях МЧП требования о *возмещении вреда, причиненного в результате дорожного происшествия*, регулируются правом, которое применяется согласно Гаагской конвенции о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям 1971 г. (ст. 1.44 ГК Литвы, ст. 99.5 Кодекса МЧП Бельгии).

Вопросы, относящиеся к *распределению ущерба и финансовой защите*, регулируются правом, определяемым в следующем порядке (ст. 3544 ГК штата Луизиана):

— если на момент наступления вреда пострадавший и причинитель вреда были domiciliрованы в одном и том же штате — правом этого штата (лица, domiciliрованные в штатах, чье право по конкретному вопросу является по существу идентичным, рассматриваются как если бы они были domiciliрованы в одном и том же штате);

— если на момент наступления вреда пострадавший и причинитель вреда были domiciliрованы в различных штатах:

и вред, и поведение, которое причинило его, имели место в одном штате — правом этого штата;

вред и поведение, которое причинило его, имели место в различных штатах — правом штата, в котором наступил вред, при условии: а) пострадавший был domiciliрован в этом штате; б) деликвент должен был предвидеть наступление вреда в этом штате; в) право этого штата предусматривает более высокий стандарт финансовой защиты для пострадавшего, чем право штата, в котором вредоносное поведение имело место.

Причинение вреда окружающей среде предполагает применение права места наступления вреда или места возможного наступления вредных последствий (ст. 99.2.3 Кодекса МЧП Бельгии). Рим II под «вредом окружающей среде» понимает негативное изменение природного ресурса (воды, земли, воздуха), нарушение функции, осуществляемой этим ресурсом, ухудшение биологического разнообразия (ст. 7). Данная статья направлена на регулирование деликтных отношений, включающих в свой состав трансграничный элемент, поэтому место совершения деликта и место наступле-

ния вредных последствий обязательно будут находиться в разных государствах и иметь разные стандарты ответственности виновной стороны и финансовой защиты пострадавшей стороны. Основное право по Рим II — *lex loci damni*. При этом пострадавшее лицо может выбрать в качестве применимого право страны, где произошел вредоносный юридический факт. Цель предоставления выбора применимого права пострадавшей стороне заключается в том числе для защиты всех стран ЕС от экологического загрязнения¹.

Нарушение прав интеллектуальной собственности позиционируется как деликт в Регламенте Рим II. В целях Рим II термин «права интеллектуальной собственности» интерпретируется как означающий авторские права, смежные права, право *sui generis* на охрану баз данных и права промышленной собственности. Общее правило установлено в ст. 8 — правом, подлежащим применению, является право страны, применительно к которой предъявляется требование о защите.

Нарушение правил деловых переговоров, проводимых непосредственно перед заключением договора (*culpa in contrahendo*), — это автономное понятие, закрепленное в Рим II, которое не должно интерпретироваться в значении национального права. *Culpa in contrahendo* представляет собой нарушение обязанности информировать и разрыв переговоров о заключении договора. Основное право — это общий статут договора, т.е. право, которое применяется к договору в целом. Субсидиарное право I степени — право страны места наступления вреда, независимо от того, в какой стране произошел вредоносный юридический факт, или в каких странах наступают косвенные последствия данного юридического факта. Субсидиарное право II степени — право общего domicilia сторон в момент, когда происходит вредоносный юридический факт. Субсидиарное право III степени — закон наиболее тесной связи: когда из обстоятельств дела вытекает, что внедоговорное обязательство, возникающее вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора, имеет явно более тесные связи с другой страной (ст. 12).

12.4. Коллизионное регулирование внедоговорных обязательств в Российской Федерации

Генеральная общая коллизионная норма деликтных обязательств в российском праве — это применение права страны места совершения вредоносного действия или бездействия (п. 1 ст. 1219 ГК РФ).

¹ Symeonides S. S. Rome II A Centrist Critique // Yearbook of Private International Law. 2007. Vol. IX.

Закон места совершения деликта применяется во всех случаях, независимо от того, совершено ли правонарушение на территории РФ или за границей.

Право места наступления вредоносных последствий применяется, если деликвент предвидел или должен был предвидеть наступление вредных последствий на территории этого государства. Российский законодатель учитывает современные тенденции коллизионного регулирования деликтных отношений и предусматривает применение презумпций общего гражданства и общего домицилия. Приоритет принадлежит презумпции общего гражданства (п. 2 ст. 1219):

- к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, применяется право этой страны;

- если стороны такого обязательства не являются гражданами одной и той же страны, но имеют место жительства в одной и той же стране, применяется право этой страны.

Деликтный статут правоотношения определен в ст. 1220:

- способность лица нести ответственность за причиненный вред;

- ответственность лица, не являющегося непосредственным деликвентом;

- основания ответственности, ее ограничения и освобождения от нее;

- способы, объем и размер возмещения вреда.

Российский законодатель закрепляет специальную коллизионную привязку для решения вопросов деликтоспособности иностранцев — на основании права, подлежащего применению к деликтному обязательству в целом, а не на основании коллизионного принципа личного закона (ст. 1220).

После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекшего причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда (п. 3 ст. 1219).

Установление содержания иностранного деликтного права производится российским судом исходя из правил официального толкования иностранного права (по правилам ст. 1191 ГК РФ). Случаи ограничения применения иностранного права, закрепленные в ст. 1192, 1193 ГК РФ, применяются и к спорам из деликтных обязательств. Воздушный кодекс РФ и КТМ РФ предусматривают специальные случаи ограничения применения права места причинения вреда. Нормы этих кодексов имеют приоритетное применение перед нормами ГК РФ, поскольку и Воздушный кодекс РФ, и КТМ РФ являются специальными законами, регулирующими отношения в конкретной

области, и в данном случае действует принцип приоритета специального закона перед общим.

В разделе о внедоговорных обязательствах ГК РФ закреплены нормы о применимом праве к ответственности за ущерб, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги. Законодатель предусматривает особые нормы для решения коллизионных вопросов этих отношений. Устанавливается право потерпевшего на выбор наиболее благоприятного для него закона: страны места жительства самого потребителя; страны места жительства или места нахождения лица, оказывающего услугу, либо производителя; страны, где потребитель приобрел товар или получил услугу («цепочка» коллизионных норм — ст. 1221).

Выбор потерпевшим применимого права может быть признан только в случае, если причинитель вреда не докажет, что товар поступил в соответствующую страну без его согласия. Если потерпевший не воспользовался предоставленной ему возможностью выбора применимого права, то коллизионное регулирование осуществляется по общим правилам деликтных обязательств (п. 3 ст. 1221 — отсылка к ст. 1219).

К обязательствам, возникшим вследствие неосновательного обогащения (ст. 1223), применяется право страны, где обогащение имело место. Возможна автономия воли сторон, ограниченная правом выбора закона страны суда. Кроме того, применяется право существа отношения (п. 2 ст. 1223). К обязательствам, возникшим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства (ст. 1222).

В Концепции развития гражданского законодательства РФ 2008 г. отмечается, что необходимо расширить круг внедоговорных обязательств, в отношении которых ГК РФ предусматривает коллизионное регулирование. Желательно разработать коллизионные нормы относительно: 1) действий, ограничивающих свободную конкуренцию, 2) нарушения интеллектуальных прав, 3) ведения чужих дел без поручения (*negotiorum gestio*), 4) преддоговорной ответственности (*culpa in contrahendo*). Если потерпевший и деликвент состоят в договорных отношениях и вред причинен в связи с договором, целесообразно в ст. 1219 ГК установить возможность применения к обязательству из причинения вреда права, применимого к такому договору.

Пункт 3 ст. 1219 ГК РФ о допустимости выбора права сторонами обязательства из причинения вреда нуждается в пересмотре в направлении расширения автономии воли. Желательно предусмотреть возможность выбора сторонами права любой страны,

а не только страны суда. Целесообразно включить положение, что стороны, осуществляющие предпринимательскую деятельность, могут выбрать право, применимое к обязательствам из причинения вреда, путем заключения соглашения до момента совершения действия или наступления обстоятельства, послужившего основанием для требования о возмещении вреда. При этом выбор права не должен затрагивать права третьих лиц. Необходимо также решить вопрос о соотношении таких положений с нормами, регулирующими выбор права сторонами договора. Некоторые пункты ст. 1210 ГК РФ могут быть распространены и на случаи, когда допустим выбор применимого права для обязательств из причинения вреда.

Однако проект ГК предлагает несколько иной подход — п. 3 ст. 1219 излагается в следующей редакции: *«3. Если из совокупности обстоятельств дела вытекает, что обязательство вследствие причинения вреда тесно связано с договором между потерпевшим и причинителем вреда, заключенным при осуществлении этими сторонами предпринимательской деятельности, к этому обязательству применяется право, подлежащее применению к такому договору»*. Возможность выбора права сторонами деликтного отношения вытекает из п. 6 ст. 1210: *«Если иное не вытекает из закона или существа отношения, положения пунктов 1—3 и 5 настоящей статьи соответственно применяются к выбору по соглашению сторон права, подлежащего применению к иным отношениям, когда такой выбор допускается законом»*.

Проект содержит масштабные новеллы по вопросу коллизионного регулирования деликтных обязательств. Предлагается включить несколько новых норм:

- *«Статья 1220.1. Право, подлежащее применению к определению допустимости требования о возмещении вреда непосредственно страховщиком*

Требование о возмещении вреда может быть предъявлено потерпевшим непосредственно к лицу, застраховавшему ответственность другого лица за причинение вреда, если это допускается по праву, подлежащему применению к обязательству такого другого лица возместить вред, либо по праву, подлежащему применению к договору страхования».

- *«Статья 1222.1. Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора*

К обязательствам, возникающим вследствие недобросовестного ведения переговоров о заключении договора, применяется право, подлежащее применению к договору, а если договор не был заключен,

то применяется право, которое применялось бы к договору, если бы он был заключен.

Если применимое право не может быть определено в соответствии с частью первой настоящей статьи, право, подлежащее применению, определяется в соответствии со статьей 1219 и статьей 1223.1 настоящего Кодекса».

- «Статья 1223.1. Выбор права сторонами обязательств, возникающих вследствие причинения вреда и неосновательного обогащения

1. После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда или неосновательное обогащение, стороны могут выбрать по соглашению между собой право, подлежащее применению к обязательству вследствие причинения вреда или неосновательного обогащения.

Выбранное сторонами право применяется без ущерба для прав третьих лиц.

Если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда или неосновательное обогащение, следует, что обязательство вследствие причинения вреда или неосновательного обогащения реально связано только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой такое обязательство реально связано».

Статью 1222 «Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции» предлагается изложить в следующей редакции:

«1. К обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут или может быть затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства.

Если недобросовестная конкуренция затрагивает исключительно интересы отдельного лица, применимое право определяется в соответствии со статьей 1219 и статьей 1223' настоящего Кодекса.

2. К обязательствам, возникающим вследствие ограничения конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут или может быть затронут таким ограничением конкуренции, если иное не вытекает из закона или существа обязательства».

Из п. 1 ст. 1223 «Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения» предлагается исключить положение, что «стороны могут договориться о применении к таким обязательствам права страны суда».

12.5. Интернет-деликты и борьба с ними

Новые информационные технологии привели к появлению новых видов деликтов («высокотехнологичных правонарушений»). Среди Интернет-деликтов можно отметить:

- фишинг (спам в форме дезинформации) — рассылка по электронной почте сообщений с веб-страниц, созданных таким образом, что они производят впечатление реально существующих сайтов с целью сбора персональных данных и конфиденциальной информации. Эта частная информация используется для совершения покупок мошенническим путем;

- компьютерное пиратство — незаконное распространение объектов интеллектуальной собственности, выраженных в цифровой форме;

- дефейс — получение несанкционированного доступа к Интернет-сайту с последующим удалением или заменой отображаемой информации (как правило, главной страницы сайта), т.е. взлом электронных ресурсов в хулиганских целях;

- хакерство — взлом электронных ресурсов в целях получения доступа к конфиденциальной информации;

- спам — распространение информации помимо воли ее получателей, способом, наносящим материальный и моральный вред получателям и третьим лицам. При получении электронных сообщений существуют угрозы активации вредных компьютерных программ (вирусов);

- киберсквоттинг — незаконный захват доменных имен; регистрация доменного имени, идентичного или сходного до степени смешения с товарным знаком третьего лица с целью последующей продажи доменного имени этому лицу, за сумму, значительно превышающую расходы по регистрации.

В 2004 г. был принят Лондонский план действий по международному сотрудничеству в области применения законодательства против спама. К Лондонскому плану действий присоединились 45 организаций, представляющих регулирующие органы, профессиональные объединения и компании телекоммуникационной индустрии из 25 стран (Великобритания, Германия, Китай, США, Россия, Япония).

В 2004 г. представители международных правоохранительных учреждений объявили о создании электронной сети Фишнет (Digital PhishNet) — совместного правоохранительного мероприятия, в рамках которого лидеры в сфере высоких технологий, банковского дела, финансовых услуг и онлайн-аукционов совместно с правоохранительными органами борются с фишингом. Благодаря Фишнет создается единая, унифицированная система связи между компаниями и правоохранительными органами, что позволит собирать данные, необходимые для борьбы с фишингом, и предоставлять их правоохранительным органам в режиме реального времени.

В 1999 г. в рамках ICANN совместно с ВОИС была разработана Унифицированная политика разрешения споров о доменных именах (UDRP). В соответствии с этим документом признание действий обладателя спорного доменного имени в качестве правонарушения ставятся в зависимость от присутствия в его действиях признаков недобросовестности. Административная процедура разрешения споров, установленная UDRP, основана на юридической конструкции «недобросовестной регистрации и использования» доменного имени.

В разд. 4 UDRP закреплён исчерпывающий перечень признаков, указывающих на то, что доменное имя зарегистрировано и используется недобросовестно:

- доменное имя зарегистрировано или приобретено с целью последующей продажи, сдачи в аренду, иной передачи владельцу сходного товарного знака либо его конкуренту за сумму, превышающую документально подтвержденные, напрямую связанные с этим доменным именем расходы;

- доменное имя зарегистрировано с целью воспрепятствовать использованию товарного знака его владельцем в корреспонденции доменным именем, при условии, что лицо, зарегистрировавшее доменное имя, вовлечено в такую деятельность;

- доменное имя зарегистрировано с целью подрыва деятельности конкурента;

- используя доменное имя, его владелец намеренно, с целью приобретения коммерческой выгоды, пытается привлечь пользователей Интернета к своему сайту. С помощью чужого товарного знака создается вероятность введения публики в заблуждение относительно происхождения, источника финансирования, принадлежности или поддержки сайта, товаров либо услуг, предлагаемых на сайте.

Действия, обладающие признаками «недобросовестной регистрации и использования» доменного имени подпадают под понятие «злоупотребление правом». В доктрине выделяется злоупотребление с прямым умыслом нанести ущерб интересам других лиц — шикана. К этой категории относятся злоупотребления, получившие наименование «киберсквоттинг».

Одним из важнейших вопросов в сфере борьбы с Интернет-деликтами является определение лица, которое должно нести ответственность. Любые действия в Сети невозможны без участия «посредников» — лиц, оказывающих услуги в Интернете, связанные с функционированием Сети и делающие возможным ее использование (провайдеры). В настоящее время имеется несколько подходов к ответственности провайдеров:

- провайдер несет ответственность за все действия пользователей, вне зависимости от того, знает ли он о совершаемых действиях (Китай, страны Ближнего Востока);

- провайдер не несет ответственности за действия пользователей, если им соблюдаются условия, установленные в законодательстве (европейские страны, США);
- провайдер не отвечает за действия пользователей;
- ответственность провайдеров не урегулирована законодательно и решение всех вопросов оставлено на усмотрение правоприменительных органов (Россия).

Один из немногих международно-правовых актов, устанавливающих ответственность провайдеров, — Директива ЕС о некоторых правовых аспектах информационного общества, в особенности об электронной торговле на внутреннем рынке (2000) (Директива об электронной торговле). Закрепленные в Директиве правила об ответственности провайдеров имеют универсальный характер и относятся к любой деятельности в Интернете, к любым случаям незаконного размещения информации (нарушение авторских прав, недобросовестная конкуренция, клевета, разжигание розни).

Государства-участники не имеют права устанавливать в национальном законодательстве обязанность провайдеров отслеживать передаваемую или размещаемую информацию, а равно обязанность провайдеров осуществлять поиск фактов, свидетельствующих о незаконном характере действий пользователей. Может быть установлена обязанность провайдеров незамедлительно уведомить компетентные органы власти о фактах незаконной деятельности. Одновременно Директива не затрагивает права государств-участников требовать от провайдеров выполнения установленных национальным законодательством «разумных» обязанностей по выявлению и предотвращению противоправной деятельности»; на провайдеров может быть возложена обязанность по выявлению и предотвращению незаконного доступа к информации, «взлома» сайтов. Провайдер несет ответственность за действия пользователей, если он знает об их незаконной деятельности.

Контрольные вопросы

1. В чем заключаются основные проблемы обязательств внедоговорного характера в МЧП?
2. Как можно определить общие принципы коллизионного регулирования внедоговорных обязательств?
3. В чем проявляется специфика коллизионного регулирования отдельных обязательств внедоговорного характера?
4. Как осуществляется коллизионное регулирование внедоговорных обязательств в Российской Федерации?
5. Что представляют собой Интернет-деликты?

Международное наследственное право

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- основные проблемы международного наследственного права;
- коллизийное регулирование в международном наследственном праве;
- коллизийное регулирование наследования движимого и недвижимого имущества;
- международно-правовое регулирование наследственных отношений;
- режим «выморочного» имущества в МЧП;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

13.1. Основные проблемы международного наследственного права

Международное наследственное право — это совокупность норм, регулирующих наследственные отношения, связанные с правопорядком двух и более государств. Такие отношения входят в сферу дей-

ствия МЧП. Отношения по наследованию — наиболее «консервативная» сфера гражданского оборота. Они тесно связаны со сложившимися в обществе нравственными представлениями, семейными устоями и национальными традициями. Принципиальные различия национальных материально-правовых норм наследственного права порождают трудно разрешимые коллизионные проблемы:

- 1) определение круга наследников по закону и по завещанию;
- 2) определение круга недостойных наследников;
- 3) определение обязательной доли;
- 4) состав наследственного имущества;
- 5) требования к форме завещания;
- 6) наследование движимого и недвижимого имущества;
- 7) применение принципа единства наследственной массы;
- 8) вопросы действительности завещания.

Наследственное право континентальных стран (Франция, Германия, Италия, Испания, Япония, Бразилия) придерживается концепции наследования как правопреемства (наследники становятся на место наследодателя в отношении его прав и обязанностей). В отдельных случаях наследование представляет собой сингулярное правопреемство, — к другим лицам переходит отдельное имущественное право (наследственная трансмиссия, легат).

В большинстве стран общего права (США, Великобритания, Индия, Канада, Австралия) при наследовании имеет место не правопреемство, а ликвидация имущества наследодателя. Это осуществляется в рамках особой процедуры («администрирование») и под контролем суда. Наследники не являются преемниками прав и обязанностей наследодателя, имущество которого превращается в особую разновидность доверительной собственности (траст). После завершения процедуры администрирования оставшееся имущество передается наследникам.

Открытие наследства — это юридический факт, в силу которого возникают наследственные правоотношения. Основания открытия наследства — смерть наследодателя или объявление его умершим. На территории РФ не могут приниматься во внимание иные основания открытия наследства (гражданская смерть или посвящение себя служению религии — Греция).

Если несколько лиц, последовательно призываемых к наследованию, погибают при одном и том же несчастном случае, возникают сложности с установлением момента смерти каждого. Для решения этой проблемы ФГК закрепляет несколько презумпций: «Если несколько лиц, последовательно призываемых к наследованию... погибают при одном и том же несчастном случае, причем нельзя установить, которое из этих лиц умерло первым, то предположение

о том, кто пережил других, устанавливается обстоятельствами дела, а если эти обстоятельства неизвестны, то сообразно с силой, присущей возрасту и полу. Если те, кто погиб совместно, не достигли 15-летнего возраста, то предполагается, что старший по возрасту пережил других. Если все они были старше 60 лет, то предполагается, что младший по возрасту пережил других. Если одни не достигли 15-летнего возраста, а другие были старше 60 лет, то предполагается, что первые пережили вторых».

В США применяется понятие «момент открытия наследства», т.е. день, час и минута. На федеральном уровне действует Единообразный закон об одновременной смерти. Основная мысль Закона — последовательность смертей не важна, если наследник не пережил наследодателя на определенное время («часовое пережитие»). Нормы Закона применяются, если последовательность смертей не доказана. При наличии доказательств, что одно лицо пережило другое на какое-то время, Закон не применяется и наследование происходит в обычном порядке (на основе правила «о смерти в быстрой» последовательности).

Виды наследования — наследование по завещанию и наследование по закону. Наследование по завещанию является основным видом наследования. Исходное начало наследования по завещанию и в континентальном, и в общем праве — сочетание двух основополагающих принципов: свободы завещания и охраны интересов семьи. Практически везде завещание понимается как односторонняя сделка, волевой акт наследодателя.

В подавляющем большинстве стран существует понятие обязательной доли — ограничение принципа свободы завещания в пользу членов семьи наследодателя. В законодательстве по МЧП учитываются их права: «Если наследство осталось после смерти гражданина республики Литва, применяется право республики Литва, за исключением вопросов наследования недвижимого имущества, если наследники проживают в республике Литва и заявляют свои права на обязательную (законную) долю наследства» (ст. 1.62 ГК Литвы).

Во Франции «свободная доля» — это доля, доступная собственнику для завещательных распоряжений и прижизненных дарений; остальное имущество подлежит распределению между близкими родственниками наследодателя (дети и родители). Размер свободной доли зависит от количества детей — чем больше детей, тем меньше размер этой доли.

В Англии нет понятия обязательной доли. До 1938 г. наследодатель мог лишить семью права на наследство; в настоящее время и переживший супруг, и бывший супруг, не вступивший в новый брак, и дети наследодателя (в том числе внебрачные) имеют право

на получение «разумного содержания» из наследственного имущества.

Требования к форме завещания:

1. Простая письменная (олографическое завещание): «Испанцы могут совершать олографическое завещание... даже в странах, чьи законы не допускают упомянутое завещание» (ст. 732 ГК Испании). Никто, кроме завещателя, не вправе подписывать завещание, даже если наследодатель присутствует при этом. Однако завещание не может быть признано недействительным, если необходимая подпись выполнена в начале завещания, между строк, после преамбулы, на оборотной стороне листа (Закон Канады «О реформировании наследственного права» (1994)).

2. Обязательное удостоверение в установленном законом порядке (у нотариуса, в иных компетентных органах) или завещание в виде публичного акта: «Завещание, совершенное португальским гражданином в иностранном государстве с соблюдением компетентного иностранного закона, влечет последствия в Португалии, только если была соблюдена какая-либо торжественная форма его совершения или одобрения» (ст. 2223 ГК Португалии).

3. Законодательство большинства стран предусматривает возможность составления тайных (закрытых) завещаний (Испания, Франция, Россия). Во многих странах запрещены совместные завещания (Франция, Италия, Нидерланды): «Не является действительным в Испании совместное завещание... которое испанцы составляют за границей, даже если его разрешают законы государства, где оно было составлено (ст. 773 ГК Испании). Не меньшее число стран устанавливает институт совместных (взаимных) завещаний (Англия, Германия, Австрия): «(1) К договору о наследовании применяется право государства местожительства наследодателя на момент заключения договора или право государства гражданской принадлежности лица. Применимое право определяет допустимость, действительность, содержание и обязательность для исполнения договора о наследовании, а также наследственно-правовые последствия. (2) Взаимное завещание должно в момент его составления соответствовать праву государств местожительства обоих завещателей или праву совместно ими выбранного государства местожительства одного из супругов» (ст. 29 Закона о МЧП Эстонии).

Наследование по закону имеет субсидиарное значение. Наследование по закону производится:

- 1) завещание отсутствует, отменено, признано недействительным;
- 2) по завещанию наследуется только часть наследственной массы;
- 3) существуют лица, имеющие право на обязательную долю в наследстве;

4) наследник по завещанию отказался от наследства.

Определение круга наследников по закону основано на принципах родства, брака и государственной принадлежности наследодателя¹. На основе первого принципа призываются родственники наследодателя, второго — переживший супруг, третьего — государство, гражданином которого был наследодатель или в котором он постоянно проживал.

В ФРГ и Швейцарии порядок призвания родственников к наследованию определяется системой «парантелл»:

- 1) наследодатель и его потомки;
- 2) родители наследодателя и их нисходящие;
- 3) деды и бабки наследодателя по отцовской и материнской линии и их нисходящие.

Законодательство ФРГ не ограничивает число парантелл; наследниками могут стать самые дальние родственники. В Швейцарии круг наследников по закону ограничен тремя парантеллами. Переживший супруг не включается ни в одну из парантелл, но призывается к наследованию наряду с родственниками, входящими в состав первых трех парантелл, устраняя от наследования всех остальных.

В Англии привилегированное положение в ряду наследников по закону занимает переживший супруг. При наличии нисходящих переживший супруг имеет право на получение фиксированной денежной суммы, установление размера которой — компетенция лорда-канцлера. Если все наследственное имущество меньше установленной денежной суммы, оно полностью переходит к пережившему супругу.

Если пережившего супруга нет, наследование происходит последовательно по очередям:

- 1) нисходящие наследодателя;
- 2) родители наследодателя;
- 3) полнородные братья и сестры;
- 4) неполнородные братья и сестры;
- 5) дед и бабка (по отцовской и материнской линии);
- 6) полнородные дяди и тетки;
- 7) неполнородные дяди и тетки.

В наследственном праве большинства государств закреплён институт недостойного наследника. Недостойные наследники устраняются от наследования на основаниях, указанных в законе. По законодательству Ирана объявление лица недостойным наследником осуществляется в рамках регламентации наследования по закону (варасат). Права наследования лишены иноверцы и лица, совершив-

¹ Алешина А. В. Коллизийные вопросы наследования по закону в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006.

шие умышленное убийство наследодателя (за исключением необходимой самообороны). Не могут наследовать супруги, если в суде один из них обвинил другого в супружеской измене.

Закон Испании о наследовании (1981) определяет круг лиц, не имеющих права наследовать ни по закону, ни по завещанию:

1) родители, бросившие своих детей или заставляющих своих дочерей заниматься проституцией либо совершивших против них акты насилия;

2) лица, осужденные за действия, направленные против наследодателя, его супруга, нисходящих или восходящих родственников;

3) лица, клеветнически обвинившие наследодателя в совершении преступления, по которому он был осужден к каторжным работам или пожизненному заключению;

4) совершеннолетний наследник, который, зная о насильственной смерти наследодателя, не заявил о ней органам следствия в течение месяца со дня смерти наследодателя.

Один из самых сложных вопросов международного наследственного права — определение понятий движимого и недвижимого имущества.

В англо-американском праве исторически сложилось деление имущества на реальное (real property) и персональное (personal property). Определение реального имущества сформулировано в английском Законе о собственности (1925) — это земля, материальные вещи, неразрывно связанные с землей и составляющие единое целое. Приравненные в России в порядке правовой фикции к недвижимости космические объекты, самолеты и корабли, к реальному имуществу ни в Англии, ни в США не относятся, — они считаются особым видом движимого имущества, подлежащим регистрации¹.

ГК Италии дает исчерпывающий перечень объектов, относящихся к недвижимому имуществу: земля, водные источники и ручьи, деревья, строения и другие сооружения, соединенные с землей постоянно или на определенное время, все, что естественным или искусственным образом оказывается в земле. Все остальное имущество считается движимым.

При рассмотрении споров из наследственных правоотношений во многих случаях возникает проблема оговорки о публичном порядке: при определении наследственных долей отдельных наследников, круга недостойных и обязательных наследников. В государствах общего и континентального права не могут применяться положения мусульманского права, устанавливающие наследственные привилегии в силу старшинства или принадлежности к мужскому

¹ Паничкин В. Б., Боровик О. Ю. Наследственное право США. СПб., 2006.

полу (наследник получает двойную долю наследства по сравнению с наследницами).

13.2. Коллизионное регулирование в международном наследственном праве

По общему правилу, в сфере наследственных прав иностранцы должны пользоваться национальным режимом: «Иностранцы призываются к наследствам, на которые не имеется завещания, и открывшимся в Чили, тем же образом и согласно тем же правилам, что и чилийцы» (ст. 997 ГК Чили). Во многих государствах предоставление иностранцам национального режима обусловлено наличием взаимности: «В отсутствие международной взаимности являются не[право]способными наследовать по завещанию или без завещания... иностранцы, которые согласно законам своей страны не могут завещать или оставить без завещания свои имущества в пользу мексиканцев» (ст. 1328 ГК Мексики).

В США (Калифорния, Невада, Айова) действуют законы, в силу которых право наследования находящегося в США имущества признается за проживающими за границей иностранцами только при наличии взаимности. Бремя доказывания взаимности возлагается на призываемого к наследованию иностранца: он должен доказать (в данном конкретном процессе, независимо от того, было ли это доказано в другом аналогичном процессе), что государство его проживания предоставляет американским гражданам право наследования находящегося на территории этого государства имущества.

Суды США в наследственных делах иногда придерживаются практики валютной взаимности: для признания прав наследования в отношении находящихся в США денежных сумм выставляется требование представить доказательство того, что американец из государства проживания наследника-иностранца также может получить причитающиеся ему наследственные суммы путем перевода их в США.

Законы штатов Нью-Джерси, Массачусетс, Нью-Йорк предоставляют судам право отказывать в разрешении на выплату наследственных сумм находящимся за границей наследникам. В отношении этих сумм дается распоряжение об их взносе в депозит казначейства, если суд придет к выводу, что иностранный наследник не получит от наследства выгоды, не приобретет контроля в отношении наследства, т.е. по праву своего государства не сможет самостоятельно распорядиться полученным наследством¹.

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

В доктрине выработано понятие «*наследственный статут*» правоотношения (статут наследования) — это определяемое на основании коллизионной нормы право, подлежащее применению ко всей совокупности наследственных отношений, связанных с иностранным правопорядком: «Закон, применимый к наследованию, в частности, определяет:

- а) время открытия наследства;
- б) лиц, призванных к наследованию;
- с) качества, которыми должны обладать наследники;
- д) порядок владения имуществом, оставленным наследодателем;
- е) условия и последствия распоряжения наследодателя на случай смерти;

ф) пределы обязанности наследников уплачивать долги наследодателя;

г) право государства наследовать выморочное имущество» (ст. 68 Закона о МЧП Румынии).

Законодательство отдельных стран устанавливает единый статут наследования — вся совокупность наследственных отношений, связанных с иностранным правопорядком, регулируется на основе единой коллизионной привязки:

1. Закон страны гражданства наследодателя: «Наследственные отношения определяются по праву государства, гражданином которого являлся наследодатель на момент своей смерти» (ст. 28 ГК Греции). Это коллизионное начало является наиболее распространенным.

2. Закон страны последнего места жительства наследодателя: «Наследование определяется, каким бы ни было местонахождение имущества, законом последнего места жительства наследодателя» (ст. 2100 ГК Перу).

3. Закон страны места нахождения наследства: «Закон места нахождения наследственных имущества на момент кончины лица, о наследовании после которого идет речь, определяет все относящееся к наследованию по закону и по завещанию» (ст. 2400 ГК Уругвая).

Тунисский законодатель установил альтернативное применение трех коллизионных начал: «Наследование подчиняется внутреннему закону государства, гражданство которого имел наследодатель на момент смерти, или закону государства его последнего места жительства, или закону государства, в котором он оставил после себя имущество» (ст. 54 Кодекса МЧП).

Основная коллизионная привязка наследственных отношений — личный закон наследодателя. В связи с этим возникает проблема перемены domicilio «с обманной целью»: опекун намеренно меняет место жительства несовершеннолетнего, чтобы изменить распреде-

ление наследства в случае его смерти. В деле *Pottinger v. Wightman* (1918) решение английского суда основано на доктрине обхода закона. Утверждалось, что когда ребенок поражен смертельной болезнью и его мать покидает место своего пребывания с «обманной целью» наследовать его имущество, она не имеет действительного намерения переменить свой домицилий: «Домицилий будет считаться обманным, если нельзя найти никакой иной причины для его перемены, кроме намерения обеспечить для себя преимущества в правопреемстве в отношении движимого имущества ее детей»¹.

В подавляющем большинстве стран имеет место расщепление наследственного статута — законодатель устанавливает разветвленные цепочки коллизионных норм, применимых к различным аспектам наследственных отношений. Явление «множественности коллизионных привязок» особенно характерно для регулирования наследственных отношений, связанных с иностранным правопорядком.

Наследование открывается в момент смерти лица по его последнему месту жительства (Чили). Открытие наследства, принятие и раздел наследственного имущества подчиняются праву места нахождения наследства (Турция). Вопросы вступления в наследство или распоряжения ожидаемым наследством подчиняются личному закону наследодателя на момент его смерти (Венгрия). Распоряжение о лишении наследства должно быть выражено в заявлении, имеющем форму завещания (Бельгия).

Одна из специальных проблем в области наследования — проблема завещательной дееспособности. Сложность этой проблемы связана с ее двойственностью: завещательная дееспособность — одно из проявлений дееспособности физического лица (входит в содержание его личного статута), но в то же время относится только к сфере наследственных отношений². Общая коллизионная привязка — личный закон наследодателя:

1. Закон страны гражданства:

- на момент составления завещания: «Способность делать, изменять или отзывать какое-либо распоряжение на случай смерти... определяются личным законом их автора на момент заявления. Тот, кто приобрел новый личный закон после того, как он сделал распоряжение, сохраняет способность, необходимую для отзыва распоряжения согласно предыдущему закону» (ст. 63 ГК Португалии);
- на момент смерти наследодателя: «Существенные положения, регулирующие завещательные и иные распоряжения, получающие действие после смерти, регулируются правом государства, граж-

¹ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

² Международное частное право : учебник / под ред. Н. И. Марышевой. М., 2011.

данином которого лицо, делающее такие распоряжения, является на момент своей смерти (ст. 17 Закона ОАЭ).

2. Закон страны постоянного места жительства наследодателя в момент составления завещания или в момент смерти: «Лицо является способным составлять завещание, если на момент составления завещания оно обладало этой способностью согласно праву штата, в котором оно было домицилировано либо на этот момент, либо на момент смерти» (ст. 3529 ГК Луизианы).

3. Альтернативное применение закона гражданства и закона домицилия: «Лицо вправе сделать распоряжение на случай смерти, если на момент распоряжения оно способно к этому по праву государства своего места жительства или обычного пребывания либо по праву одного из государств, гражданином которых оно является» (ст. 94 Закона о МЧП Швейцарии).

В наследственных отношениях не действует правило «недееспособный на родине может быть признан дееспособным за границей»: «Физическое лицо, которое было бы не дееспособным в соответствии с правом государства своего гражданства, считается дееспособным, если данное лицо обладает дееспособностью согласно праву по месту возникновения обязательства... [Эти] положения не применяются к семейным и наследственным правоотношениям» (ст. 15 Закона о МЧП Македонии).

В современных кодификациях МЧП проявляется общая тенденция расширения применения автономии воли сторон. Во многих странах установлено, что наследодатель может указать право, которое подлежит применению ко всему его имуществу. Однако в наследственных отношениях автономия воли довольно редко может иметь неограниченный характер. Как правило, выбор применимого права ограничен:

1. Альтернативное применение закона гражданства и закона домицилия по указанию наследодателя: «Лицо может указать для регулирования в целом наследования после него на закон какого-либо государства; это указание имеет действие, только если лицо на момент смерти обладало гражданством этого государства или имело там свое место жительства. Это указание должно быть выражено в каком-либо заявлении, облеченном в форму распоряжения на случай смерти» (ст. 1044 Кодекса Буркина-Фасо).

2. Альтернативное применение закона гражданства, закона домицилия и закона места нахождения недвижимого имущества по указанию наследодателя: «Лицо может указать в завещании право, применимое к наследованию его имущества, при условии, что этим правом является право страны его гражданства или его домицилия на момент осуществления выбора права или на момент его смерти либо право места нахождения принадлежащего ему недвижимого

имущества, но лишь применительно к наследованию этого недвижимого имущества» (ст. 3098 ГК Квебека).

3. Право любого государства по выбору наследодателя: «Завещатель вправе подчинить передачу своего имущества в порядке наследования иному закону, чем тот, который назван в статье 6б, но не вправе исключить применение императивных норм последнего» (ст. 67 Закона о МЧП Румынии). Аналогичное решение предлагает бельгийский законодатель, но «выбор только тогда будет иметь последствия, если лицо при принятии решения или на момент своей смерти имело гражданство государства, которое это затрагивает, или имело свое постоянное место жительства на территории этого государства. Такое решение не может вести к лишению наследника причитающейся ему части имущества, которая гарантирована правом, подлежащим применению к наследованию по ст. 78» (ст. 79 (Кодекса МЧП Бельгии)).

Вопросы толкования завещания, его действительность с точки зрения содержания, вопросы пороков и умаления свободы выражения воли (юридический акт совершен по ошибке, вследствие сообщения неверных сведений, обмана, принуждения или недолжного внимания) предполагают самостоятельное коллизионное регулирование:

1. Общий статут наследования (основной правопорядок, применимый к наследованию в целом): «Действительность составления распоряжения на случай смерти и его обязательность подчиняются тому праву, которое на момент распоряжения подлежало бы применению к правопреемству по случаю смерти» (ст. 26.5 ВЗ ГГУ).

2. Закон страны гражданства или постоянного местожительства наследодателя на момент составления завещания: «Последствия пороков волеизъявления определяются правом государства, гражданином которого был наследодатель в момент волеизъявления, либо на территории которого он имел на этот момент постоянное местожительства» (§ 77 проекта Закона о МЧП Чехии).

3. Альтернативно закон страны гражданства наследодателя на момент составления завещания или на момент его смерти: «Требования к действительности носящего характер последней воли распоряжения, наследственного договора или договора об отказе от наследства определяются согласно личному закону наследодателя на момент юридического действия. Если по нему действительность [таким действиям] не придается, но придается по личному закону наследодателя на момент его смерти, то действует последний» (§ 30.1 Закона о МЧП Австрии).

4. Закон страны места жительства наследодателя:

- на момент его смерти: «Последствия и толкование завещаний, равно как недействительность завещания или какого-либо условия

в завещании регулируются законом места жительства завещателя на момент его смерти (§ 41 Закона о МЧП Таиланда);

- на момент его смерти либо на момент составления завещания: «Если завещатель являлся способным составлять завещание согласно праву обоих штатов, его воля, содержащаяся в завещании, считается свободной от пороков, если она считалась бы таковой согласно праву, по меньшей мере, одного из этих штатов» (ст. 3529 ГК Луизианы).

В некоторых странах толкование завещания может осуществляться на основе права, избранного наследодателем: «Личный закон наследодателя на момент завещательного заявления регулирует... толкование соответствующих условий и распоряжений, если только не имеется прямого или подразумеваемого указания на другой закон» (ст. 64 ГК Португалии).

Форма завещательного распоряжения предполагает альтернативное коллизионное регулирование. С одной стороны, действует общее правило, — статут, применимый к наследованию в целом, определяет и форму завещательного распоряжения. С другой стороны, завещание представляет собой особый вид односторонней гражданско-правовой сделки, поэтому необходимо обращение к другому коллизионному принципу — *lex loci actus*: «Форма завещания подчиняется закону гражданства завещателя или закону места, где оно составлено» (ст. 55 Кодекса МЧП Туниса).

Своеобразное решение данного вопроса предложено в 1987 г. в Законе о МЧП Швейцарии (ст. 93): «Действительность завещания с точки зрения его формы определяется по правилам Гаагской конвенции от 5 октября 1961 г. о коллизии законов по вопросу о форме завещательных распоряжений. Указанная Конвенция по аналогии применяется к форме других распоряжений на случай смерти». Примеру швейцарского законодателя в 2000-х гг. последовали законодатели Бельгии, Нидерландов, Эстонии.

Во многих юрисдикциях установлена разветвленная система коллизионных привязок, определяющих форму составления завещания (Австралия, Румыния, Украина):

- 1) право места составления завещания;
- 2) право страны гражданства завещателя на момент составления завещания или на момент смерти;
- 3) право государства места жительства завещателя на момент составления завещания или на момент смерти;
- 4) право государства места пребывания завещателя на момент составления завещания или на момент смерти;
- 5) право страны суда;
- 6) в отношении недвижимого имущества — право места нахождения недвижимого имущества.

Статут формы завещания включает вопросы, «относящиеся к возрасту, гражданству и другим личным качествам завещателя, к качествам, которыми должны обладать свидетели, требующиеся для действительности какого-либо завещательного распоряжения» (ст. 1047 Кодекса Буркина-Фасо). Цель закрепления многочисленных альтернативных коллизионных привязок для установления формы завещания — принцип *favour testamenti* (презумпция в пользу действительности завещания). Регулирование актов отмены завещания или его изменения производится на основе тех же коллизионных начал, что и форма завещания.

Доля имущества, которой можно свободно распоряжаться, право наследников на обязательную долю определяются согласно общему статуту наследования (Буркина-Фасо). Допустимость совместных завещаний или наследственных договоров определяется по личному закону наследодателя на момент составления завещания (Португалия). Завещательный отказ подчиняется закону гражданства завещателя на момент его смерти (Тунис).

Наследование по закону — субсидиарное основание наследования, но в реальной жизни наследование по закону имеет место значительно чаще, чем наследование по завещанию. В законодательстве по МЧП этот вид наследования подробно не регулируется. Большинство вопросов наследования по закону подчинено общему статуту наследования — личному закону наследодателя. Одно из немногих исключений — Кодекс о МЧП Болгарии (ст. 89 «Наследование по закону»): «(1) Наследование движимых вещей регламентируется правом государства, в котором у наследодателя было обычное местопребывание к моменту его смерти. (2) Наследование недвижимых вещей регламентируется правом государства, в котором находятся вещи. (3) Наследодатель может выбрать, чтобы наследование его имущества полностью было регламентировано правом государства, чьим гражданином он был к моменту выбора. (4) Условия действительности выбора применимого права и его отмена регламентируются выбранным правом. Выбор применимого права и его отмена должны быть сделаны в форме завещательного распоряжения. (5) Посредством выбора применимого права нельзя затрагивать обязательную долю наследников в наследстве, определенную правом, применимым согласно абз. 1 и 2».

Для наследования по закону необходимо определить круг наследников по закону. К определению круга наследников и очередности их призвания применяется личный закон наследодателя (право страны гражданства или право страны последнего места жительства). Установление круга недостойных наследников подчиняется

общему статуту наследования: «Происходит замена одного право-приобретателя другим, и эта замена должна регулироваться той правовой системой, которая регулирует правоотношения по наследованию с самого начала»¹.

Раздел наследственного имущества регулируется правом, подлежащим применению к наследственному отношению в целом. Лица, участвующие в разделе, могут договориться о применении к их отношениям права места открытия наследства или места нахождения одного или более предметов наследственного имущества (ст. 46 Закона о МЧП Италии).

При разрешении коллизий в сфере наследственных отношений зачастую возникает проблема обратной отсылки. Первыми решениями, в которых шла речь о применении *renvoi*, были решения английских судов (1841, 1847 и 1877), касающиеся наследственных отношений. Теория отсылок была сформулирована в доктрине после дела Форго (1878), касавшегося наследования по закону². Проблема отсылок в наследственных отношениях учитывается современным законодателем: «Наследование недвижимой собственности регулируется правом государства, на территории которого недвижимость расположена. Однако если иностранное право отправляет к праву государства, на территории которого умерший имел постоянное место жительства во время своей смерти, то последнее подлежит применению» (ст. 78.2 Кодекса МЧП Бельгии).

Английскому праву известна система двойной обратной отсылки, которая не применяется ни одной другой страной. Обратная отсылка к английскому праву означает возможную обратную отсылку к английским коллизионным нормам, создающую вторую обратную отсылку, т.е. двойную *renvoi* к одному и тому же иностранному праву. Этот подход отражен в решении по делу Аннэсли, относящемуся к проблеме обязательной доли в завещании³. Английские суды часто используют *renvoi* для того, чтобы признать действительность завещания, недействительного по нормам иностранного материального права, к которому отправляет английская коллизионная норма, но действительного по материальному праву, к которому отправляет иностранная коллизионная норма (принцип *favour testamenti*).

Возможность применения отсылок закреплена в Законе о МЧП Швейцарии (ст. 91): «Наследование имущества лица, имевшего последнее место жительства за границей, осуществляется по праву, на которое указывают нормы международного частного права государства места жительства наследодателя».

¹ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982.

² Луиц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

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

Предварительный коллизионный вопрос наиболее часто возникает в международном наследственном праве: регулирование отношений по наследованию подчинено одной правовой системе, а предварительный вопрос (гражданское состояние лица, его семейное положение) — другой правовой системе. Проблемы квалификации права в наследственных отношениях отличаются наибольшей сложностью — многие национально-правовые понятия не известны в других государствах (вдовий узуфрукт, вдовья четверть, завещательный траст). Все эти проблемы обусловлены принципиально различными подходами к наследованию в разных государствах.

В международном наследственном праве также часто возникает проблема интерлокальных и интерперсональных коллизий. Специальное разрешение таких коллизий применительно к вопросам наследования предусмотрено в законодательстве Швеции: «Если в соответствии с положениями этого закона применимым является закон страны, в которой иностранец считается гражданином, и если в отношении разных частей такого иностранного государства действуют разные законы, вопрос определения применимого закона должен решаться согласно нормам, которые действуют в этом иностранном государстве. Если таких норм нет, то применяется: (1) закон места, где этот иностранец постоянно проживает, (2) или, если он не имеет или в момент его смерти не имел постоянного местожительства, то закон того места, где он имел последнее постоянное место жительства, (3) если же такого места не было, тогда закон столицы данного иностранного государства» (ст. 1 гл. III Закона о коллизиях законов в области наследования).

13.3. Коллизионное регулирование наследования движимого и недвижимого имущества

С точки зрения коллизионного регулирования наследования движимого и недвижимого имущества государства придерживаются двух систем:

1. Универсальная система (единство наследственного имущества и применимого права). Вся совокупность наследственного имущества, движимого и недвижимого, независимо от места его нахождения, подчиняется единому закону (Германия, Австрия, Нидерланды, Португалия, Швеция).

2. Раздельная система (деление наследственного имущества и применимого права в зависимости от вида имущества). Осуществляется разделение между недвижимым имуществом, наследование которого подчиняется закону его места нахождения, и движимым, подчиненным другому правовому режиму (Бельгия,

Франция, Люксембург, Ирландия, Великобритания). Формируются несколько различных наследственных масс, которые независимы друг от друга. Все движимое имущество, где бы оно ни находилось, рассматривается как единый имущественный комплекс.

Раздельная система направлена на соблюдение в отношении недвижимого имущества иерархических связей между его вещным и наследственным статусом. В рамках универсальной системы наследство рассматривается как автономное имущество, которое должно переходить на основе единого закона¹.

Традиционно в международном наследственном праве имеет место расщепление коллизионной привязки для определения режима имущества в зависимости от его категории: «Наследование движимого имущества регулируется правом последнего domicilia наследодателя, наследование недвижимого имущества регулируется правом места нахождения имущества» (ст. 3098 ГК Квебека). При определении судьбы наследственных движимостей в большинстве государств учитывается закон последнего места жительства наследодателя на момент его смерти: «Наследование регулируется правом государства, на территории которого умерший имел постоянное место жительства во время своей смерти» (ст. 78.1 Кодекса МЧП Бельгии).

Причина такого регулирования — движимость может легко изменить свое место; например, вклады в банках могут мгновенно, путем банковского перевода перемещаться в другое полушарие². В настоящее время наследственное право является почти единственной областью (кроме режима имущества супругов в семейном праве), где право на движимое имущество определяется личным законом (хотя господствующее коллизионное начало — это принцип места нахождения вещи).

Отличие движимой вещи от недвижимой для целей коллизионного регулирования заключается в том, что правовое регулирование обращения недвижимой вещи обусловлено местом ее нахождения и предполагает совершение каких-либо административных актов. Когда факт нахождения вещи в иностранном государстве обуславливает особый порядок перехода права собственности на эту вещь, можно говорить о недвижимости³.

Сложности, связанные с расщеплением коллизионной привязки, усугубляются различным пониманием движимого или недвижимого имущества. Неизбежно возникает вопрос: право какого государ-

¹ Лягард П. Единое общеевропейское регулирование имущественных отношений супругов и наследования // URL: http://www.notiss.ru/usrim/Lagarde_ru.htm

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

³ Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

ства определяет, является данная вещь движимой или недвижимой? В большинстве стран решающим считается право места нахождения имущества, а в отношении нематериальных предметов, не имеющих реального места нахождения, ответ должен быть дан правом того места, которое представляет близкую аналогию с местом нахождения материальных вещей¹. В большинстве юрисдикций установлено правило: «Право государства, в котором расположено имущество, определяет, является ли такое имущество недвижимым или движимым» (ст. 18.2 Закона ОАЭ).

В США наследование движимого имущества осуществляется по закону места последнего места жительства наследодателя. Наследование недвижимостей по завещанию и в силу закона регулируется правом места нахождения вещи. Однако нормы этого права «об обязательной доле в наследстве не применяются, если умерший был домицилирован за пределами данного штата на момент смерти и на момент, когда он приобрел недвижимость, и он не оставил на момент своей смерти домицилированных в данном штате наследников, имеющих право на обязательную долю в наследстве... Если покойный умер домицилированным в данном штате и оставил... наследника, имеющего право на обязательную долю в наследстве, который на этот момент был домицилирован в данном штате, стоимость этих недвижимостей учитывается при расчете части имущества, которой наследодатель может распорядиться свободно, и при удовлетворении требований на обязательную долю» (ст. 3533, 3534 ГК Луизианы).

В ФГК установлено, что расположенные во Франции принадлежащие иностранцам недвижимости подчиняются французскому праву (ст. 3). Судебная практика вывела из этой нормы ФГК коллизионное правило по вопросам наследования. Односторонняя коллизионная норма послужила основанием для построения двусторонней коллизионной нормы: наследование недвижимого имущества по закону и по завещанию определяется законом места нахождения недвижимости. В отношении наследования движимого имущества практика французского Кассационного суда придерживается подчинения этих правоотношений личному закону наследодателя, который трактуется как закон домицилия. Квалификация имущества как движимого или недвижимого осуществляется по закону суда.

Французское право содержит правило «французской доли». Это право возникает при наличии наследства (движимых вещей), частично находящегося во Франции, и при наличии наряду с наследниками-иностранцами таких французских граждан, которые являются наследниками по французскому праву, но не имеют наслед-

¹ Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

ственных прав согласно компетентному иностранному закону. В этом случае французские граждане могут из находящейся во Франции части наследства получить долю, которая причиталась бы им по французскому праву из всего наследства в целом.

В отношении наследственной массы право ФРГ придерживается единого коллизионного принципа: ко всему наследству в целом (как к движимой, так и к недвижимой его части) применяется личный закон наследодателя — его национальный закон (закон гражданства) в момент смерти. Вопросы действительности завещательных распоряжений, определяющих судьбу недвижимости, решаются с учетом требований права места нахождения недвижимости.

13.4. Международно-правовое регулирование наследственных отношений

Наследственное право, как и брачно-семейное, — основная область возникновения «хроающих отношений». В доктрине отмечается, что самыми эффективными способами уменьшения таких отношений выступают гармонизация национального коллизионного права и унификация коллизионных норм¹. Однако к унификации коллизионных норм наследственного права существуют серьезные препятствия. В сфере международного наследственного права принято очень небольшое количество универсальных межгосударственных соглашений.

Гаагская конвенция о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений (1961) (Австралия, Нидерланды, Швеция, Германия, Франция, Япония), — форма завещательного распоряжения считается действительной, если она соответствует:

- 1) праву места совершения акта;
- 2) праву того государства, гражданином которого был завещатель в момент составления завещания или смерти;
- 3) закону страны, в которой наследодатель проживал в момент составления завещания или смерти;
- 4) праву страны, где наследодатель имел постоянное место жительства в момент составления завещания или смерти.

Конвенция допускает, что законодательство страны места нахождения недвижимого имущества также учитывается при установлении

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004; Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011; Вольф М. Международное частное право. М., 1948; Международное частное право: учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012; Международное частное право : учебник / под ред. Н. И. Марышевой. М., 2011.

компетентного правопорядка. Кроме того, Конвенция устанавливает применение правопорядка по принципу наиболее тесной связи. Если лицо не менее пяти лет проживает на территории одного государства, но остается гражданином другого государства, предусматривается применение права государства гражданства. Индивид имеет право выбора предпочтительной правовой системы.

Конвенция содержит правила о совместном завещательном распоряжении двух или более лиц. Форма совместного завещания подчиняется коллизионным правилам, установленным для обычного завещания. Вопрос, имеет ли лицо домицилий в данном государстве, решается по праву этого государства. Иностранное право не применяется, если такое применение противоречит публичному порядку соответствующего государства.

Базельская конвенция о введении системы регистрации завещаний (1972) направлена на унификацию материальных норм наследственного права. Цель Базельской конвенции — создание системы, позволяющей завещателю зарегистрировать свое завещание. Договаривающиеся государства обязуются создать системы регистрации завещаний на своей территории. Базельская конвенция не затрагивает правила, которые в каждом Договаривающемся государстве касаются действительности завещаний и иных актов. Следовательно, если регистрации завещания не требуется для обеспечения действительности завещания в соответствии с внутренним законодательством Договаривающихся государств, то несоблюдение договорных норм не может повлиять на действительность завещания.

Вашингтонская конвенция о единообразном законе о форме международного завещания (1973) включает Типовой закон о форме международного завещания и устанавливает:

1. Государство вносит в свое законодательство правила составления международного завещания.

2. Договаривающиеся государства обязаны создать институт уполномоченных лиц, которые будут действовать в отношении международного завещания. За пределами государства функциями таких лиц облечены консульские и дипломатические представители.

Международное завещание представляет собой гибридную форму, упрощенную разновидность закрытого завещания. Завещание должно быть собственноручно выполнено наследодателем и им подписано. Наследодателю вменяется в обязанность сделать заявление в присутствии двух свидетелей и уполномоченного лица. Если наследодатель не в состоянии подписать завещание, он оповещает об этом уполномоченное лицо (о чем делается запись в завещании) и указывает, кто подпишет завещание от его имени. Наследодатель руководствуется правом того государства, на территории которого действует уполномоченное лицо.

Гаагская конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц (1973) предусматривает создание международного сертификата, определяющего лиц, уполномоченных управлять движимым имуществом умершего. Сертификат, составленный в одном государстве-участнике, признается в других государствах-участниках. Сертификат составляется компетентным органом (судебной или административной инстанцией) государства места обычного проживания умершего в соответствии с его внутренним правом. Допускается применение права страны гражданства умершего. Для этого власти государства гражданства и государства проживания должны сделать совместное заявление. Закон гражданства применяется, если индивид проживал в стране, выдавшей ему сертификат, не менее пяти лет непосредственно до момента смерти.

Международный сертификат позволяет собирать информацию о составе наследственной массы, выявлять объем имущества, определять оптимальные цены при продаже имущества для ликвидации долгов наследодателя. Конвенция предоставляет владельцу сертификата право предъявлять иски в стране места выдачи сертификата, заключать мировые соглашения, разделять и продавать имущество.

Гаагская конвенция о праве, применимом к имуществу, распоряжение которым осуществляется на началах доверительной собственности, и о его признании (1985), — лицу, передающему наследуемое имущество, рекомендуется самостоятельно избрать право и сформулировать мотивы своего выбора в специальном акте. Если выбор права не состоялся, то действуют предписания той правовой системы, с которым наследование доверительной собственности наиболее тесно связано. Наиболее тесная связь существует с законодательством страны, на территории которой действует доверительный собственник наследуемого имущества (группа собственников, объединенных в корпоративное образование), либо с законодательством государства, в пределах которого находится центр управления трастом или фондом.

Гаагская конвенция о праве, подлежащем применению к наследованию недвижимого имущества, (1989) устанавливает возможность выбора права по принципу наиболее тесной связи для регулирования отношений в сфере наследования недвижимого имущества. Оформление выбора права осуществляется посредством соответствующего заявления. Форма заявления и его содержание определяются законом страны места составления акта. Применение законодательства государства, с которым лицо — субъект правоотношения — имеет наиболее тесную связь, возможно, если право государства места составления акта не указывает, какими именно нормативными актами следует руководствоваться.

Недопустимо возникновение наследственных притязаний друг к другу у лиц, находящихся под юрисдикцией разных государств, если не ясна очередность, в которой осуществляется призыв к наследованию. Конвенция провозглашает взаимосвязь между правом государства, которому лицо хотело бы подчинить режим наследования недвижимого имущества, и объемом этого имущества.

Гаагская конвенция о праве, применимом к наследованию в силу смерти, (1989) устанавливает, что наследственный закон, выбранный в соответствии с положениями Конвенции, применяется к определению круга наследников по закону и по завещанию; к лишению наследства и признанию лица недостойным наследником; к отношению и уменьшению долей безвозмездно переданного имущества и их учету при расчете наследственных долей; материально-правовой действительности завещательных распоряжений (ст. 7).

Гаагская конвенция 1989 г. характеризуется выбором в пользу единства права, применимого к наследованию. Материальное право, определенное на основе коллизионных норм Конвенции, применяется ко всему наследству, независимо от его пространственных или содержательных характеристик. Наследодатель вправе выразить автономию воли относительно права, применимого к его имуществу. Но выбор применимого права должен, по общему правилу, распространяться на регулирование всего наследства. Наследодатель не может нарушить принцип единства наследования. Кроме того, выбор может быть сделан только между правом государства обычного места жительства или правом государства гражданства наследодателя в момент такого выбора или на момент смерти (ст. 5). Выбор применимого права должен быть выражен в заявлении, совершенном в форме распоряжения на случай смерти. Выбор права должен быть ясным и однозначным, не допускать сомнений в его толковании.

Конвенция СНГ 1993 г. закрепляет принцип равенства в наследовании по закону и по завещанию граждан договаривающихся государств (принцип национального режима). Право наследования определяется по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой наследодатель имел постоянное место жительства. Право наследования недвижимого имущества подчиняется законодательству стороны, на территории которой находится имущество.

Споры, возникающие из наследственных отношений, рассматриваются:

- 1) в отношении недвижимого имущества — в учреждениях страны места нахождения недвижимости;
- 2) в отношении движимого имущества — судами государства, на территории которого наследодатель имел место жительства в момент смерти.

Коллизионные вопросы завещательной способности и формы завещания определяются по праву страны места жительства наследодателя в момент составления завещания. Завещание или акт его отмены не могут быть признанными недействительными вследствие несоблюдения формы, если форма удовлетворяет требования права страны места составления завещания.

В Конвенции 1993 г. установлена «цепочка» коллизионных норм, регулирующих наследственный статут:

1. Право наследования движимого имущества определяется законом той стороны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства.

2. Право наследования недвижимого имущества определяется законом той стороны, на территории которой это имущество находится.

3. Способность лица к составлению завещания и его отмене, форма завещания и его отмена определяются законом той стороны, на территории которой завещатель имел постоянное место жительства в момент составления завещания.

4. Завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она соответствует требованиям закона места составления завещания.

Наследственные права иностранцев в России и российских граждан за рубежом главным образом регламентируются в *консульских конвенциях и двусторонних договорах о правовой помощи*.

Основные положения двусторонних договоров РФ о правовой помощи в сфере наследственных правоотношений:

1. Граждане одной стороны в области наследства приравняются к гражданам другой стороны, т.е. за иностранцами признается способность наследовать по закону и завещанию наравне с собственными гражданами; наследственное имущество переходит к наследникам-иностранцам на тех же условиях, которые применяются к собственным гражданам.

2. Наследование граждан одной стороны на территории другой допустимо только в отношении тех видов имущества, которые по закону данного государства могут быть объектом наследования для его собственных граждан. В этом отношении принцип национального режима применяется независимо от его закрепления в договоре.

3. Объектом завещательного распоряжения на территории одной стороны гражданами другой стороны может быть все то, что по закону государства пребывания может быть объектом завещательного распоряжения ее собственных граждан

4. Проблема, в компетенцию органов какого государства входит производство по делу о наследстве, подлежит коллизионному регулированию на основе специальных привязок: при наследовании движимого имущества компетентно учреждение юстиции той страны, где наследодатель имел последнее постоянное местожительство; при наследовании недвижимости — учреждение юстиции той страны, где это имущество находится.

5. Установлена возможность раздельной компетенции по отношению к имуществу, находящемуся на территории одного из договаривающихся государств, — наследование недвижимости регулируется правом этого государства, а наследование движимых вещей — по закону другого договаривающегося государства, на территории которого постоянно проживал наследодатель или чьим гражданином он являлся на момент смерти.

6. Завещательная правоспособность гражданина определяется по личному закону наследодателя (гражданства или domicilia).

7. Форма завещания определяется правом страны, на территории которой наследодатель имел последнее место жительства.

8. Действительность завещания определяется правом места его составления.

9. Завещание признается действительным с точки зрения формы, если она соответствует требованиям:

- права места составления завещания;
- права государства гражданства наследодателя в момент смерти;
- права государства, на территории которого наследодатель был domicилирован в момент смерти или составления завещания;
- права государства, на территории которого находится недвижимое имущество, если речь идет о наследовании такого имущества.

В договорах о правовой помощи, заключенных в 1990-х гг. и позже, выделяются особые случаи коллизий — в области оглашения завещаний. В договоре между Россией и Польшей специально указывается, что завещание вскрывает (оглашает) орган договаривающейся стороны, на территории которой находится завещание. Копия завещания и протокола о вскрытии (оглашении) пересылается органу, компетентному вести дело о наследовании.

Защита наследственных прав российских граждан за рубежом возложена на консулов и регулируется положениями консульских конвенций. Российские граждане имеют право на получение наследственного имущества, если наследование открывается за рубежом. Право наследования возникает на основе иностранного закона, соответственно, российские граждане признаются наследниками

по праву того государства, которое применяется к наследственному статусу.

Основные положения консульских конвенций (с Великобританией, КНР, США, Швецией) в сфере наследственного права:

1. Консул принимает меры для охраны оставшегося после смерти гражданина его страны имущества. Движимое имущество передается консулу с тем, чтобы он поступил с ним в соответствии со своим национальным правом.

2. Власти государства пребывания обязаны известить консула об открытии наследства в пользу гражданина государства аккредитования.

3. Консул имеет право представлять интересы граждан своего государства, претендующих на долю в наследственном имуществе в государстве пребывания.

4. Консул является законным представителем граждан своего государства по вопросам наследования в судах и других органах государства пребывания.

Согласно положениям Консульской конвенции России с США представительство консула продолжается до тех пор, пока сам наследник не возьмет на себя защиту своих прав или не назначит своего представителя. В судебной практике некоторых штатов США, требующих личного участия наследника при рассмотрении наследственных дел, принимается как соответствующее интересам наследников, проживающих за границей, их представление консулами¹.

13.5. Коллизионное регулирование наследственных правоотношений в российском законодательстве

В российской доктрине и практике наследование традиционно трактуется как разновидность универсального правопреемства, при котором наследник при принятии наследства становится носителем прав и обязанностей наследодателя в целом, и не может принять лишь их часть, а от остальных отказаться².

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Пободоносцев К. П. Курс гражданского права. Часть вторая: Права семейственные, наследственные и завещательные / Классика российской цивилистики // СПС КонсультантПлюс; Шершеневич Г. Ф. Учебник русского гражданского права. Т. 2 / Классика российской цивилистики // СПС КонсультантПлюс; Черепяхин Б. Б. Правопреемство по советскому гражданскому праву // Классика российской цивилистики // СПС КонсультантПлюс

Коллизионные нормы, относящиеся к наследственному статусу, сосредоточены в ст. 1224 ГК РФ: «Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства, если иное не предусмотрено настоящей статьей». Статья 1224 устанавливает «цепочку» коллизионных норм. Основная коллизионная привязка наследственных отношений — закон последнего места жительства наследодателя.

Закон последнего места жительства наследодателя — общая коллизионная привязка для наследования движимого имущества, установления круга наследников, определения условий перехода прав на наследуемое имущество, принятия наследства и установления его состава. Эта норма используется, если кредиторы наследодателя предъявили иск к наследникам до принятия наследства.

Наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в России, — по российскому праву.

Норма п. 1 ст. 1224 имеет общий характер («если иное не предусмотрено настоящей статьей»). Положения, касающиеся недвижимого имущества, являются специальными. В доктрине высказывается мнение, что формулу объема общей нормы можно выразить следующим образом: «Отношения по наследованию движимых вещей и иного имущества, не относящегося к недвижимости». Такое толкование адекватно отражает волю законодателя, так как охватывает наследование не только движимых вещей, но и иных объектов, например, имущественных прав¹.

Общий статут наследования — право страны последнего места жительства наследодателя. Место жительства в российском законодательстве определяется как место, где лицо постоянно или преимущественно проживает (ст. 20 ГК). По общему правилу, квалификация понятия «место жительства» осуществляется в соответствии с российским правом (ст. 1187). Правопорядок, регулирующий отношения по наследованию, не тождествен личному закону наследодателя (ст. 1195), хотя может совпадать с ним.

Специальная норма абз. 2 п. 1 ст. 1224 посвящена наследованию недвижимого имущества, в том числе внесенного в государственный реестр РФ. В первом случае компетентным правовым порядком будет правовым порядком страны места нахождения имущества, во втором — российское право. Законодательно закреплена дифференциация регулирования в зависимости от категории вещей — движимых и недвижимых (условных недвижимостей). Вместо исходного начала единства

¹ Абраменков М. С. Коллизионные вопросы наследования в российском праве // URL: <http://www.yurclub.ru/docs/civil/article166.html>

наследственной массы и применения общего коллизионного принципа к наследованию установлено расщепление коллизионной привязки применительно к разным частям наследства.

Для особой разновидности недвижимости — объектов, внесенных в государственный реестр РФ, — установлена привязка к российскому праву. Речь идет об имуществе, которое квалифицируется как недвижимое в силу указания закона. В отношении таких объектов ст. 1224 использует не принцип места нахождения вещи, а закон места государственной регистрации. Эта привязка представляет собой исключение из общего правила об определении правопорядка, применимого к вещным правам (ст. 1207).

В доктрине отмечается, что коллизионные нормы п. 1 ст. 1224 фактически лишают наследство таких его важнейших характеристик, как единство и целостность¹. Для целей регулирования отношений по наследованию целесообразно использовать единую коллизионную привязку. Коллизионно-правовое регулирование наследственных отношений на основе дифференциации имущества не соответствует современным направлениям развития МЧП и порождает серьезные практические проблемы. Единый принцип установления наследственного статута в максимальной степени отвечает сущности наследования как универсального правопреемства.

Коллизионная привязка, определяющая способность лица к составлению и отмене завещания (в том числе в отношении недвижимого имущества), форму завещания или акта его отмены, — право страны места жительства завещателя на момент составления акта (п. 2 ст. 1224). Завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления завещания или акта его отмены либо требованиям российского права.

Эта коллизионная норма отличается от общего коллизионного правила, определяющего наследственный статут. Российское право не придает значения составу наследственной массы для целей определения завещательной дееспособности и формальной действительности завещательного распоряжения. Завещатель обладает относительной свободой выбора права, подлежащего применению к форме завещания или акта его отмены.

Для определения завещательной дееспособности не имеет значения:

1) совершение завещания не в стране места жительства завещателя, а в стране его временного пребывания или даже вне территории какого-либо государства (на морском судне в открытом море);

¹ *Абраменков М. С.* Некоторые проблемы коллизионно-правового регулирования наследственных отношений в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2006. № 4.

2) право страны места жительства завещателя в момент составления завещания может не совпадать с его личным законом;

3) отношения по наследованию могут определяться другим порядком (не тем, который определяет завещательную способность лица), если место жительства в момент составления завещания не совпадает с последним местом жительства завещателя или с местом нахождения недвижимости.

В доктрине высказывается мнение, что такое регулирование обусловлено стремлением законодателя минимизировать случаи формальной недействительности завещания, если оно охватывает всю или большую часть наследственной массы, в том числе недвижимое имущество¹. Законодатель закрепил множественность коллизионных привязок для формы завещательного распоряжения, что соответствует современным тенденциям развития МЧП.

13.6. Режим «выморочного» имущества в международном частном праве

Выморочное имущество — это имущество, которое осталось после смерти лица, не оставившего наследников ни по закону, ни по завещанию. Материальное наследственное право практически всех государств устанавливает, — такое имущество поступает в казну: «Имущество, находящееся в Турции, и в отношении которого не имеется наследников, принадлежит государству» (ст. 20.3 Кодекса МЧП Турции).

Институт наследования выморочного имущества нацелен на предотвращение утраты права собственности на наследственное имущество и признания его бесхозяйным, что может повлечь за собой повреждение или уничтожение имущества. В национальном законодательстве объяснение права государства на наследование такого имущества принципиально различно:

1. Концепция перехода выморочного имущества в собственность государства как бесхозяйного имущества (Франция, Англия, США). Приобретение имущества как бесхозяйного имеет первоначальный, а не производный характер, следовательно, выморочное имущество переходит государству свободным от каких-либо обременений и долгов. Наследственные права государства возникают по «праву оккупации».

2. Концепция перехода выморочного имущества в собственность государства по праву наследования (Бельгия, ФРГ, Испания,

¹ Там же; см. также: Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

Швейцария). Обоснование этой концепции — определение наследования как универсального правопреемства. Государство входит в круг наследников по закону. При отсутствии иных наследников или невозможности наследовать государство призывается к наследованию. Эта концепция вытекает из свойства государства быть субъектом частноправовых отношений¹. В данном случае имеет место ответственность государства по долгам наследодателя, поскольку приобретение имущества по праву наследования — это производный способ перехода права собственности.

Различное обоснование права государства на наследование выморочного имущества имеет практическое значение, если такое имущество принадлежит иностранцу:

1. Если считать, что выморочное имущество переходит в собственность государства по праву наследования, это означает, что государство может претендовать на всю наследственную массу, где бы она ни находилась и в чем бы ни заключалась. Судьба выморочного имущества должна регулироваться общим статутом наследования или правом места нахождения вещи: «Если на наследство... не имеется наследников, или если оно поступает какому-либо территориальному публично-правовому образованию как наследнику по закону, то это (определяется)... правом того государства, в котором находится имущество наследодателя на момент его смерти» (§ 29 Закона о МЧП Австрии). Аналогичный подход закреплен в законодательстве Китая: «К выморочному наследственному имуществу применяется право места, в котором наследство находится в момент смерти умершего» (§ 35 Закона о МЧП).

2. Если считать, что наследственные права государства возникли по «праву оккупации», то выморочное имущество переходит в собственность того государства, где гражданин умер, либо где имущество находится. Государству перейдет только то имущество, которое находится на территории этого государства: «Имущественные права, находящиеся на территории Государства, которые принадлежат иностранцу, не имеющему наследников, переходят к Государству» (ст. 17.2 Закона ОАЭ). Аналогичная норма закреплена в ст. 92 Кодекса МЧП Болгарии: «Когда согласно применимому к наследству праву нет наследников, наследственное имущество, находящееся на территории Республики Болгарии, получается болгарским государством или муниципалитетом».

Судебная практика Англии использует категорию наследственного статута, несмотря на то что общая концепция перехода выморочного имущества к государству обосновывается с помощью теории

¹ Лиманский Г. С. Наследование по закону: вопросы теории и практики. Самара, 2003.

оккупации. К движимому выморочному имуществу, которое находится в Англии, применяется закон домицилия: если лицо домицилировано в Англии — английское право, если за границей — закон государства, к праву которого коллизийная норма страны домицилия умершего отсылает решение вопроса о судьбе выморочного имущества.

Во Франции имущество иностранного гражданина переходит к государству по праву оккупации и на основании принципа публичного порядка, суть которого — воспрепятствовать завладению иностранным государством имуществом на территории Франции¹.

Практически общепризнанно, что судьба выморочного имущества определяется правом того государства, на чьей территории имущество находится, и зависит от того, какой концепции перехода выморочного имущества придерживается данное государство: «Решающее слово принадлежит закону, которому подчинено наследование: если этот закон квалифицирует переход выморочного имущества к государству как наследование, то имущество переходит к государству, праву которого подчинено наследование; если же закон считает, что при выморочности имущества имеет место оккупация, то очевидно, что оккупирующим государством может быть лишь то, на территории которого имущество находится»².

Даже если государство придерживается концепции перехода по праву наследования, недвижимость в любом случае становится собственностью того государства, на чьей территории она находится. Движимые вещи либо передаются государству гражданства умершего, либо поступают в казну государства их места нахождения.

Наиболее взвешенное решение судьбы выморочного имущества предложил литовский законодатель: «Если согласно праву, применимому к наследственным отношениям, имущество не может быть вывезено в иностранное государство, при этом отсутствуют какие-нибудь иные наследники и это имущество находится в республике Литва, имущество переходит в собственность республики Литва» (ст. 1.62 ГК).

В отечественной доктрине отстаивается точка зрения, что «переход к государству выморочного имущества носит все черты наследственного права»:

- 1) происходит в силу смерти лица;
- 2) распространяется на все имущество как на единое целое (универсальный характер преемства);

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

3) связан с ответственностью по долгам, обременяющим наследство;

4) считается совершившимся в момент открытия наследства.

Особенно показательна ответственность государства по долгам наследодателя, вытекающая из того, что переход к государству выморочного имущества является правопреемством, тогда как приобретение государством бесхозяйного имущества имеет не производный, а первоначальный характер¹. Эта позиция закреплена законодательно — п. 2 ст. 1151 ГК РФ устанавливает, что выморочное имущество переходит в порядке наследования по закону в собственность Российской Федерации.

В российском праве нет специальной нормы, которая регулировала бы коллизионные вопросы наследования государством. Для целей МЧП в доктрине предложена формулировка специальной односторонней коллизионной нормы, касающейся выморочного имущества: «Переход к государству выморочного имущества, находящегося на территории РФ, осуществляется по российскому праву»². Предлагается и формулировка двусторонней коллизионной нормы: «Переход к государству выморочного движимого имущества, осуществляется по праву государства, гражданином которого является наследодатель на момент смерти, а недвижимое наследственное имущество переходит по праву государства, на территории которого он находится. Переход к государству выморочного имущества, которое составляют суда и космические объекты, осуществляется в соответствии с положениями настоящего Кодекса»³.

В современных праве судьба выморочного имущества, принадлежащего иностранцам, регулируется в основном в договорах о правовой помощи. Договоры содержат унифицированные материальные нормы:

1. Выморочное движимое имущество передается государству, гражданином которого являлся наследодатель в момент смерти.

2. Выморочное недвижимое имущество переходит в собственность государства, на территории которого оно находится.

Эти материальные нормы, непосредственно разрешающие судьбу выморочного имущества, связаны с установленными в договорах коллизионными принципами — наследование движимого имущества подчиняется личному закону наследодателя, а наследование недвижимости — закону места нахождения вещи.

¹ Перетерский И. С., Крылов С. Б. Международное частное право. М., 1940.

² Толстых В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2006.

³ Алешина А. В. Коллизионные вопросы наследования по закону в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. СПб., 2006.

Контрольные вопросы

1. В чем заключаются основные проблемы международного наследственного права?
2. Как осуществляется коллизионное регулирование в международном наследственном праве?
3. Как осуществляется коллизионное регулирование наследования движимого и недвижимого имущества?
4. Как осуществляется международно-правовое регулирование наследственных отношений?
5. Как осуществляется коллизионное регулирование наследственных правоотношений в российском законодательстве?
6. Что представляет собой режим «выморочного» имущества в МЧП?

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- основные проблемы международного семейного права;
- порядок заключения и расторжения брака;
- регулирование правоотношений между супругами;
- регулирование правоотношений между родителями и детьми;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

14.1. Основные проблемы международного семейного права

Брачно-семейные отношения представляют собой комплексные отношения личного неимущественного и имущественного характера, основанные на родственных связях. В Преамбуле Рим I (п. 8) подчеркивается: «Семейные отношения должны охватывать родственные связи по происхождению, брак, свойство и родственные связи по боковой линии. Отношения, которые имеют последствия, анало-

гичные браку и другим семейным отношениям, должны интерпретироваться в соответствии с правом государства, суд которого рассматривает дело».

В большинстве современных государств семейное право отделено от гражданского, кодифицировано и представляет собой самостоятельную отрасль права (Россия, Алжир, страны Восточной Европы и Латинской Америки). Основными источниками регулирования брачно-семейных отношений в странах континентальной Европы являются специальные разделы гражданских кодексов (Германия, Италия, Швейцария) или специальные законы о браке и семье (Венгрия, Польша, Хорватия, Чехия). Во Франции в 1998 г. был принят Семейный кодекс. В Великобритании действуют более 15 специальных законов по отдельным вопросам брачно-семейных отношений.

Правовое регулирование брачно-семейных отношений имеет значительную публично-правовую составляющую. В доктрине семейное право определяют как конгломерат частных и публичных норм. Семейное право входит в систему частноправовых отраслей национального права, но государственное регулирование проявляется здесь намного рельефнее, чем в гражданском праве. Это связано с тем, что любое государство проводит определенную демографическую политику, пытается контролировать воспроизводство населения и обеспечить надлежащие условия для развития нового поколения.

В нормативных актах большинства государств отсутствует законодательное определение брака. Принято определение, что брак — это юридически оформленный добровольный союз мужчины и женщины, направленный на создание семьи и презюмирующий совместное сожительство с ведением общего хозяйства. Следует оговориться, что такое определение брака соответствует праву далеко не всех государств (например, тех государств, законодательство которых допускает однополые или полигамные браки). В доктрине брак определяется как брак-договор, брак-статус или брак-партнерство. Наиболее распространенной является точка зрения, что брак — это договор, гражданско-правовая сделка, порождающая личные и имущественные права и обязанности супругов.

Брачно-семейные отношения, связанные с иностранным порядком, являются составной частью международных гражданских правоотношений. В законодательстве некоторых государств особо выделяются «иностранцы» (между иностранцами) и «смешанные» (между иностранцами и собственными гражданами) браки. Брачно-семейные отношения в максимальной степени связаны с национальными традициями, религией, бытовыми и этническими обычаями.

Семейное право разных стран принципиально отличается и с большим трудом поддается унификации.

В США брачно-семейный статус лиц и связанные с ним особенности регулируются правом штата, устремлениям которого был бы нанесен «серьезный ущерб, если бы его право не было применено к конкретному вопросу. Этот штат определяется посредством оценивания силы и уместности имеющихся отношение к делу... отношений каждого штата... со спором, сторонами и лицом, чей статус рассматривается;... устремлений поддерживать действительность добровольно принятых обязательств, защищать детей, несовершеннолетних и иных нуждающихся в защите, а также оберегать семейные ценности и стабильность» (ст. 3519 ГК Луизианы).

Понятие «брак» в немецком материальном праве означает официально заключенный с соблюдением определенных формальностей союз между мужчиной и женщиной для совместного проживания и создания семьи. С точки зрения немецкого коллизионного права под это понятие подпадает сожителство, не оформленное официально и имеющее временный характер. Немецкий законодатель учитывает, что иностранное право (статут места совершения брака или статут последствий брака) может иначе решать этот вопрос и включать в понятие «брак» временное сожителство, которое не является браком с точки зрения немецкого материального права.

В Кодексе МЧП Бельгии закреплена гл. IV «Отношения сожителства». Термин «отношение сожителства» относится к ситуации сожителства, которая требует регистрации государственной властью и которая не создает связи, равной браку. Регистрация отношения сожителства может иметь место в Бельгии, если стороны во время заключения имеют совместное обычное проживание в Бельгии. Регистрация прекращения отношения сожителства может иметь место в Бельгии, если создание отношения было зарегистрировано в Бельгии. Отношение сожителства регулируется правом государства, на территории которого отношение было в первый раз зарегистрировано. Это право определяет условия установления отношения, последствия отношения для имущества сторон, а также причины и условия прекращения отношения (ст. 58—60). Сходное регулирование установлено в законодательстве Македонии и Нидерландов.

Вопрос о том, какая форма совместной жизни признается в качестве брака, решается на основе закона существа отношения (статута места совершения брака).

Основные коллизионно-правовые проблемы брака и семьи:

- 1) форма и условия заключения брака;
- 2) расовые и религиозные ограничения;
- 3) запреты на браки с иностранцами;

- 4) необходимость разрешения (дипломатического, родителей или опекунов) для вступления в брак;
- 5) личный закон (главенство) мужа;
- 6) заключение брака по доверенности и через представителя;
- 7) полигамия и моногамия;
- 8) однополые браки;
- 9) ответственность за отказ вступить в обещанный брак;
- 10) «хромающие браки».

Доктрина и судебная практика некоторых государств при разрешении споров в области семейных отношений, связанных с иностранным правом порядком, применяют теорию расщепления статутов: единый семейный (брачный) статут, статут общих последствий брака, статут права на имя (изменение фамилии вследствие вступления в брак), статут заключения брака, статут расторжения брака, статут имущественных отношений супругов. Эта теория позволяет более детально регулировать все вопросы брачно-семейных отношений. Почти все аспекты брачно-семейных отношений регулируются посредством «цепочки» коллизионных норм.

В сфере брачно-семейных отношений, связанных с иностранным правом порядком, часто возникает необходимость решения предварительного коллизионного вопроса (вопрос о действительности брака для решения вопроса о судьбе ребенка в случае прекращения брака), проблемы адаптации коллизионных норм, множественности коллизионных привязок, «хромающих» отношений, интерперсональных коллизий, применения оговорки о публичном порядке.

В качестве примера разрешения интерперсональных коллизий можно привести положения ст. 16 ГК Испании: «Право вдовства, регулируемое в арагонском Своде, принадлежит супругам, подчиненным имущественному брачному режиму упомянутого Свода, даже после изменения их гражданско-правовой области. Право вдовства не может быть противопоставляемо добросовестному приобретателю... имуществ, которые не располагаются на территории, где признается такое право, если договор был заключен за пределами упомянутой территории... Вдовий узифрукт также приходится пережившему супругу, если ранее умерший [супруг] принадлежал к арагонской гражданско-правовой области на момент своей смерти».

Доктрина выделяет наиболее распространенные коллизионные привязки для установления применимого права в брачно-семейных отношениях:

- 1) закон места заключения брака;
- 2) личный закон супругов;
- 3) закон страны постоянного проживания ребенка;
- 4) личный закон усыновителя;

- 5) закон компетентности учреждения;
- 6) закон суда;
- 7) закон страны совместного проживания супругов;
- 8) закон последнего совместного места жительства;
- 9) личный закон ребенка;
- 10) закон места нахождения общей семейной собственности;
- 11) закон места заключения брачного договора.

Все эти привязки должны по возможности единообразно применяться при регулировании брачно-семейных отношений («статут семейного права»). Закон суда, как правило, выступает в качестве вспомогательного средства, если привязка к иностранному праву не позволяет достичь должных правовых последствий, направленных на установление «принципа наибольшего благоприятствования» для более «слабой» стороны.

Попытки унификации брачно-семейных отношений, связанных с иностранным правом, предпринимаются с начала XX в. (первой в 1902 г. была принята Гагская конвенция об урегулировании коллизий законов и юрисдикции в области разводов и судебного разлучения супругов). Всего с начала XX в. было принято более 50 конвенций; многие из них так и не вступили в силу. В настоящее время наиболее важными универсальными и региональными международными соглашениями в области семейного права представляются следующие:

- Нью-Йоркская конвенция ООН о взыскании за границей алиментов (1956);
- Нью-Йоркская конвенция ООН о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков (1962);
- Гагская конвенция о юрисдикции, применимом праве и признании решений об усыновлении (1965);
- Люксембургская конвенция о признании решений в области супружеских отношений (1967);
- Страсбургская конвенция об усыновлении детей (1967);
- Гагская конвенция о признании разводов и решений о раздельном жительстве супругов (1970);
- Гагская конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам (1973);
- Страсбургская конвенция о правовом статусе внебрачных детей (1975);
- Гагская конвенция о праве, применимом к режимам собственности супругов (1978);
- Гагская конвенция о заключении и признании действительности браков (1978);
- Гагская конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей (1980);

- Люксембургская конвенция о признании и исполнении решений относительно опеки над детьми и восстановления опеки над детьми (1980);
- Гагская конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления (1993);
- Гагская конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании, принудительном исполнении и сотрудничестве в отношении ответственности родителей и мер по защите детей (1996);
- Страсбургская конвенция об осуществлении прав детей (1996);
- Гагская конвенция о международной защите совершеннолетних (2000);
- Страсбургская конвенция о контактах в отношении детей (2003);
- Гагская конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи (2007);
- Страсбургская конвенция об усыновлении детей (2008).

Наличие комплекса универсальных и региональных международных соглашений, регулирующих брачно-семейные отношения, породило термин «международное семейное право», который, правда, употребляется пока не слишком широко.

В СК РФ произведена кодификация правовых норм, относящихся к брачно-семейным отношениям с участием иностранцев и апатридов. В СК РФ нет специальной нормы о правовом статусе иностранных граждан и лиц без гражданства в России в брачно-семейных отношениях. Их правовое положение определено Конституцией РФ.

В разд. VII СК РФ «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных лиц и лиц без гражданства» предусмотрены основания и условия применения российского семейного законодательства и норм иностранного семейного права к семейным отношениям с участием иностранных лиц и лиц без гражданства, к семейным отношениям российских граждан, если эти отношения связаны с территорией иностранного государства. В случае решения коллизийного вопроса в пользу иностранного права определен порядок установления содержания иностранного семейного права (ст. 166). Это является обязанностью суда и иных компетентных органов России.

Содержание иностранного семейного права устанавливается с учетом его официального толкования, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. За судом закреплено право обращаться в Министерство юстиции РФ, другие компетентные органы и привлекать экспертов в целях установления содержания иностранных правовых норм. Стороны также вправе предпринимать предусмотренные в законодательстве действия

в целях оказания суду помощи при установлении содержания иностранного семейного права. СК РФ содержит оговорку о публичном порядке (ст. 167) — нормы иностранного семейного права не применяются, если их применение противоречит основам правопорядка (публичному порядку) России. В подобных случаях применяются нормы российского права.

14.2. Заключение браков

Порядок заключения брака и его основные формы определяются по-разному: только гражданская форма (Франция, ФРГ, Япония); только религиозная (Израиль, Иран, отдельные штаты США и провинции Канады); альтернативно или та, или другая (Великобритания, Испания, Дания); одновременно и гражданская, и религиозная (латиноамериканские государства, государства Ближнего Востока и Юго-Восточной Азии).

В ГК Испании установлено: «Любой испанец может заключить брак внутри или за пределами Испании: перед судьей, мэром или должностным лицом, обозначенным настоящим Кодексом; в предусмотренной законным образом религиозной форме. Он также может заключить брак за пределами Испании согласно форме, установленной законом места совершения брака» (ст. 49).

Альтернативная религиозная форма заключения брака предполагает обязательное внесение записи о совершенном браке в реестр или книгу записей актов гражданского состояния. Лица, желающие заключить такой брак, обязаны получить в компетентных органах подтверждение соблюдения требуемых законом условий вступления в брак (Великобритания, Италия, Польша): «Брак за границей двух португальцев или португальца (португалки) и иностранки (иностранца) может быть совершен... перед служителями католического культа; в любом случае браку должна предшествовать процедура публикаций. Брак за границей двух португальцев или португальца (португалки) и иностранки (иностранца) сообразно каноническим законам рассматривается как католический брак, какой бы ни была правовая форма совершения этого действия согласно местному закону, и основанием для его записи служит согласие регистратуры приходской церкви» (ст. 51 ГК Португалии).

В некоторых штатах США брак удостоверяется письменным соглашением сторон, которое заверяется адвокатом. Последующая регистрация таких браков в едином государственном реестре не требуется. Гражданско-правовые последствия порождает и незаконное совместное проживание с ведением общего хозяйства. В отдельных штатах простое сожитие по истечении определенного срока

совместной жизни позволяет суду установить прецедент презумпции законного брака.

Условия заключения брака в национальных законах различны, но можно выделить общие черты:

- достижение установленного законом брачного возраста;
- ответственность за сокрытие обстоятельств, препятствующих заключению брака;
- запрет браков между близкими родственниками, усыновителями и усыновленными, опекунами и подопечными;
- запрет вступления в брак с ограниченно дееспособными или полностью недееспособными лицами;
- явно выраженное согласие жениха и невесты.

В брачно-семейных отношениях не действует правило «недееспособный на родине может быть признан дееспособным за границей»: «Способность совершать сделки определяется для каждого лица согласно его национальному закону... Иностранное (недееспособное) лицо... рассматривается как имеющее способность совершать... сделку, если... оно признается иранским законом дееспособным. Это положение не может применяться, когда речь идет о совершении сделок, относящихся к семейным... правам» (ст. 962 ГК Ирана).

В подавляющем большинстве брачная дееспособность подчиняется личному закону каждого из супругов (Швейцария, Южная Корея). В отдельных странах этот вопрос регулируется законом места заключения брака (Уругвай). Японский законодатель учитывает, что в одном государстве может действовать несколько правовых систем по отношению к различным группам населения: «Если лицо является гражданином страны, где применение тех или иных правил зависит от статуса ее граждан, правом его страны гражданства является право, определенное в соответствии с нормами этой страны, или, если их нет, право, с которым лицо наиболее тесно связано... [Эти] положения ... применяются ... для определения права места обычного пребывания лица в случаях, когда право места обычного пребывания лица меняется в зависимости от статуса пребывающих, ... а также для определения права места, с которым супруги наиболее тесно связаны, в случаях, когда право места, с которым супруги наиболее тесно связаны, меняется в зависимости от статуса пребывающих» (ст. 40 Закона о МЧП Японии).

Браки между усыновителями и усыновленными запрещены во всех странах. Наиболее детальный перечень некровного родства дан итальянским законодателем: запрету подлежат не только браки между усыновителем и усыновленным, но и между его родственниками по нисходящей, приемными детьми одного и того же лица, между приемным ребенком и супругом приемного родителя, приемным родителем и супругом приемного ребенка.

В ряде стран допускаются браки с ограниченно дееспособными лицами: в Чехии полная недееспособность исключает возможность заключения брака, но лицо с ограниченной дееспособностью может вступать в брак с разрешения суда. Как правило, лицам, страдающим душевными заболеваниями, таких разрешений не дается. Принимая во внимание состояние здоровья конкретного больного, суд вправе дать разрешение на брак.

В большинстве развитых стран для заключения брака необходимо представить комплекс медицинских документов (наличие заразных болезней, венерических заболеваний, психических расстройств, алкоголизма, наркомании, ВИЧ-инфекции). Наличие таких заболеваний не является препятствием к заключению брака, но их сокрытие порождает ответственность виновного лица и ведет к признанию брака недействительным.

В некоторых странах установлены дополнительные препятствия для заключения брака: в Италии не допускается заключение брака между лицами, одно из которых осуждено за убийство или покушение на убийство супруга или супруги второго лица. В Германии и Франции установлен срок, в течение которого не может вступить в новый брак разведенная женщина или вдова. В Швейцарии установлен запрет на вступление в новый брак после развода для виновной в разводе стороны сроком от одного года до трех лет.

Если брак заключается в Болгарии, и одно из лиц является болгарским гражданином или имеет болгарский домицилий, а национальное право другого лица устанавливает препятствие для заключения брака, которое по болгарскому праву несовместимо со свободой заключения брака, это препятствие не считается. Иностранец или лицо без гражданства должно удостоверить перед болгарским органом по гражданскому состоянию, что его отечественное право признает брак, заключенный за границей и что согласно его отечественному праву нет препятствий для заключения брака (ст. 76—77 Кодекса МЧП Болгарии).

Обещание вступить в брак и последствия его нарушения регулируются общим национальным законом лиц, вступающих в брак, а в случае его отсутствия — правом страны суда (ст. 26 Закона о МЧП Италии). В соответствии с Кодексом МЧП Турции возможность и условия помолвки регулируются законом гражданства каждой из сторон в момент составления такого соглашения; общий закон гражданства сторон применяется к действительности и последствиям помолвки; если стороны имеют различное гражданство, то применяется турецкое право (ст. 12).

Обязательное условие заключения брака в Италии, Франции, Швейцарии и некоторых штатах США — публичное оглашение

предстоящего брака. В США и Великобритании публичное оглашение может быть заменено разрешением на брак, для получения которого вступающие в брак под присягой заявляют об отсутствии предусмотренных законом препятствий к его заключению.

В законодательстве практически всех стран предусмотрена специальная форма заключения браков — консульские браки. Такие браки заключаются в консульствах или консульских отделах посольств между гражданами государства аккредитования, находящимися на территории данного иностранного государства. Консульские браки заключаются на основе консульских конвенций; к ним применяется законодательство государства аккредитования. В некоторых консульских конвенциях предусмотрено требование учитывать и право государства пребывания.

Самая острая проблема брачно-семейных отношений с иностранным элементом — большое количество «хромающих» браков, т.е. браков, порождающих юридические последствия в одном государстве и считающихся недействительными в другом. Эта проблема порождена тем, что многие страны не признают форму и порядок заключения брака, если они отличаются от их национальных установлений. Например, в Израиле браки, заключенные за границей, признаются только в том случае, если они совершены по иудаистскому религиозному обряду.

На универсальном уровне попытки устранить хромающие браки были предприняты в Нью-Йоркской конвенции ООН о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков (1962) и в Гагской конвенции о заключении и признании действительности браков (1978). В настоящее время открыта для подписания Гагская конвенция об урегулировании коллизий законов в области заключения брака (1995). Генеральными коллизионными привязками для решения вопроса о заключении брака являются личный закон обоих супругов (внутренние условия брака) и закон места заключения брака (форма и порядок заключения брака). Однако государства, не признающие заключенные за границей браки, к конвенциям не присоединились.

По общему правилу форма и порядок заключения брака подчиняются закону места его совершения (Уругвай, Португалия, Турция). В отдельных странах предусмотрено иное решение: «В части его формальной действительности брак регулируется правом места его заключения либо правом страны домицилия или гражданства одного из супругов» (ст. 3088 ГК Квебека). Аналогичные привязки установлены в законодательстве Польши и Лихтенштейна.

Материальные условия брака по немецкому праву подчиняются закону гражданства каждого из супругов с применением отсы-

лок первой и второй степеней (ст. 13 ВЗ ГГУ). Браки, заключенные за границей, признаются действительными с точки зрения формы, если она соответствует закону гражданства одного из супругов или закону места совершения брака. Брак между иностранцами, заключенный за границей, действителен с точки зрения формы, если он совершен уполномоченным должностным лицом государства, гражданином которого является один из супругов, и в форме, соответствующей законодательству этого государства.

При заключении брака или после него супруги могут заявить о выборе «подлежащего ношению имени». Заявления, сделанные после заключения брака, должны быть официально удостоверены. Вопросы выбора семейного имени подчиняются (ст. 10.2 ВЗ ГГУ):

- праву государства, гражданином которого является один из супругов;

- германскому праву, если один из супругов имеет обычное место пребывания в Германии.

Великобритания — единственная европейская страна, где законодатель прямо урегулировал вопросы признания заключенных за границей полигамных браков. В Законе о МЧП содержатся специальные положения — «Действительность и сила в шотландском праве потенциально полигамных браков» (ст. 7) и «Действительность в английском праве потенциально полигамных браков» (ст. 5): «Брак, заключенный вне Англии и Уэльса между сторонами, ни одна из которых уже не состоит в браке, не является недействительным по праву Англии и Уэльса на том основании, что он заключен по праву, которое позволяет полигамию, и что одна из сторон домицилирована в Англии и Уэльсе... У лица, домицилированного в Шотландии, не отсутствует способность заключать брак только по причине того, что брак заключается по праву, которое позволяет полигамию... Брак, действительный в силу права Шотландии и заключенный по закону, который позволяет полигамию... на момент, когда ни одна из сторон уже не состоит в браке, имеет, до тех пор, пока ни одна из сторон не вступит в брак с каким-либо вторым супругом в течение существования такого брака, те же самые последствия... как и брак, заключенный по какому-либо праву, которое не позволяет полигамию».

В Бразилии основной коллизионной привязкой вопросов заключения брака и признания его действительности выступает закон домицилия: «Закон страны, в которой имеет место жительства лицо, определяет правила относительно... семейных прав. Если вступающие в брак имеют различное место жительства, случаи недействительности брака регулирует закон первого супружеского места жительства». При этом место жительства главы семьи распространяется

на другого супруга и неэмансипированных детей. Возможно применение закона суда: «Когда брак заключается в Бразилии, бразильский закон применяется в том, что касается обстоятельств, препятствующих вступлению в брак, и формальностей бракосочетания» (ст. 7.1 ВЗ ГК Бразилии).

В законодательстве многих государств установлена необходимость получить специальное разрешение для вступления в брак с иностранцем (Индия, Иран, Италия, Норвегия). «(3) Если венгерский гражданин или проживающее в Венгрии лицо без гражданства намерены вступить в брак за границей, компетентные органы Венгрии свидетельствуют, что для заключения брака нет препятствий по венгерскому праву. (4) Если место жительства венгерского гражданина находится за границей, свидетельство выдает соответствующее консульское представительство венгрии» (§ 37 Указа о МЧП Венгрии).

В современном международном праве определено, что изменение гражданства одного из супругов автоматически не влечет за собой изменение гражданства другого, но презюмирует облегченный порядок изменения гражданства (Конвенция о гражданстве замужней женщины (г. Нью-Йорк, 29 января 1957 г.)).

В соответствии с п. 1 ст. 156 СК РФ форма и порядок заключения брака на территории РФ, независимо от гражданства лиц, вступающих в брак, определяются российским законодательством. Брак должен заключаться в органах загса. При заключении смешанных и иностранных браков их порядок и форма подчиняются российскому законодательству. Законодатель предусмотрел кумуляцию коллизийной привязки, — условия заключения брака определяются личным законом каждого из супругов (возможно применение одновременно постановлений двух правовых систем).

Предусмотрено, что при заключении брака на территории РФ наряду с применением национального законодательства лиц, вступающих в брак, должны соблюдаться требования российского законодательства в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака, установленных ст. 14 СК РФ. На территории РФ не допускается заключение брака между:

- лицами, из которых хотя бы одно лицо уже состоит в другом зарегистрированном браке;
- близкими родственниками (родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии);
- усыновителями и усыновленными;
- лицами, из которых хотя бы одно лицо признано судом недееспособным вследствие психического расстройства.

Регулирование порядка вступления в брак бипатридов и апатридов производится в особом порядке. Если бипатрид имеет и россий-

ское гражданство — условия его вступления в брак определяются по российскому праву. Для лиц с множественным гражданством условия вступления в брак определяются законодательством государства по выбору самого лица (п. 3 ст. 156). При определении условий вступления в брак для апатридов применяется право государства их постоянного места жительства (п. 4 ст. 156).

В ст. 156 СК РФ установлена «цепочка» коллизионных норм, по-разному регулирующих порядок заключения брака для разных категорий физических лиц. Браки между иностранцами, заключенные в консульских и дипломатических представительствах иностранных государств на территории РФ, признаются действительными на условиях взаимности (п. 2 ст. 157).

Заключение браков за пределами территории РФ урегулировано в п. 1 ст. 157 и ст. 158 СК. Российские граждане, находящиеся на территории иностранного государства, могут заключать браки не только в дипломатическом представительстве или в консульском учреждении РФ, но и в компетентных органах этого государства (п. 1 ст. 158). В компетентном органе иностранного государства может быть заключен брак между российскими гражданами и иностранными гражданами или лицами без гражданства. Форма, порядок, условия заключения такого брака будут определяться законодательством иностранного государства.

Форма заключения брака может отличаться от предусмотренной в ст. 10 СК РФ (заключение брака в органах загса), например религиозная форма. Брак, заключенный в религиозной форме гражданином России в государстве, где за таким браком признается юридическая сила (Англия, Кипр, Лихтенштейн), будет действительным на территории РФ. Условия заключения брака устанавливаются законодательством иностранного государства.

Для признания в Российской Федерации действительными браков российских граждан, заключенных в органах иностранных государств, необходимо не только соблюдение законодательства государства места заключения брака, но и требований ст. 14 СК РФ.

Браки между иностранными гражданами, заключенные за пределами России с соблюдением законодательства государства, на территории которого они заключены, согласно п. 2 ст. 158 признаются действительными в России без каких-либо условий и оговорок. Признаются действительными браки между иностранными гражданами, заключение которых в России невозможно из-за наличия препятствий, установленных ст. 14 СК РФ (полигамные браки).

Распространение в ряде государств однополых союзов в виде гражданских партнерств или легальных браков способно породить трудно разрешимые проблемы в международном семейном праве.

Этот институт получил распространение в законодательстве большинства европейских стран (Германия — Закон о регистрируемом партнерстве (2001), Франция — Закон о гражданском пакте солидарности (1999)). Законодательство Дании (Закон о регистрируемом партнерстве (1989)) признает за однополыми партнерами те же наследственные права, что и за супругами. В Каталонии (Испания) переживший партнер имеет право на получение алиментов из наследственной массы (Закон о стабильных союзах пар (2000)). В Кодексе МЧП Бельгии установлено (ст. 46): «Условия, касающиеся действительности брака, регулируются для каждого супруга, правом государства, гражданином которого являлся супруг на момент заключения брака. Применение положения права, запрещающего брак между двумя физическими лицами одного пола, не допускается, если одно из физических лиц является гражданином государства, разрешающего такой брак, или постоянно проживает на территории такого государства». Аналогичные нормы закреплены в законодательстве о МЧП Венгрии, Нидерландов и других европейских стран.

В связи с подобными специфическими тенденциями развития семейного права возникает проблема признания на территории РФ однополых браков, заключенных между иностранными гражданами, между российскими гражданами, между российскими и иностранными гражданами за ее пределами. Российское законодательство прямо не запрещает однополые браки. Браки между иностранцами, заключенные вне пределов России, признаются действительными при соблюдении законодательства места заключения брака. Недействительность браков, связанных с иностранным правом порядком, определяется по законодательству, которое применялось при заключении брака (ст. 159 СК РФ). Если однополый союз был зарегистрирован в соответствии с иностранным законом, то публичный порядок может смягчаться, признавая, например, наследственные права пережившего партнера в соответствии с применимым иностранным законом¹.

14.3. Расторжение брака. Общие последствия брака

До 70-х гг. XX в. практически во всем мире развод рассматривался как санкция за виновное поведение супругов, за нарушение брачного договора с взысканием убытков и возмещением морального вреда. Развод расценивался как гражданско-правовой деликт или уголов-

¹ Медведев И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005.

ное преступление, в связи с чем вопрос о применимом праве в принципе не возникал. Деликты по общему правилу подчинялись закону страны суда, а уголовное право всегда было исключено из сферы действия коллизионного регулирования. Как следствие, вопрос о выборе компетентного правопорядка был заменен вопросом о подсудности данного дела конкретному суду.

В середине 1970-х гг. в большинстве государств Европы была проведена реформа развода. Основная тенденция реформы — отказ от концепции развода как санкции и переход к концепции: развод — это констатация неудачного брака. Расторжение «смешанных браков» — это сложный процесс, связанный с иностранным правопорядком. Согласно статистическим данным Комиссии ЕС на территории стран ЕС зафиксировано около 122 млн. браков. В 2007 г. в 27 странах ЕС было зафиксировано свыше 1 млн. разводов, из которых 140 тыс. (13%) включали иностранный элемент.

В большинстве государств признается расторжение браков, произведенное за границей. Расторжение брака регулируется правом, которое определяет общие последствия брака в момент возбуждения бракоразводного процесса. В принципе статут развода (расторжения брака) следует статуту общих последствий брака. Основная коллизионная привязка при разрешении вопросов развода — закон места расторжения брака, субсидиарные — личный закон супругов и закон суда (ст. 82 Кодекса МЧП Болгарии).

Общий статут прекращения брака (т.е. сфера действия права, применимого к расторжению брака и раздельному проживанию супругов) определяет следующие вопросы (ст. 56 Кодекса МЧП Бельгии): 1) допустимость раздельного проживания супругов; 2) причины и условия расторжения брака или раздельного проживания супругов; 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.

Законодательство европейских государств, как правило, не признает действительность «частных разводов внутри страны» («развод по сделке», развод «талак» по исламскому праву, репудияция — развод по простому «указанию» мужа). Признание таких разводов возможно в исключительных случаях: «Расторжение брака, осуществленное за рубежом путем только одностороннего заявления мужа, не признается, за исключением: а) расторжение брака в такой форме соответствует личному закону мужа; б) расторжение действительно в месте, где оно было осуществлено; в) является очевидным, что жена прямо выраженным или подразумеваемым образом согласи-

лась с расторжением или не возражала против него» (ст. 58 кн. 10 ГК Нидерландов).

Аналогичной позиции придерживается законодатель Бельгии. Иностранный акт, свидетельствующий о желании мужа расторгнуть брак, не может быть признан в Бельгии, если жена не имеет такого же права. Такой акт может быть признан в Бельгии, если будет установлено, что 1) этот акт был утвержден в суде государства, где он был выдан; 2) ни один из супругов на момент утверждения расторжения брака не был 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 без всякого принуждения. Все перечисленные условия должны иметь место в совокупности (ст. 57 Кодекса МЧП).

Французская судебная практика придерживается правила, что в делах о разводах при наличии у супругов общего места жительства применяется закон домицилия; отсутствие общего домицилия предполагает учет законов гражданства обоих супругов. Во Франции признаются разводы, совершенные за границей по основаниям расторжения брака, неизвестным французскому праву. В этом случае действует доктрина, что в признании иностранных судебных решений публичный порядок имеет «смягченное» действие по сравнению с применением его к случаям признания действия иностранного права.

Англо-американское право исходит из того, что в вопросе о разводе необходимо определить подсудность дела английскому или американскому суду. Если вопрос о подсудности решен, тем самым решен и коллизионный вопрос: применяется право страны суда. Вопросы о юрисдикции по бракоразводным делам решаются в основном по признаку домицилия супругов. В Англии до 1973 г. (по Бракоразводному закону (1937)) единственным условием выбора компетентной юрисдикции был общий домицилий сторон, который совпадал с правом страны суда. Английский Акт о домицилии и брачно-семейных делах (1973) установил самостоятельный домицилий для замужней женщины. Этот Закон устранил трудности, существовавшие ранее для «покинутой» жены: она не имела доступа в британские суды для расторжения брака, если муж уезжал за границу и утрачивал британский домицилий (ранее жена считалась домицилированной там же, где муж). В настоящее время жена может подать иск на развод в суд Англии, основываясь на бывшем английском домициле супруга. Однако до сих пор в странах общего

права распространена практика, что в бракоразводных делах должен применяться только *lex fori*.

Венгерский суд в бракоразводных процессах применяет иностранное право, но при этом:

а) брак может быть расторгнут и в том случае, если иностранное право исключает возможность расторжения брака или если по иностранному праву недостаточно условий для расторжения, но они имеются в соответствии с венгерским правом;

б) вопрос о полном и безвозвратном расстройстве супружеской жизни рассматривается, даже если в иностранном праве установлены безусловные причины для расторжения брака;

с) расторжение брака не может основываться на виновности (§ 41 Указа о МЧП Венгрии).

Как правило, национальный законодатель в принципе оставляет за собой право не учитывать «особые» требования иностранного права, предъявляемые к расторжению брака: «Если право гражданства обоих супругов... требует соблюдения специальных условий для расторжения брака, брак должен расторгаться согласно законам республики Литва, если один из супругов имеет литовское гражданство или постоянное место жительства в республике Литва» (ст. 1.29 ГК Литвы). Если иностранное право общего гражданства супругов запрещает расторжение брака или подчиняет его чрезмерно суровым условиям, применяется швейцарское право (если один из супругов имеет помимо иностранного еще и швейцарское гражданство либо проживает в Швейцарии не менее двух лет) (ст. 61.3 Закона о МЧП Швейцарии).

В мусульманских странах различают понятия «развод», «расторжение брака» и «разлучение супругов». Во всех случаях главенствующим является личный закон мужа. Развод возможен только по инициативе мужчины. Коллизионное регулирование построено в соответствии с этим материальным правилом: «Последствия брака, включая те, которые касаются имущества, подчиняются закону гражданства мужа на момент заключения брака. Развод, даваемый мужем жене, подчиняется закону гражданства мужа на момент, когда он имеет место... Расторжение брака и разлучение подчиняются закону мужа на момент подачи искового заявления» (ст. 13 ГК Египта). В отдельных государствах предусмотрено специальное коллизионное регулирование развода «талак» (одностороннее внесудебное заявление мужа о разводе): «Талак регулируется законами государства, гражданином которого является муж на момент талака» (ст. 13.2 Закона ОАЭ).

Однако и в законодательстве мусульманских стран отражаются современные тенденции расширения автономии воли сторон

по вопросам брачно-семейных отношений: «В суде при урегулировании вопросов брака, развода [талак], расторжения брака [фасх], уплаты алиментов *по согласию сторон* применяется йеменский закон» (ст. 26 ГК Йемена (1992)). Таким образом, супруги при расторжении брака в йеменском суде могут договориться о применении *lex fori*.

Статуту расторжения брака подчиняются и основные последствия развода, однако отдельные вопросы (право на имя) имеют самостоятельное коллизийное регулирование. Вопрос о разделе предметов домашнего обихода и общей квартиры (который во время брака подчинялся статуту общих последствий брака) во взаимосвязи с разводом квалифицируется как его последствие и предполагает применение статута расторжения брака. Проблема выравнивания имущественных долей супругов также предусматривает применение статута расторжения брака («правовое выравнивание долей»). Данное правило применяется, если оно известно правопорядку гражданства одного из супругов (ст. 17 ВЗ ГГУ). В этом проявляется «ограничительная» функция применения закона гражданства, — в праве такого государства должны присутствовать понятия «полная компенсация», «выравнивающая компенсация», «право на ожидание выравнивания долей», «частичная компенсация».

Статут общих последствий брака регулируется посредством цепочки коллизионных норм. В современном законодательстве по этому вопросу учитывается критерий наиболее тесной связи. В Законе о МЧП Южной Кореи (§ 33) установлены правила, имеющие трехступенчатый характер: в первую очередь применяется право государства, гражданство которого имеют оба супруга, при отсутствии такового — право места, где оба супруга имеют обычное местопребывание, при его отсутствии — право места, с которым супруги наиболее тесно связаны. Кстати, в корейском Законе отсутствует самостоятельная коллизионная норма в отношении имени лица, поскольку законодатель придерживается точки зрения, что имя (фамилия) супругов подчиняется статуту общих последствий брака.

Недействительность брака определяется законом, нарушение которого обосновывает недействительность брака. Пороки согласия как основание недействительности брака определяются законом места заключения брака. Закон супружеского места жительства определяет последствия недействительности брака, право на развод и разлучение. Основания развода и разлучения подчиняются закону супружеского места жительства, он же применяется к гражданским последствиям развода и разлучения (ст. 2079—2082 ГК Перу).

Во многих странах иностранные решения о расторжении брака признаются, если они совершены компетентным иностран-

ным судом — «вынесенные или признаваемые в государстве места жительства, места обычного пребывания или гражданства одного из супругов» (ст. 65.1 Закона о МЧП Швейцарии). Однако это требование не является императивным: «Расторжение брака или разлучение, полученное за границей, признается в Нидерландах, если является очевидным, что другая сторона в иностранном разбирательстве прямо выраженным или подразумеваемым образом согласилась с расторжением или разлучением либо впоследствии не возражала против него» (ст. 57 кн. 10 ГК Нидерландов).

В европейских государствах существует аналогичный разводу, но юридически иной способ прекращения брачно-семейных отношений — по просьбе сторон суд выносит решение о сепарации (судебном разлучении) супругов. Основное отличие от развода — в случае смерти одного из супругов другой сохраняет наследственные права. Режим раздельного проживания супругов на основании судебного решения не прекращает брак, но часто предшествует разводу (или является его обязательной предпосылкой). Решение о раздельном проживании принимает суд по требованию одного из супругов на тех же основаниях, что и решение о разводе. Раздельное проживание прекращает обязательство жить вместе и влечет за собой раздел имущества. По требованию одного из супругов через три года решение о раздельном проживании может быть преобразовано в решение о разводе (Франция).

Раздельное проживание супругов регулируется их личным законом. Если супруги имеют разное гражданство и разные места жительства, «применимым правом является право их общего места проживания, или право их последнего общего места проживания, или право страны суда, рассматривающего дело. Последствия раздельного проживания супругов подчиняются праву, регулирующему раздельное проживание» (ст. 3090 ГК Квебека).

Тенденция расширения автономии воли проявляется и в брачно-семейных отношениях (ст. 55 Кодекса МЧП Бельгии). Супруги вправе выбрать право, которое будет регулировать расторжение брака или раздельное проживание супругов. Однако автономия воли ограничена — это может быть либо право государства, гражданами которого являлись оба супруга на момент подачи иска, либо право Бельгии. Выбор права должен быть явно выражен при их первом появлении в суде. Применение выбранного права исключается, если это право не знает института расторжения брака. В этом случае применяется право, определенное в соответствии общими коллизионными критериями расторжения брака.

На универсальном международном уровне вопросы расторжения брака урегулированы в Гаагской конвенции о признании развода и судебного разлучения супругов (1970).

Специальные правила расторжения браков установлены в международных двусторонних договорах РФ о правовой помощи (с Болгарией, Венгрией, Чехией):

- развод производится органами того государства, гражданами которого являются супруги;

- проживающие в одном государстве граждане другого государства могут возбудить дело о разводе в суде по месту жительства;

- при расторжении брака применяется закон гражданства супругов;

- если супруги не имеют общего гражданства и проживают на территории разных стран, дело о разводе может быть возбуждено в суде любого государства, и каждый суд будет применять свое собственное право.

Европейский парламент принял Регламент Совета (ЕС) № 1259/2010 о праве, применимом к вопросам о разводе и раздельному проживанию супругов по решению суда от 20 декабря 2010 г. (Рим III), который подлежит применению с 21 июня 2012 г. Регламент Рим III применяется в ситуациях, содержащих конфликт законов по вопросам, касающимся развода и раздельного проживания супругов. Рим III (как Рим I и Рим II) основан на принципе универсальности — применимым является не только право государства — члена ЕС, но и любой третьей страны.

Основное коллизионное правило Рим III (ст. 5) отражает гибкий подход к регулированию отношений развода и разлучения, предоставляя сторонам возможность выбора применимого права путем обоюдного согласия. Соглашение между сторонами в отношении выбора применимого права может быть заключено и изменено в любое время, но не позднее подачи иска в суд. В отношении формальной действительности такого соглашения установлено требование об обязательной письменной форме и наличии подписей сторон (ст. 7).

Автономия воли сторон при выборе применимого права существенно ограничена. Последствия применения выбранного сторонами права не должны противоречить нормам публичного порядка страны суда. Кроме того, применимое право можно выбрать только из установленного в Рим III перечня:

- право совместного места жительства супругов на момент заключения такого соглашения;

- право последнего совместного места жительства супругов, если один из них проживал в этой стране на момент заключения соглашения;

- право страны гражданства любого из супругов на момент заключения соглашения;

— право страны суда.

Статья 8 Рим III устанавливает иерархию коллизионных привязок (субсидиарное право первой, второй, третьей и четвертой степеней) для определения применимого правопорядка в отсутствии автономии воли сторон. Эта статья представляет собой сложную соподчиненную альтернативную коллизионную норму:

1) право совместного места жительства супругов на момент подачи искового заявления в суд. Если данное условие не выполняется, то применяется:

2) право последнего совместного места жительства супругов (при условии, что оно не перестало быть таковым раньше, чем за год до подачи заявления в суд) до тех пор, пока хотя бы один из супругов проживает на постоянной основе в этой стране на момент подачи искового заявления. Если данное условие не выполняется, то применяется:

3) право страны гражданства обоих супругов. Если данное условие не выполняется, то применяется:

4) право страны суда, где истребуется защита.

Если разводу предшествовало раздельное проживание супругов по решению суда, то к последующему разводу следует применять право, которое применялось к решению о раздельном проживании (при отсутствии соглашения о выборе применимого права отдельно к разводу) (ст. 9). Однако если право, выбранное сторонами к раздельному проживанию супругов, не предусматривает переход в состояние развода, то применяются коллизионные правила ст. 7 и 8.

Право страны суда применяется в случаях, когда выбранное сторонами право или субсидиарное право по ст. 8, не содержит положений о разводе или не предоставляет одному из супругов равного доступа к осуществлению своего права на развод или раздельное проживание по гендерному признаку.

В настоящее время в странах ЕС еще не сложилось единой судебной практики по вопросам выбора применимого права в сфере бракоразводных отношений. По-прежнему преобладают два диаметрально противоположных подхода. С одной стороны, это закон страны суда (Англия, Ирландия), с другой — личный закон одного из супругов (Германия, Франция, Испания). Одной из задач Рим III является достижение компромисса в коллизионном регулировании бракоразводных отношений. В итоге основным коллизионным правилом Рим III является *право обычного совместного места жительства супругов (habitual residence)*.

Выбор применимого права в сфере бракоразводных отношений, исходя из критерия обычного места жительства сторон, является

более гибким по сравнению с применением личного закона супруга. Это отвечает требованиям мобильности и свободы передвижения внутри ЕС. Кроме того, применение права обычного местожительства сторон позволит привести в соответствие нормы коллизионного права Рим III с процессуальными коллизионными нормами, которые содержатся в Брюссель II bis.

Обычное местожительство сторон — самый распространенный критерий определения компетентного правопорядка в МЧП ЕС, применяемый не только в семейных делах, в делах усыновления и установления опеки, но и по вопросам установления юрисдикции. Принято считать, что такой подход отражает тенденцию к мобильности передвижения сторон правоотношений.

Порядок расторжения браков, связанных с иностранным правопорядком, установлен в ст. 160 СК РФ, содержащей «цепочку» коллизионных норм. К расторжению любых браков на территории РФ применяется только российское право, т.е. закон суда. Законодательно закреплено право российских граждан расторгать браки с иностранцами, проживающими вне пределов России, в российских судах или дипломатических и консульских представительствах. Расторжение любых браков за пределами Российской Федерации признается действительным в России при соблюдении права соответствующего иностранного государства. Основное требование — соблюдение предписаний иностранного права о компетенции органов и законодательства о расторжении браков.

14.4. Правоотношения между супругами

В современном мире участились случаи разного гражданства супругов, что нередко приводит к возникновению коллизионных проблем при урегулировании отношений между ними. В законодательстве большинства государств содержатся специальные коллизионные нормы, регулирующие выбор права для отношений между супругами.

К личным неимущественным отношениям между супругами относятся отношения, реализующие право каждого из супругов на свободный выбор занятий, профессии, места жительства, имени (фамилии). В качестве неимущественной обязанности супругов может быть сформулирована обязанность строить отношения в семье на основе уважения и взаимопомощи, заботиться о благосостоянии и развитии детей. Такие обязанности, несмотря на придание им формы юридических предписаний, представляют собой морально-нравственные каноны, исполнение которых нельзя обеспечить посредством при-

менения юридических санкций¹. Однако современное законодательство закрепляет нормы, регулирующие отношения, не имеющие правовой природы.

Согласно ст. 23 польского Кодекса о семье и опеке (1964) обязанность супругов — «супружеская верность и взаимодействие на благо созданной ими семьи». В законодательстве Швейцарии предусмотрено, что супруги «обязуются друг перед другом по общему согласию обеспечить процветание супружеского союза».

Проблема выбора применимого к регулированию личных супружеских отношений права решается при помощи «цепочки» коллизионных норм. Генеральная коллизионная привязка — закон страны совместного проживания супругов; при отсутствии совместного места жительства — закон государства, на территории которого супруги имели последнее общее проживание: «Личные отношения супругов определяются в соответствии со следующей очередностью: (1) по праву государства последнего в течение их брака общего гражданства, если один из них сохраняет это гражданство, (2) по праву государства последнего в течение их брака общего обычного места пребывания, (3) по праву государства, с которым супруги наиболее тесно связаны» (ст. 14 ГК Греции). Также применяется общий национальный закон (ст. 29 Закона о МЧП Италии).

Наиболее подробно личные отношения супругов урегулированы в законодательстве о МЧП Нидерландов. Личные отношения между супругами регулируются правом, избранным сторонами (генеральная коллизионная привязка). Однако автономия воли супругов ограничена: они могут избрать только либо право страны их общего гражданства, либо право обычного местожительства. При отсутствии выбора права личные отношения регулируются законом государства общего гражданства супругов, или законом их обычного местожительства, или законом государства, с которым, принимая во внимание все обстоятельства, супруги наиболее тесно связаны (субсидиарные альтернативные коллизионные привязки первой степени) (ст. 35, 36 кн. 10 ГК).

В некоторых государствах до сих пор может доминировать личный закон мужа: «Применительно к отношениям между мужем и женой является определяющим закон, общий для обоих супругов, когда они имеют одно и то же гражданство или когда жена приобрела в силу брака гражданство своего мужа. В случае, когда жена не приобрела в силу брака гражданство своего мужа, является определяющим закон гражданства мужа» (§ 21 Закона о МЧП Таиланда).

¹ Федосеева Г. Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2007.

Правовые коллизии по поводу регламентирования неимущественных отношений между супругами не являются распространенными, поскольку по своей природе такие отношения в принципе трудно подчинить правовому регулированию. На практике, как правило, не возникает проблемы с решением коллизионного вопроса при регулировании личных отношений между супругами¹. Основные усилия при разработке правовой модели коллизионного регулирования законодатель сосредоточил на разработке коллизионных норм, действующих в сфере имущественных отношений.

В законодательстве некоторых государств формулируются нормы, учитывающие возможность возникновения коллизий только при регулировании имущественных отношений: «Регулирование брачного имущества определяется правом, выбранным сторонами, а при отсутствии такого выбора — правом, являющимся на момент заключения брака определяющим в отношении правовых последствий брака» (§ 19 Закона о МЧП Австрии). Современное законодательство придерживается концепции «единого статута последствий брака» — все правоотношения между супругами (и личные, и имущественные) подчиняются статуту общих последствий брака. Данное положение закреплено в законодательстве многих государств (ФРГ, Италия) и в рекомендации Комитета министров ЕС 1981 г. «О правах супругов в отношении занятия по ведению семейного хозяйства и использованию семейного дома».

Право, применимое к последствиям брака, — это право государства, на территории которого оба супруга совместно проживали на момент появления последствий брака. При отсутствии места совместного проживания применяется право государства, гражданами которого являлись оба супруга на момент появления таких последствий. В иных случаях применяется закон суда. Право, применимое к последствиям брака, определяет, в частности:

- обязанности по совместному проживанию и верности;
- вклад супругов в семейные расходы;
- получение каждым из супругов доходов и их распределение;
- допустимость контрактов и подарков между супругами и их аннулирование;
- конкретные правила, согласно которым один супруг может быть представителем другого;
- действительность в отношении одного из супругов действия другого супруга, которое затрагивает семейные интересы, и способы исправления вредных последствий этого действия (ст. 48 Кодекса МЧП Бельгии).

¹ Там же.

Вопросы, связанные с определением режима имущественных отношений супругов, в МЧП считаются одними из самых сложных. В силу своей комплексной природы этот режим может быть привязан к различным правовым категориям¹:

- являться следствием брака;
- определять права и обязанности супругов по отношению к их имуществу и быть связан с их дееспособностью;
- быть неотделимым от режима собственности имущества и наследования;
- касаться договорного права, так как основа — это соглашение супругов.

Вопрос о режиме имущественных отношений возникает при совершении супругами сделок или иных юридических действий, влекущих имущественные последствия. Однако с момента заключения брака, когда определяется право, применимое к имущественным отношениям супругов, различные элементы в правоотношении могут меняться (гражданство, место жительства). В результате появляется необходимость разрешить проблему мобильного конфликта при изменении во времени коллизионной привязки по сравнению с днем заключения брака².

Имущественные отношения между супругами основаны на договорном, или легальном, режиме совместного имущества. Виды легальных режимов имущества — режим общности (Франция, Швейцария), режим раздельности (Великобритания, ФРГ), режим отложенной собственности (Дания, Швеция).

Законодательство США по-разному регулирует имущественные отношения супругов. В браках, заключенных по нормам общего права, все имущество принадлежит мужу. В браках, заключенных по закону, действуют законный и договорный режимы имущества. Законный режим имущества имеет две модели:

- 1) раздельное имущество каждого из супругов и имущество, находящееся в общей совместной собственности;
- 2) режим общности имущества супругов — все имущество, которое было у супругов до брака, и приобретенное ими в период брака, включая наследование и дарение, является общей совместной собственностью, которая не наследуется, а переходит в полную собственность к пережившему супругу.

Основанные на законе имущественные отношения супругов определяются по праву государства, гражданами которого они являются. Если супруги являются гражданами разных государств, компетент-

¹ Медведев И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005.

² Там же.

ным является право государства их совместного места жительства. Если супруги не имеют ни общего гражданства, ни место жительства в одном и том же государстве, компетентным является право государства их последнего общего места жительства. Если компетентное право не может быть определено, применяется право страны суда (ст. 42 Закона о МЧП Македонии).

С одной стороны, дарения между супругами, как правило, не входят в общий семейный статут, поскольку представляют собой обязательства, в отношении которых действует договорный статут (статут дарения). С другой стороны, дарения между супругами имеют семейно-правовую природу. Они квалифицируются как объекты имущественно-правовых отношений супругов и подчиняются статуту имущественных отношений: «Дарения между супругами регулируются законом, определяющим последствия брака» (ст. 1049 Кодекса Буркина-Фасо).

В большинстве стран при вступлении в брак обязательно заключается брачный контракт. Возможно заключение такого контракта под условием (отлагательным или отменительным). Заключив брачный договор, супруги могут изменить законный режим имущества. В законодательстве большинства стран предусмотрена автономия воли относительно содержания брачного контракта. Общепризнанное ограничение — соответствие положений брачного контракта публичному порядку государства суда.

Для брачных контрактов установлена возможность автономии воли по вопросу применимого права; как правило, свободный выбор права ограничен: «Регулирование брачного имущества определяется согласно тому праву, которое стороны указали письменно. Супруги могут выбирать между правом того государства, в котором они оба имеют или будут иметь после заключения брака свое обычное местопребывание, и одним из отечественных правопорядков одного из обоих супругов. В отсутствие такого выбора права регулирование брачного имущества определяется согласно тому праву, которое на момент заключения брака является определяющим в отношении личных правовых последствий брака» (ст. 20 Закона о МЧП Лихтенштейна). Выбранное в соглашении супругов применимое право применяется при решении спора относительно прав на недвижимость, если были соблюдены требования права государства, на территории которого недвижимости расположены, и согласно праву государства, в котором они официально зарегистрированы (ст. 1.28 ГК Литвы).

Ограничение автономии воли — общее законодательное решение по вопросу выбора права, применимого к брачному контракту. Как правило, законодатель прямо перечисляет право, в пользу кото-

рого можно сделать выбор: право совместного местожительства или личный закон одного из супругов (гражданство либо domicilio). Законодатель Болгарии установил более либеральный режим. Супруги могут выбрать для регламентирования своих имущественных отношений любое право, если это допустимо их общим отечественным правом, или правом государства, в котором находится их общее обычное местопребывание, или правом государства, с которым оба супруга имеют самую тесную связь (ст. 79 Кодекса МЧП).

Румынский законодатель устанавливает, что существенными условиями, необходимыми для заключения брачного договора, являются условия, установленные личным законом каждого из будущих супругов (ст. 21 Закона о МЧП Румынии). Режим брачного договора и его последствия регулируются правом, выбранным будущими супругами по их общему согласию, а при его отсутствии:

- 1) общим личным законом;
- 2) если супруги имеют разное гражданство — законом их общего места жительства;

3) при отсутствии общего гражданства или общего места жительства — правом государства последнего общего места жительства, или с которым оба супруга поддерживают общие наиболее тесные связи.

Выбор применимого права должен быть сделан в письменной форме с датой и подписью супругов (оформляться в нотариальном порядке — Грузия, Эстония). Заключение и действительность соглашения о выборе регламентируются выбранным правом. Выбор может быть сделан до или после заключения брака. Супруги могут изменять или отменять выбор применимого права. Когда выбор сделан после заключения брака, он порождает действие с момента заключения брака, если стороны не договорились об ином (ст. 80 Кодекса МЧП Болгарии).

В случае изменения соглашения о правовом режиме имущества супругов должно применяться право постоянного места жительства супругов. Если супруги при изменении правового режима имущества супругов проживают в разных государствах, применяется право последнего постоянного места жительства супругов; при его отсутствии применяется право, которым определялись имущественно-правовые отношения супругов (ст. 1.28 ГК Литвы).

В отсутствие выбора права или если соглашение сторон является недействительным, имущественное положение супругов регулируется общим правом гражданства; если отсутствует общее право гражданства, действует право общего местожительства; если отсутствует общее местожительство, применяется право, наиболее тесно связанное с отношениями супругов (§ 48 Закона о МЧП Тайваня). Кроме

этого, может применяться закон страны суда или общие субсидиарные привязки статута последствий брака.

В законодательстве Балканских стран установлено регулирование имущественных отношений сожительства: «(1) К имущественным отношениям лиц, сожительствующих вне брака, применяется право государства, гражданами которого они являются. (2) Если такие лица не имеют одного и то же гражданства, то применяется право государства, в котором они имеют свое совместное местожительство. (3) К договорным имущественным отношениям между лицами, сожительствующими вне брака, применяется право, которое имело значение для их имущественных отношений в момент заключения договора» (ст. 41 Закона о МЧП Словении).

Международно-правовое регулирование личных неимущественных и имущественных супружеских правоотношений предусмотрено во многих международных актах: в Гаагских конвенциях о коллизиях законов относительно личных и имущественных отношений супругов (1905); о праве, применимом к режиму имущества супругов (1978). Конвенция 1905 г. — первый универсальный международный договор, регулирующий имущественные отношения между супругами (участники — Бельгия, Германия, Италия, Нидерланды, Польша, Португалия, Румыния, Франция, Швеция). Основной коллизионный принцип для определения режима имущества супругов — личный закон мужа в момент заключения брака. Кстати, такой подход еще сохранился в национальном законодательстве: «Применительно к имуществу мужа и жены, если не имеется предбрачного соглашения, является определяющим закон общего гражданства. Если муж и жена имеют различные гражданства, является определяющим закон гражданства мужа» (§ 22 Закона о МЧП Таиланда).

Конвенция 1978 г. посвящена коллизионному регулированию только имущественных отношений. Конвенция устанавливает ограничения автономии воли сторон в связи с заключением брачного договора: супруги могут избрать закон государства или закон места жительства одного из супругов (ст. 6). Однако принцип автономии воли сохраняет приоритет, поскольку даже в течение брака супруги могут изменить применимое право. Если супруги не выражают свою волю в момент заключения брака, то тогда применимое право определяется на основании объективных критериев. Конвенция 1978 г. в некоторых государствах является основным регулятором имущественных отношений между супругами: «При отсутствии выбора сторон право, применимое к режиму супружеской собственности, определяется на основе Гаагской конвенции о праве, применимом к режиму имущества супругов, 1978 г., если хотя бы один из них

в момент заключения брака имел голландское гражданство» (ст. 43 кн. 10 ГК Нидерландов).

В законодательстве большинства европейских стран предусмотрены обязанности по взаимному алиментированию супругов. Право, применимое к алиментному обязательству (*алиментный статус*), определяет (ст. 1042 Кодекса Буркина-Фасо):

— может ли, в какой степени и от кого кредитор требовать алименты;

— кому разрешается подать иск об алиментах и сроки для подачи иска;

— пределы обязательства должника.

Основные коллизионные привязки:

— закон гражданства кредитора;

— закон места жительства кредитора;

— закон гражданства должника;

— закон места жительства должника;

— статут развода («закон, в силу которого брачная связь была прекращена»).

Судье надлежит применить закон, наиболее благоприятный для кредитора (ст. 51 Кодекса МЧП Туниса). При исчислении суммы содержания принимаются во внимание потребности управомоченного лица и экономические возможности лица, обязанного предоставлять содержание, даже если подлежащее применению право устанавливает что-либо другое (ФРГ).

Регулирование алиментных обязательств осуществляется посредством «цепочки» коллизионных норм: «Право на предоставление алиментов между родственниками должно определяться общим законом гражданства лица, получающего алименты, и лица, уплачивающего алименты. Несмотря на это, применяется закон обычного места пребывания лица, которое их требует, когда оно не может получить их в соответствии с общим законом гражданства. За неимением обоих законов или когда ни один из них не позволяет получение алиментов, применяется внутренний закон [страны] органа власти, который рассматривает требование. В случае изменения общего гражданства или обычного места пребывания лица, получающего алименты, применяется новый закон, считая с момента этого изменения» (ст. 9.7 ГК Испании).

Китайский законодатель устанавливает, что к содержанию применяется наиболее благоприятное для защиты интересов получателя алиментов право обычного местопребывания одной из сторон; право государства, гражданство которого одна из сторон имеет; право места нахождения основной части имущества (§ 29 Закона о МЧП Китая).

Алиментные обязательства регулируются на международном уровне — Нью-Йоркская конвенция ООН о взыскании за границей алиментов (1956), Гаагские конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей (1956), о праве, применимом к алиментным обязательствам (1973), о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи (2007). В связи с наличием этих конвенций в зарубежной литературе даже используется термин «международное алиментное право». Гаагские конвенции содержат унифицированные коллизионные нормы.

Гаагская конвенция 1973 г. регулирует алиментные обязательства во всей сфере семейного права. Основной коллизионной привязкой является закон обычного места пребывания (постоянного места жительства) лиц, имеющих право на получение материальной помощи (алиментов). В интересах таких лиц возможно применение субсидиарных коллизионных привязок — закона общего гражданства и закона суда. В законодательстве о МЧП Литвы, Италии, Эстонии, Швейцарии, Нидерландов указывается, что алиментные обязательства в семье во всех случаях регулируются Гаагской конвенцией 1973 г.

Гаагская конвенция 2007 г. предусматривает не только вопросы оказания правовой помощи по вопросам взыскания алиментов за границей, но и вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений о взыскании алиментов. Конвенция применяется к алиментным обязательствам не только в отношении детей, но и в отношении супруга. Государства имеют возможность распространить ее действие на любые обязательства, возникающие из семейных отношений, включая обязательства в отношении социально уязвимых лиц. Конвенция содержит подробную регламентацию признания и исполнения иностранных решений по алиментным делам.

Статья 161 СК РФ «Личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов» содержит двусторонние коллизионные нормы. Установлена «цепочка» коллизионных норм — право страны совместного места жительства, право страны последнего совместного места жительства, российское право (на территории РФ) как закон суда.

Основной коллизионной нормой является закон совместного местожительства супругов или право государства, на территории которого супруги имели последнее совместное место жительства. Если супруги вообще не имели совместного места жительства, то при рассмотрении дела в российском суде применяется российское право. Если дело слушается в суде иностранного государства, выбор права

определяет иностранный судья в соответствии со своими коллизионными нормами. В российском законодательстве отсутствует коллизионное регулирование отношений между супругами в ситуации, когда супруги — граждане одного иностранного государства — не имеют совместного места жительства.

Понятие и порядок заключения брачного договора определены в ст. 40—44 СК РФ. Основное отличие российского брачного контракта от брачного контракта в зарубежном праве — право сторон урегулировать только имущественные отношения. При заключении брачного договора и соглашения об уплате алиментов в браках, связанных с иностранным правом порядком, сторонам предоставлена возможность выбора применимого права. При отсутствии соглашения сторон о применимом праве регулирование осуществляется посредством применения «цепочки» коллизионных норм (ст. 161 СК).

Для регулирования алиментных отношений между супругами следует обращаться к ст. 164 СК РФ, содержащей коллизионные нормы для выбора права при регулировании алиментных отношений между совершеннолетними детьми и другими членами семьи.

14.5. Правоотношения между родителями и детьми

Коллизионное регулирование правового положения детей основано на применении закона гражданства ребенка. Гражданство детей устанавливается по гражданству родителей, по соглашению между ними (если родители имеют разное гражданство), по принципу почвы (резолуция Комитета министров ЕС «О гражданстве детей, родившихся в браке»). В национальном законодательстве установлено: «Правоотношения между родителем и ребенком регулируются правом страны гражданства ребенка, когда такое право является тем же самым, что и право одного из родителей, или когда оно является тем же самым, что и право одного родителя, если другой родитель отсутствует. В иных случаях регулирование осуществляется по праву места обычного пребывания ребенка» (ст. 32 Закона о МЧП Японии).

Основные проблемы правоотношений между родителями и детьми — установление и оспаривание отцовства (материнства), лишение родительских прав, алиментные обязанности родителей и детей, охрана прав ребенка, институт родительской власти. «Семейные правоотношения между родителями и детьми, особенно в отношении фамилии, опекунов, законного представительства, содержания и управления имуществом — кроме содержания родителей — регулируются личным законом ребенка» (§ 45.1.4 Указа о МЧП Венгрии).

Кроме личного закона детей и родителей применяются также закон страны постоянного проживания ребенка, закон компетентного учреждения и закон суда. Последний является вспомогательной привязкой и применяется при условии, что он наиболее благоприятен для ребенка: «К отношениям между родителями и детьми применимо право государства, гражданами которого они являются. Если родители и дети имеют различное гражданство, применимо право государства, на территории которого они имеют место жительства. Если родители и дети имеют различное гражданство и не имеют места жительства в одном и том же государстве, применяется право страны, гражданином которой является ребенок» (ст. 46 Закона о МЧП Македонии).

Если в момент рождения ребенок является законнорожденным согласно праву страны гражданства либо мужа, либо жены, он считается законнорожденным (ст. 28 Закона о МЧП Японии). При разном гражданстве супругов применяется закон общего места жительства родителей, а в его отсутствие — закон места рождения ребенка. Современный законодатель стремится установить право, наиболее благоприятное для признания ребенка законнорожденным: «Если супружеские отношения прекратились до рождения ребенка, ребенок признается законнорожденным, если это соответствует праву гражданства ребенка в момент рождения, или праву гражданства его матери, или мужа его матери в момент прекращения супружеских отношений» (§ 51 Закона о МЧП Тайваня).

Однако в Таиланде законнорожденность ребенка определяется законом гражданства мужа матери на момент рождения ребенка. Тот же самый закон регулирует иск об оспаривании законнорожденности ребенка (§ 29 Закона о МЧП).

Вопросы происхождения ребенка являются предпосылкой для решения проблемы взаимоотношений между родителями и детьми; эти вопросы, как правило, имеют самостоятельную коллизионную привязку. По вопросам происхождения ребенка современный законодатель, как правило, устанавливает цепочку коллизионных норм, нацеленную на отыскание наиболее благоприятного для ребенка права: «Происхождение регламентируется правом государства, чье гражданство ребенок приобрел к моменту рождения. Если это более благоприятный вариант для ребенка, то применяется: 1) право государства, чьим гражданином является ребенок или в котором у него есть обычное местопребывание к моменту установления происхождения; 2) право, которое применимо к личным отношениям между родителями к моменту рождения ребенка. Отсылка к праву третьего государства принимается, когда это право допускает устанавливание происхождения ребенка. Подтверждение отцовства действи-

тельно, если оно отвечает отечественному праву лица, которое осуществило его, или отечественному праву ребенка к моменту подтверждения отцовства, или праву государства, в котором находится обычное местопребывание ребенка к моменту подтверждения отцовства» (ст. 83 Кодекса МЧП Болгарии).

Происхождение ребенка, рожденного вне брака, определяется на основе альтернативных коллизионных привязок: закона гражданства ребенка, права его места жительства, закона гражданства его матери, закона места заключения брака. Во всех случаях «судье надлежит применить закон, наиболее благоприятный для установления происхождения ребенка, из следующих: закон гражданства ответчика или закон его места жительства, закон гражданства ребенка или закон его места жительства» (ст. 52 Кодекса МЧП Туниса).

Происхождение ребенка может оспариваться в соответствии с правом страны, где возникли предпосылки этого спора. Во всех случаях происхождение ребенка может оспариваться в соответствии с правом страны, где ребенок имеет обычное место нахождения (ст. 51 Закона о МЧП Грузии). В Эстонии к оспариванию происхождения применяется право местожительства ребенка в момент рождения либо право его местожительства во время оспаривания (ст. 62 Закона о МЧП).

Детальное коллизионное регулирование института признания внебрачного ребенка установлено в итальянском законодательстве: «Условия признания внебрачного ребенка определяются национальным законом ребенка на момент рождения, или, если это является более благоприятным, национальным законом субъекта, осуществляющего признание, в момент осуществления признания. Способность родителя осуществить признание определяется его национальным законом. Форма признания определяется правом государства, в котором осуществляется признание, или правом государства, которое регулирует существо данного правоотношения» (ст. 35 Закона о МЧП).

Содержание правоотношений между детьми, рожденными вне брака, и их родителями наиболее подробно регулируется в законодательстве Греции. Отношения между матерью и ребенком, рожденным вне брака, определяются в следующей очередности:

- по праву государства последнего общего гражданства родителей;
- по праву государства их последнего общего обычного места пребывания;
- по праву государства, гражданкой которого является мать.

Отношения между отцом и ребенком, рожденным вне брака, определяются в соответствии со следующей очередностью:

- по праву государства последнего общего гражданства родителей;

- по праву государства их последнего общего обычного места пребывания;

- по праву государства, гражданином которого является отец.

Отношения между матерью и отцом ребенка, который был рожден вне брака, определяются в соответствии со следующей очередностью:

- по праву государства последнего в течение беременности общего гражданства родителей;

- по праву государства последнего в течение их брака общего обычного места пребывания;

- по праву их общего простого места пребывания (ст. 19—21 ГК Греции).

Узаконение ребенка, рожденного вне брака, путем последующего брака его родителей регулируется статутом общих последствий брака. В случае разного гражданства родителей альтернативной привязкой является закон гражданства одного из них. Если узаконение производится в какой-либо иной форме (а не путем последующего брака), то компетентен закон гражданства того лица, чей ребенок подлежит узаконению: «Условия узаконения внебрачного ребенка путем последующего брака определяются согласно личному закону родителей. При отличающихся личных законах родителей является определяющим тот личный закон, который более благоприятен для узаконения ребенка. Условия узаконения внебрачного ребенка путем объявления о его брачном происхождении определяются согласно личному закону отца; если ходатайство об объявлении о брачном происхождении ребенка заявлено лишь после смерти отца, — то согласно личному закону отца на момент его смерти. Если согласно личному закону ребенка является необходимым согласие ребенка или третьего лица, с которым ребенок состоит в семейно-правовой связи, то в данном отношении является определяющим также это право. Последствия брачного происхождения и узаконения ребенка определяются согласно праву того государства, в котором он имеет свое обычное местопребывание» (ст. 23—25 Закона о МЧП Лихтенштейна).

Во всех случаях приоритет отдается закону, разрешающему узаконение: «Установление происхождения регулируется законом гражданства ребенка в момент его рождения... если происхождение не может быть установлено этим законом — то в соответствии с законом места постоянного проживания ребенка. Если происхождение не может быть определено по этим законам, то оно устанавливается в соответствии с законом гражданства матери или отца

в момент рождения ребенка и, если оно не может быть установлено в соответствии с этими законами, то применяется закон места совместного постоянного проживания матери и отца в момент рождения ребенка, а если оно также не может быть определено по этому закону, то применяется закон места рождения ребенка» (ст. 16 Кодекса МЧП Турции).

По вопросу алиментных обязательств в пользу детей основным коллизионным критерием является закон обычного места жительства ребенка, который определяет право на алименты, их размер и круг обязанных лиц (Австрия, Франция). На Украине алиментные отношения родителей и детей определяются личным законом ребенка или правом, которое имеет тесную связь с соответствующими отношениями и если оно является более благоприятным для ребенка (ст. 66 Закона о МЧП). В Польше право, применимое к вопросам взаимного содержания детей и родителей, определяется на основании Регламента Совета ЕС № 4/2009 от 18 декабря 2008 г. «О юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений и о сотрудничестве по вопросам, касающимся алиментных обязательств» (ст. 63 Закона о МЧП).

По вопросу уплаты алиментов допускается заключение «соглашения в отношении алиментов». Это соглашение предполагает возможность автономии воли, но выбор сторон ограничен правом государства, гражданами которого они являлись во время выбора, или на территории которого один из них в это время имел постоянное место жительства. При отсутствии выбора применяется право государства, на территории которого кредитор имел свое постоянное место жительства при заключении соглашения. Эти же коллизионные привязки (плюс требования права государства, места заключения соглашения) определяют действительность соглашения по форме (ст. 75 Кодекса МЧП Бельгии).

Установление совокупности альтернативных коллизионных привязок и целой «цепочки» коллизионных норм, применяемых при разрешении вопросов правового статуса детей, производится в интересах детей и направлено на достижение их максимальной защиты. Большая часть этих вопросов урегулирована в международном праве. На универсальном уровне приняты:

- Конвенция ООН о правах ребенка (1989.);
- Гаагские конвенции:
 - о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей (1956);
 - о компетенции и применимом праве в отношении несовершеннолетних (1961);

о гражданских аспектах международного похищения детей (1980);

о юрисдикции, применимом праве, признании, принудительном исполнении и сотрудничестве в отношении ответственности родителей и мер по защите детей (1996);

о международном взыскании алиментов на детей и других форм семейного содержания (2007).

На региональном (европейском) уровне действуют:

— Страсбургские конвенции:

о правовом статусе внебрачных детей (1975);

об осуществлении прав детей (1996);

о контактах в отношении детей (2003);

— рекомендация Комитета министров ЕС «В отношении детей против жестокого обращения» (1979);

— резолюция Комитета министров ЕС «О гражданстве детей, родившихся в браке» (1977);

— постановление Совета ЕС о юрисдикции и признании, и исполнении судебных решений по супружеским вопросам и вопросам родительской ответственности обоих супругов за детей (2000);

— Регламент Совета ЕС № 4/2009 от 18 декабря 2008 г. «О юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений и о сотрудничестве по вопросам, касающимся алиментных обязательств».

В российском праве коллизионное регулирование отношений между супругами по поводу происхождения или воспитания детей установлено в ст. 162 и 163 СК РФ. Право, применимое к вопросам установления и оспаривания отцовства (материнства), определено в ст. 162.

Основная коллизионная привязка — закон гражданства ребенка по рождению. Установление (оспаривание) отцовства (материнства) на территории РФ предполагает применение российского права. Законодатель закрепил право российских граждан за пределами России обращаться в ее дипломатические и консульские представительства по поводу решения данных вопросов.

Права и обязанности родителей и детей регулирует ст. 163.

Основная коллизионная привязка — закон совместного места жительства родителей и детей. При отсутствии совместного места жительства применяется закон гражданства ребенка. Алиментные обязательства и иные отношения предполагают субсидиарное применение закона места постоянного проживания ребенка. Алиментные обязательства совершеннолетних детей и иных членов семьи определяются по закону совместного места жительства (ст. 164). При отсутствии совместного места жительства применяется право государства,

гражданином которого является лицо, претендующее на получение алиментов.

14.6. Усыновление (удочерение), опека и попечительство над детьми

Институт усыновления (удочерения) является одним из самых древних правовых институтов (известен со времен Древнего мира). Усыновление представляет собой сложную правовую и этическую проблему, поскольку необходима твердая уверенность в соблюдении интересов ребенка. При усыновлении правоотношения между людьми, не состоящими в кровном родстве, аналогичны правоотношениям между родителями и детьми. В результате усыновления одни лица теряют права и обязанности родителей, другие их приобретают. В большинстве государств предусмотрен судебный порядок усыновления (в России это дела особого производства).

В международном праве установлен высокий стандарт требований к усыновлению. Система усыновления, закрепленная в Конвенции о правах ребенка (1989), обеспечивает гарантии прав и интересов ребенка в случае усыновления. Правовому регулированию этих вопросов посвящены рекомендация Комитета министров ЕС «О воспитывающих семьях» (1987). На универсальном уровне основные вопросы усыновления разрешаются в Гаагских конвенциях о юрисдикции, применимом праве и признании решений об усыновлении (1965) и о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления (1993). В рамках Совета Европы приняты Европейская конвенция об усыновлении детей (ETS № 58) (1967) и Страсбургская конвенция об усыновлении детей (2008).

Гаагская конвенция 1993 г. применяется, когда ребенок, постоянно проживающий в «государстве происхождения» переезжает в другое государство («принимающее государство»). Конвенция распространяется только на те усыновления, которые создают постоянную связь между родителями и детьми (ст. 2). Гаагская конвенция 1993 г. не затрагивает любого закона государства происхождения, который требует, чтобы усыновление ребенка, постоянно проживающего в этом государстве, имело место в этом государстве, или который запрещает размещение ребенка или передачу его в принимающее государство до усыновления (ст. 28). *Никто не должен получать неоправданную финансовую или другую выгоду от деятельности, относящейся к иностранному усыновлению.* Руководители, администраторы и служащие органов, вовлеченных в процесс усыновления, не получают вознаграждения, которое необоснованно выше, чем качество оказанных услуг.

Страсбургская конвенция 2008 г. применяется к усыновлению ребенка, который на момент подачи потенциальным усыновителем ходатайства об усыновлении не достиг возраста 18 лет, не состоит в браке, не состоит в каких-либо иных зарегистрированных отношениях и не достиг совершеннолетия (ст. 1). Усыновление является юридически действительным только в том случае, когда оно состоялось по решению суда или иного компетентного органа. Усыновителями могут быть гетеросексуальные пары, состоящие в браке или зарегистрированном партнерстве, либо одинокие лица. Государства — участники Конвенции вправе распространить ее действие на гомосексуальные пары, состоящие в браке или зарегистрированном партнерстве, на гетеросексуальные и гомосексуальные пары, состоящие в прочных отношениях (ст. 7). После усыновления ребенок становится полноправным членом семьи усыновителя и обладает равными правами наряду с собственными детьми усыновителя, а также с иными усыновленными им детьми. Усыновление прекращает юридические отношения между ребенком и его биологическими родителями, а также с семьей, в которой он родился (ст. 11). Усыновленный ребенок имеет право доступа к информации о своем происхождении, находящейся у компетентных органов.

В национальном законодательстве отношения усыновления считаются отношениями родства. Как правило, общим статутом усыновления является либо личный закон усыновителя, либо личный закон усыновляемого (возможно и кумулятивное их применение). Для определения перечня требований, предъявляемых к выражению согласия ребенка и его родственников (опекунов или попечителей), по всему комплексу вопросов усыновления необходимо учитывать и закон гражданства ребенка. Субсидиарно применяется закон суда, особенно в тех случаях, когда требования к выражению согласия по закону гражданства невыполнимы или их выполнение затруднено. Форма усыновления (удочерения) подчиняется праву того государства, на территории которого оно совершается.

Отношения по усыновлению регулируются посредством «цепочки» коллизионных норм: «Условия усыновления и прекращения отношений по усыновлению определяются согласно личному закону каждого из усыновителей. Если согласно личному закону ребенка является необходимым согласие ребенка или какого-либо третьего лица, с которым ребенок находится в какой-либо семейно-правовой связи... является определяющим также это право. Последствия усыновления определяются согласно личному закону усыновителя, а при усыновлении супругами — согласно праву, являющемуся определяющим в отношении личных правовых последствий

брака, а после смерти одного из супругов — согласно личному закону другого супруга» (ст. 26 Закона о МЧП Австрии).

Закон места жительства усыновителя (удочерителя) определяет:

- 1) способность к усыновлению (удочерению);
- 2) возраст и гражданское состояние усыновителя (удочерителя);
- 3) возможное согласие супруга усыновителя (удочерителя);
- 4) другие требования, которым должен отвечать усыновитель (удочеритель).

Закон места жительства усыновляемого (удочеряемой) регулирует:

- 1) способность быть усыновляемым (удочеряемой);
- 2) возраст и гражданское состояние усыновляемого (удочеряемой);
- 3) согласие родителей или законных представителей несовершеннолетнего;
- 4) возможный разрыв родственных связей усыновляемого (удочеряемой) с кровной семьей;
- 5) разрешение несовершеннолетнему покидать страну.

Существенные условия, соблюдение которых требуется от супругов, совместно усыновляющих ребенка, устанавливаются правом, которое регулирует общие последствия брака. Статут общих последствий брака применяется, если один из супругов усыновляет (удочеряет) ребенка другого супруга. Недействительность усыновления подчиняется в отношении существенных условий личному закону усыновителя и личному закону усыновляемого (ст. 30, 33 Закона о МЧП Румынии).

В Англии усыновление подчиняется только английскому праву; здесь основной проблемой является вопрос о пределах юрисдикции суда. Господствующее правило (допускающее исключения): усыновитель должен иметь британский домицилий; и усыновитель, и усыновленный должны иметь место жительства в Англии. Иностранные акты усыновления признаются, если усыновитель домицилирован в соответствующем иностранном государстве.

В современных кодификациях МЧП вопросы усыновления регламентируются подробно, с учетом применения права, наиболее благоприятного для усыновляемого. Например, в Бельгии установление отношений родства путем усыновления регулируется правом государства, чьим гражданином в это время был усыновитель или оба усыновителя. Если усыновители не имеют гражданства одного государства, то установление отношений родства путем усыновления регулируется правом государства, на территории которого они оба в это время имели свое постоянное место жительства; при отсутствии постоянного места жительства в одном и том же государ-

стве — бельгийским правом. Если судья полагает, что применение иностранного права наносит вред высшим интересам усыновляемого и если усыновляемый или усыновители имеют очевидно тесную связь с Бельгией, то применяется бельгийское право.

Согласие усыновляемого и его родителей или законных представителей, способ выражения такого согласия регулируются правом государства, на территории которого усыновляемый имеет постоянное место жительства. Однако бельгийское право регулирует согласие усыновляемого, если право постоянного местожительства усыновляемого не предусматривает необходимость такого согласия или не знает института усыновления.

Бельгийское право регулирует осуществление усыновления в Бельгии. Если решение об усыновлении принято за границей в соответствии с правом государства, в котором было принято решение, и это право предписывает судебное разбирательство, то такое разбирательство может быть начато в Бельгии в соответствии с процедурой, предусмотренной бельгийским правом.

Природа связи, созданной усыновлением, и вопрос о том, прекращает ли усыновляемый быть частью его первоначальной семьи, регулируются личным законом усыновителя. Преобразование и отмена усыновления регулируется общим статутом усыновления. Контактные связи оцениваются, принимая во внимание степень, которую они имели во время установления усыновления. Изменение усыновления регулируется бельгийским правом (ст. 67—71 Кодекса МЧП Бельгии).

При решении вопроса, соответствует ли усыновление праву того государства, суд которого рассматривает спор, связанный с усыновлением, возникает вопрос «подстановки». Этот вопрос прежде всего возникает в плане наследственно-правовых последствий. Если статут усыновления предусматривает меньшие, чем статут наследования, наследственные права усыновленного («слабое усыновление» — в английском праве), то в интересах ребенка подстановка не должна производиться, даже в случае наличия «эквивалентности законов»¹.

Как правило, национальный законодатель признает усыновления, состоявшиеся в иностранном государстве или подчиненные иностранному закону: «Если к усыновлению применяется право иностранного государства, или если усыновление было осуществлено на основании решения суда иностранного государства, то такое усыновление имеет в Эстонии такое же значение, какое оно имеет согласно праву, на основании которого усыновление было осуществлено» (ст. 64 Закона о МЧП Эстонии).

¹ Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / пер. с нем. М., 2001.

В Испании не признается усыновление, произведенное за границей испанским усыновителем, если его последствия не соответствуют тем, которые предусмотрены испанским законодательством. Такое усыновление не признается, пока компетентное учреждение не объявит о «пригодности» усыновителя, если он являлся испанцем и имел место жительства в Испании во время усыновления (ст. 9 ГК Испании).

Коллизионные вопросы усыновления (удочерения) в российском законодательстве разрешаются на основе «цепочки» коллизионных норм. Основной коллизионной привязкой выступает личный закон усыновителя (гражданства или domicilia) при усыновлении (удочерении) на территории РФ ребенка, являющегося ее гражданином. Закреплена необходимость соблюдения семейного законодательства и международных договоров РФ (абз. 2 п. 1 ст. 165 СК РФ).

Усыновление (удочерение) иностранцами, состоящими в браке с российскими гражданами, детей — российских граждан на территории РФ презюмирует применение российского права с учетом международных обязательств Российской Федерации. Законодатель установил также применение закона компетентного учреждения в случае усыновления (удочерения) на территории РФ иностранного гражданина. Установлен перечень случаев, когда для усыновления необходимо согласие компетентного учреждения РФ, законных представителей ребенка и самого ребенка.

В случае возможного нарушения прав ребенка необходимо отказать в усыновлении (удочерении) или отменить произведенное усыновление в судебном порядке. На консульские учреждения РФ возложена обязанность осуществлять защиту прав и интересов детей — граждан России, усыновленных (удочеренных) иностранными гражданами, за ее пределами. При усыновлении (удочерении) детей — граждан России за ее пределами применяется закон компетентного учреждения того государства, гражданином которого является усыновитель. Для производства такого усыновления необходимо получить предварительное разрешение компетентного органа РФ. В СК РФ имеется серьезный пробел — полное отсутствие регулирования усыновления (удочерения) российскими гражданами за пределами России.

Гражданско-правовой институт опеки и попечительства представляет собой комплекс мер, направленных на охрану личных и имущественных прав недееспособных и ограниченно дееспособных лиц. Для семейного права эти институты имеют значение, если опека устанавливается над малолетним или попечительство — над несовершеннолетним. В семейном праве опека и попечительство представляют собой совокупность отдельных норм, направленных

на охрану личных и имущественных прав и интересов несовершеннолетних.

Основная коллизийная привязка — закон компетентного учреждения (ст. 38 Закона о МЧП Румынии). Не менее распространенное коллизийное начало — личный закон несовершеннолетнего: «Надзор над совершеннолетними и опека над несовершеннолетними регулируются правом domiciliа лица, в отношении которого установлен надзор или опека» (ст. 3085 ГК Квебека). В исключительных случаях, если этого требуют интересы несовершеннолетнего или охраны его имущества, применяется право страны, с которой отношение опеки наиболее тесно связано (§ 65 проекта Закона о МЧП Чехии). В любой ситуации судье надлежит применить закон, наиболее благоприятный для ребенка (Венгрия, Тунис).

В Китае при установлении опеки над совершеннолетним стороны могут выбрать применимое к опеке право. В отсутствие выбора права применяется право места, в котором находится имущество опекаемого или в котором возникло отношение опеки (§ 17 Закона о МЧП). Однако к опеке, устанавливаемой над несовершеннолетним, применяется наиболее благоприятное для защиты интересов подопечного право его обычного места пребывания или государства, гражданство которого он имеет (§ 30).

Отдельные вопросы опеки и попечительства над несовершеннолетними решаются в Гаагских конвенциях об урегулировании опеки над несовершеннолетними (1902) и обеспечении дееспособности совершеннолетних и попечительстве над ними (1905), которые содержат унифицированные коллизийные нормы. Учреждение опеки и попечительства определяются в соответствии с национальным законом подопечного. Опека или попечительство в отношении иностранца, находящегося на территории данного государства, может быть учреждена, только если закон страны, гражданство которой имеет несовершеннолетний иностранец, не сохраняет за собой исключительное право учреждения опеки и попечительства над своими гражданами. Правоотношения между опекуном и попечителем регулируются национальным законом подопечного.

В настоящее время действует Гаагская конвенция о компетентных органах и праве, применяемом по делам о защите несовершеннолетних (1961). В вопросах опеки и попечительства по отношению к несовершеннолетним компетентны в основном органы государства обычного места жительства несовершеннолетнего, которые при разрешении соответствующих дел применяют свое собственное право. В итальянском, голландском и литовском законодательстве о МЧП установлено, что защита несовершеннолетних во всех случаях регулируется Гаагской конвенцией 1961 г.

В Швейцарии положения Конвенции применяются также к лицам, считающимся несовершеннолетними только в соответствии с их национальным законом, и к лицам, обычное место жительства которых находится за пределами территории договаривающихся государств. Компетенция швейцарских судебных и административных органов, применимое право, вопросы признания иностранных решений и мер регулируются в части защиты несовершеннолетних Гаагской конвенцией 1961 г. Конвенция применяется по аналогии к лицам, являющимся несовершеннолетними только по швейцарскому праву, и к лицам, не имеющим места обычного пребывания ни в одном из участвующих в Конвенции государств (ст. 85 Закона о МЧП Швейцарии).

В Европе действует Европейская конвенция о признании и исполнении решений относительно опеки над детьми и восстановления опеки (1980). Отсылка к этому документу закреплена в современном национальном законодательстве о МЧП: «К вопросам международного похищения детей применяется Европейская конвенция о признании и исполнении решений относительно опеки над детьми и восстановления опеки над детьми 1980 г.» (ст. 114.а кн. 10 ГК Нидерландов).

В российском праве данная проблема решается в гражданско-правовом порядке при помощи «цепочки» коллизионных норм (ст. 1199 ГК РФ). Основная коллизионная привязка — личный закон опекаемого и подопечного. Законодатель предусмотрел сочетание нескольких видов коллизионных привязок (принцип расщепления коллизионной привязки):

- закон страны компетентности учреждения;
- личный закон опекуна (попечителя);
- закон страны места регистрации акта;
- российское право, если оно наиболее благоприятно для подопечного (опекаемого).

Контрольные вопросы

1. В чем заключаются основные проблемы международного семейного права?
2. В чем проявляется специфика заключения браков в МЧП?
3. В чем проявляется специфика расторжения брака в МЧП?
4. Как регулируются правоотношения между супругами в международном семейном праве?
5. Как регулируются правоотношения между родителями и детьми в международном семейном праве?
6. Как регулируются усыновление (удочерение), опека и попечительство над детьми в международном семейном праве?

РАЗДЕЛ

III

**Процессуальные
и материально-
процессуальные
отрасли в системе
международного
частного права**

Международный гражданский процесс

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- понятие международного гражданского процесса;
- понятие международной подсудности;
- общие начала процессуального положения иностранных лиц в гражданском судопроизводстве;
- порядок исполнения иностранных судебных поручений и оказания правовой помощи;
- порядок признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

15.1. Понятие международного гражданского процесса

Международный гражданский процесс (МГП) — это совокупность процессуальных норм, регулирующих процедуру рассмотрения гражданско-правовых споров, связанных с правопорядком двух и более

государств. Термин МГП имеет условный характер — слово «международный» имеет то же значение, что и в МЧП: оно означает наличие частноправового отношения, связанного с иностранным правом порядком. «Международным» в международном процессуальном праве является не его межгосударственный характер, а поставленные перед этим правом задачи. МГП присущи те же черты, что и национальному гражданскому процессу: процесс нацелен на защиту или оспаривание гражданских прав; процесс имеет публичный характер, связан с реализацией властных полномочий государственных органов. МГП — это форма реализации гражданских прав, которая осуществляется как публичное правоотношение.

В доктрине господствует точка зрения, согласно которой международное гражданское процессуальное право, как и процессуальное право вообще, является частью публичного права. Однако гражданский процесс далеко не всегда характеризуется отношениями власти и подчинения между судом и участниками процесса. Общий метод регулирования, свойственный частному праву, играет большую роль в гражданском процессе: право выступать в процессе от своего имени, но в защиту чужих интересов; многочисленные аспекты доказательственного права; распределение бремени доказывания.

Как и частное право, гражданский процесс защищает права и интересы участников гражданского оборота. Гражданский процесс преследует частноправовые цели, пользуясь публично-правовыми средствами. С этих позиций гражданский процесс трудно отнести к публичному или частному праву; его следует считать самостоятельной правовой категорией. Все сказанное относится и к МГП.

По мнению многих авторов, вопросы МГП относятся к национальному гражданскому процессу как отрасли права: «Тесная связь с частным правом и трудность отделения гражданских отношений, юридически связанных с различными правовыми порядками, от средств защиты соответствующих прав и обязанностей, не изменяет природу норм международного гражданского процесса как особой части процессуального права»¹. В доктрине отмечается, что нормы международного гражданского процессуального права «не входят в нормативный состав международного частного права, так как это не отвечает характеризующим это право объективным критериям»². В других работах высказывается мнение, что международное гражданское процессуальное право является самостоятельной отраслью международного права³.

¹ *Марышева Н. И.* Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса // Журнал российского права. 2004. № 6.

² *Международное частное право* : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

³ *Юрова Н. М.* Международное гражданское процессуальное право: Теоретические основы имплементации норм в правовой системе РФ. М., 2008.

Некоторые авторы говорят о МГП как о самостоятельной отрасли права: «Вряд ли следует причислять МГП к той или другой отрасли; он должен акцептироваться как самостоятельная правовая материя, отличная от международного права, международного частного права, сравнительного правоведения в области процессуального права, а также межрегионального гражданского процессуального права»¹.

В современной доктрине все чаще высказывается мнение, что МГП является комплексным институтом МЧП². В состав МЧП как отрасли права необходимо включить МГП: специфические аспекты процессуального положения иностранных граждан, лиц без гражданства, иностранных государств получают соответствующее опосредование в решении проблем их правового положения как в гражданском, так и гражданско-процессуальном ракурсах в целом — в рамках МЧП³. Эта точка зрения находит подтверждение в национальном законодательстве — например, ГПК Монголии (2002) содержит гл. 18 «Международное частное право», нормы которой предусматривают регулирование вопросов МГП.

В современных национальных кодификациях закрепляется включение норм МГП в структуру МЧП: «Настоящий Закон охватывает... процессуальные нормы для споров, касающихся отношений международного частного права. По смыслу настоящего Закона отношениями международного частного права являются гражданские, торговые, трудовые, гражданско-процессуальные и другие частноправовые отношения с иностранным элементом» (ст. 1 Закона о МЧП Румынии).

Закон о МЧП Италии определяет сферу итальянской юрисдикции, устанавливает критерии для определения применимого права и регулирует действие иностранных судебных решений и правовых актов (ст. 1). Кодекс МЧП Турции регулирует право, применяемое к сделкам и отношениям в сфере частного права, которые осложнены иностранным элементом, международную юрисдикцию турецких судов, признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений (ст. 1).

¹ Осавельюк Е. А. Понятие и предмет международного гражданского процессуального права // Международное публичное и частное право. 2004. № 6(21); Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001.

² Кузнецов М. Н. Международное частное право: Общая часть : учеб. пособие. М., 1991.

³ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

Нормы МГП направлены на регулирование частноправовых отношений, связанных с иностранным правопорядком. Сфера действия МГП:

- 1) международная подсудность гражданских дел;
- 2) гражданско-процессуальный статус иностранных лиц (физических и юридических), иностранного государства, международных организаций;
- 3) судебные доказательства в делах, связанных с иностранным правопорядком;
- 4) решение вопроса о применимом праве;
- 5) установление содержания, толкование и применение иностранного права;
- 6) исполнение иностранных судебных поручений;
- 7) признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений;
- 8) принудительное исполнение иностранных арбитражных решений.

Международный гражданский процесс — самостоятельная часть системы МЧП и включается в его структуру. Процессуальные проблемы самым тесным образом связаны с вопросами подлежащего применению права и гражданской правоспособности. МЧП и МГП имеют общее происхождение, тесное взаимодействие и взаимозависимость. В обоих случаях преследуется цель сделать иностранное право приемлемым для местного правопорядка. Как и МЧП, МГП имеет двойственный характер: связь с иностранным правопорядком требует участия в процессе органов иностранного государства, предполагает особую роль международно-правовых норм.

И МГП, и МЧП преследуют специфические правовые цели; их структура позволяет провести параллель между ними, — например, действие коллизионных, процессуальных и материальных норм, регулирующих отношения, связанные с иностранным правопорядком. В МЧП и МГП действуют общие материально-правовые, коллизионные и процессуальные институты:

1. Национальный режим в сфере гражданской и гражданской процессуальной правоспособности (ст. 62 Конституции РФ, ст. 1196 ГК РФ, ст. 254 АПК РФ, ст. 398 ГПК РФ).

2. Иммунитет государства и его собственности (ст. 251 АПК РФ, ст. 401 ГПК РФ).

3. Связь судебных доказательств с материальным правом и коллизионными проблемами. Проблема судебных доказательств в аспекте МГП охватывает вопросы материального права, относительно которых возникают коллизионные проблемы.

4. Процессуальный институт установления содержания иностранного права самым тесным образом связан с применением, толкованием и квалификацией коллизионных норм (ст. 1191 ГК РФ, ст. 14 АПК РФ).

5. В делах «особого производства» (безвестное отсутствие, ограничение и лишение дееспособности), в делах о расторжении брака, во внесудебных делах об усыновлении (удочерении), опеке и попечительстве вопросы юрисдикции неразрывно связаны с проблемами применимого права.

6. Институт оговорки о публичном порядке (ст. 1193 ГК РФ, ст. 412, 417 ГПК РФ, ст. 244 АПК РФ). Оговорка о публичном порядке имеет в МГП иное звучание, нежели в МЧП. Основная сфера применения оговорки в МГП — это оказание правовой помощи, признание и исполнение иностранных судебных и арбитражных решений (ст. 412, 417 ГПК РФ, ст. 244 АПК РФ).

7. Принцип взаимности и право на реторсии (ст. 1189, 1194 ГК РФ, ст. 398 ГПК РФ, ст. 254 АПК РФ).

МГП нельзя считать придатком МЧП. МГП обладает преимуществом в том смысле, что применению подлежат коллизионные нормы того государства, чей суд компетентен рассматривать дело. В определенной степени МЧП зависит от МГП, и стороны могут использовать эту зависимость для применения определенного материального права. В доктрине подобное явление называют *forum shopping* («покупка суда»). В русской литературе XIX в. господствовало представление о МЧП именно как о совокупности процессуальных правовых норм.

Подобная точка зрения до сих пор свойственна англо-американской доктрине права, которая при решении вопросов МЧП исходит из процессуальных позиций: если имеется спор, связанный с иностранным правопорядком, прежде всего необходимо установить, компетентен ли местный суд рассматривать данный спор. Для стран общего права характерно объединение вопросов МГП и МЧП в едином законодательном акте, при этом приоритет имеют процессуальные положения (Великобритания, ЮАР, США, Австралия, Индия, Канада).

Признание и исполнение иностранных судебных решений обладают преимуществом по отношению к МЧП. Вопросы законной силы и конститутивности решения иностранного суда регулируются нормами МГП, а национальное коллизионное право и примененное на его основе материальное право в данной ситуации не имеют значения. Решение суда — это применение закона к конкретному правовому спору; только процессуальное признание позволяет достичь желаемого результата.

Взаимосвязь и взаимозависимость МГП и МЧП очевидны, но они являются не приложением, а дополнением друг к другу. МЧП — самостоятельная подсистема национального права. МГП входит в систему МЧП как его самостоятельная отрасль (*de lege ferendae* — как подсистема).

Доказательство этой точки зрения можно найти в современном праве. Во многих государствах вопросы МГП и МЧП регулируются единым законодательным актом: Кодекс Буркина-Фасо, Закон о МЧП Великобритании, Второй свод законов о конфликте законов США, Закон о МЧП Италии, Закон о МЧП Венесуэлы, Кодекс МЧП Болгарии. Необходимо подчеркнуть, что тенденция к объединению МЧП и МГП в единой кодификации наблюдается довольно давно — Кодекс Бустаманте (1928), Вводный закон к Гражданскому кодексу Бразилии (1942), Закон о МЧП Чехии (1963), Указ о МЧП Венгрии (1979), Закон о МЧП Швейцарии (1987). Автономные кодификации МЧП, произведенные в 1990—2012 гг., в большинстве своем объединяют вопросы МЧП и МГП.

Разумеется, регулирование проблем МЧП и МГП единым законодательным актом осуществляется не ради объединения их в одну отрасль права или включения МГП в МЧП. Такое объединение производится в первую очередь в практических целях: регламентация частноправовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, имеет место в форме МГП. Единая комплексная кодификация норм, относящихся ко всем аспектам международных частноправовых отношений, представляет собой большое удобство для судей и участников процесса.

15.2. Принцип «закон суда» в МГП

Приблизительно до середины XX в. при применении иностранного права действовали два незыблемых принципа: иностранное публичное и иностранное процессуальное право не применяется. В частноправовых отношениях, связанных с иностранным правопорядком, речь могла идти только о применении иностранного частного права.

В настоящее время квалификация иностранной правовой нормы, к которой отсылает отечественная коллизионная норма, как публично-правовой или процессуальной, не является основанием для отказа в ее применении. В национальном законодательстве (Азербайджан, Украина, Польша, Швейцария) и в международных соглашениях (Конвенция СНГ 1993 г.) прямо закреплено, что применение нормы иностранного права не может быть ограничено только на том основании, что данная норма имеет публично-правовой характер.

Принцип «закон суда» (применение собственного процессуального права) до сих пор частично считается фундаментом МГП. Эта точка зрения разделяется большинством российских ученых и подтверждается национальным законодательством многих государств: «Гражданский процесс, происходящий в Италии, регулируется итальянским правом» (ст. 12 Закона о МЧП Италии). Данная позиция выражена и в судебной практике — решение Верховного суда ФРГ 1977 г.: «Германские суды применяют к находящимся в их производстве спорам только германское процессуальное право». Положение *forum regit processum* многими расценивается как краеугольный камень МГП.

Однако применение судом только собственного процессуального права обеспечивает равное положение в процессе всех его участников (и собственных граждан, и иностранцев), т.е. происходит «равное обращение с неравными вещами», — правовой спор, связанный с иностранным правопорядком, рассматривается как национальный спор¹.

В настоящее время применение закона суда в МГП преимущественно обосновывается практической целесообразностью и удобством. Судья *ex officio* знает свое собственное процессуальное право и применяет его. Применение иностранного процессуального права, ведение процесса в иностранных формах ведет к временным и материальным затратам, требует от судей специальной подготовки. Возникает проблема языка судебного разбирательства: применение иностранной процедуры предполагает применение соответствующего языка.

На практике невозможно требовать от суда профессионального знания процессуального права других государств. По этой причине применение закона суда в МГП остается его основополагающим началом.

Из общего правила, согласно которому в вопросах процесса судья руководствуется собственными правилами судопроизводства, существует много исключений:

1) гражданская процессуальная право- и дееспособность иностранных лиц определяется не по закону суда, а по их личному закону (ст. 399, 400 ГПК РФ);

2) в некоторых случаях суд может принять во внимание предусмотренные иностранным правом возможности отказа от дачи показаний, т.е. применить к этому институту процессуального права личный закон сторон. Английскому праву неизвестно право на отказ от дачи показаний, предоставленное врачам. В германской подси-

¹ Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004.

стеме права обязанность сохранения врачебной тайны подлежит относительной защите: врач теряет право на отказ от дачи показаний, если пациент освобождает его от сохранения врачебной тайны (ФРГ, Австрия). Во Франции врач подлежит абсолютной защите, т.е. он не обязан давать показания ни в каком случае. Такое положение вещей обусловило возможность учета иностранных предписаний относительно права на отказ от дачи показаний. В первую очередь это свойственно англо-американскому праву: лицу, заявляющему соответствующее ходатайство, предоставляется право не давать показания в соответствии с его национальным законом. Суд в подобном случае выносит «распоряжение о защите» (protective order);

3) во многих международных договорах о правовой помощи предусмотрена возможность применения иностранных процессуальных норм в связи с исполнением иностранных судебных поручений, признанием и принудительным исполнением иностранных судебных решений. Это право, а не обязанность государства, получившего ходатайство об оказании правовой помощи. Применение иностранных процессуальных форм не должно противоречить публичному порядку государства, от которого испрашивается правовая помощь.

Аналогичная норма предусмотрена в отдельных национальных законах: «По просьбе учреждения, дающего поручение, иностранные процессуальные нормы могут быть применены или приняты во внимание в тех случаях, когда это необходимо для признания за рубежом соответствующего правового притязания, если только этому не препятствуют серьезные причины, связанные с заинтересованным лицом. Швейцарские судебные и административные органы могут составлять документы по формам, принятым в иностранном праве, а также принимать показания заявителя под присягой, если форма, предусмотренная швейцарским правом, но не признаваемая за рубежом, препятствует признанию за рубежом правового притязания, заслуживающего защиты» (ст. 11 Закона о МЧП Швейцарии);

4) принудительное исполнение обязательств путем обращения взыскания на жалованье служащих некоторых международных организаций (например, НАТО) ограничено правом направившего их государства (т.е. применяется личный закон служащего, а не право страны суда);

5) подача иска и нахождение спора в производстве иностранного суда определяются в соответствии с иностранным процессуальным правом (ФРГ);

6) формальная законная сила иностранного судебного решения и действие вступившего в законную силу решения иностранного суда устанавливаются на основе иностранного процессуального права. При проставлении экзекватуры (exsequare — разрешение на испол-

нение иностранного судебного решения) разрешается вопрос о том, вступило ли данное судебное решение в силу у себя на родине. Экзекватура, посредством которой иностранному судебному решению сообщается принудительная сила, не представляет собой применение иностранного процессуального права. Акт экзекватуирования основан на процессуальных нормах государства, от органов которого этот акт исходит. При экзекватуировании ставится вопрос, получило ли данное судебное решение законную силу у себя на родине. Во всех случаях он может быть разрешен только на основе иностранного процессуального права.

Как правило, все исключения из применения закона суда специально перечисляются в законодательстве. Однако возможно указание общего характера: «К судебным процедурам, осуществляющимся на испанской территории, являются единственно применимыми испанские процессуальные законы без ущерба для отсылок, которые они могут делать к иностранным законам в отношении тех процессуальных действий, которые должны осуществляться за пределами Испании» (ст. 8.2 ГК Испании). Испанский законодатель говорит об отсылке к иностранному праву, сделанной процессуальным законом, т.е. о процессуальных коллизионных нормах.

Развернутая система процессуальных коллизионных норм закреплена в Законе о МЧП Румынии. Основная коллизионная привязка — закон суда: «По делам, затрагивающим отношения в области международного частного права, румынские суды применяют румынское процессуальное право, за исключением случаев, в которых прямо указано иное. Румынский закон также определяет, относится ли данный вопрос к сфере материального или процессуального права».

Процессуальная способность каждой из сторон в процессе регулируется *законом ее гражданства*. Доказывание гражданского статуса и доказательственная сила актов гражданского состояния регламентируются *законом места составления соответствующего документа*. Предмет и основания иска определяются *законом, который регламентирует существо спорных правоотношений*. Этот же закон определяет, кто может быть стороной в деле.

Средства доказывания существования сделки и доказательственная сила документа, ее подтверждающего, определяются *законом места совершения сделки, или законом, избранным сторонами*, если у них было такое право. Доказывание фактов осуществляется в соответствии с *законом места, где они возникли*.

Румынское право (lex fori) применяется при регулировании иных средств доказывания. Он применяется в случае, когда допускает доказывание посредством свидетельских показаний или косвенных доказательств, даже если по иностранному закону эти средства доказы-

вания не допускаются. Представление доказательств производится в соответствии с румынским законом (ст. 158—161).

В доктрине до сих пор дискутируется вопрос, в каком качестве правило «закон суда» выступает в МГП: как коллизионный принцип *lex fori* (или *lex locus regit actum*) либо как процессуальный императив, поскольку в вопросах гражданского процесса в принципе нет места для привязки к иностранному праву. Законы отдельных государств устанавливают, что подсудность и процессуальные формы определяются законом места проведения процесса (т.е. закреплен коллизионный принцип *lex locus regit actum*): «Судебные производства подчиняются с точки зрения процедуры и компетенции судов законам того места, где они возбуждены» (ст. 971 ГК Ирана). В других юрисдикциях закон суда выступает как процессуальный императив: проект Закона о МЧП Чехии предусматривает, что судебные органы при разбирательстве споров действуют в соответствии с чешским правом (§ 8.1).

Основоположником современной концепции применения иностранного процессуального права можно считать венгерского ученого И. Саси. Он писал, что жесткое требование применения в процессе только закона суда нарушает связь между национальными материальными и процессуальными правилами, так как нормы иностранного материального права практически невозможно превратить в жизнь в форме чуждого для них процессуального порядка закона страны суда. Это препятствует достижению объективной истины и нарушает связь между гражданскими правами и свободами личности в материальном смысле и их процессуальными формами¹.

В зарубежной доктрине выработано устойчивое понятие «коллизонное процессуальное право». Коллизонные проблемы в МГП возникают при разграничении процессуально-правовых и материально-правовых категорий (бремя доказывания, сроки исковой давности, применение зачета взаимных требований), в случаях использования договорной подсудности или арбитражного соглашения «МЧП предписывает “своему” судье, право какого государства он должен применить. Точно так же собственный МГП может обязать суд применять в определенных вопросах иностранное процессуальное право»².

Признание существования коллизонного процессуального права изменяет привычные представления о МЧП (как «монополисте» в отношении коллизонных норм) и МГП, в котором не всегда возможно применение только закона суда. Однако процессуальное коллизонное право может составлять только часть МГП. Для процесса более типичными являются «материальные нормы с иностранным

¹ Луцц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

² Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001.

элементом», т.е. особые предписания национального права, регулирующие процессуальные правоотношения, связанные с иностранным правом порядком (сроки вручения судебных документов).

МГП некоторых государств (ФРГ, Франция) содержит нормы о применении иностранного права в части представления иностранцами имущественного обеспечения судебных расходов. Во всех странах принимается во внимание признание и исполнение «своих» судебных решений за границей, что презюмирует признание и применение норм иностранного МГП.

Коллизионным нормам МЧП с точки зрения структуры аналогичны процессуальные правила о международной подсудности и положения о разграничении юрисдикций, содержащиеся в международных соглашениях об избежании двойного налогообложения. Принципы разрешения вопросов международной подсудности и коллизионные привязки — это различные правовые категории, но они тесно связаны и существует необходимость их совместного рассмотрения¹.

Большинство процессуальных норм «привязаны» к материальному праву, поэтому в МГП необходимо применение иностранного процессуального права, если только таким образом можно исполнить предписания МЧП о применении иностранного правопорядка. Закон суда в современном праве не может расцениваться как безусловный принцип МГП. При разрешении «процессуального коллизионного вопроса» необходимо установить «центр тяжести правоотношения» (закон существа отношения — *lex causae*). *Правило поведения в МГП должна составлять сумма двух норм: процессуальная коллизионная норма страны суда и иностранная процессуальная норма.*

Основной принцип современного МЧП — применение правопорядка, с которым правоотношение наиболее тесно связано. Точно так же в МГП основным принципом должен быть не закон суда, а принцип применения норм того процессуального законодательства, которое наиболее тесно связано с данным процессом. Закон суда и в МГП, и в МЧП должен применяться, только если к нему отсылают национальные коллизионные нормы. В МГП закон суда может применяться и в тех случаях, если применение иностранного процессуального права может нарушить нормальную деятельность судебного аппарата. Процессуальная теория закона суда противоречит защите прав иностранных граждан².

Соответствие между материальными и процессуальными нормами в делах, связанных с иностранным правом порядком, не может

¹ Лунц Л. А. Указ. соч.

² Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004.

быть достигнуто только на основе применения процессуального права страны суда. С другой стороны, на сегодняшний день вряд ли можно требовать от судей (особенно российских), проведения процесса в иностранных процессуальных формах. Такое требование затруднит и замедлит процесс, породит огромное количество проблем: противоречие публичному порядку (допрос под пыткой, ограничение процессуальной дееспособности замужней женщины), необходимость установления содержания иностранного процессуального права, его применения и толкования. Эффективное и корректное применение иностранных процессуальных форм возможно только в государствах схожей правовой ментальности (Западная Европа, Латинская Америка), поддерживающих между собой длительные и устойчивые отношения (конвенции ЕС, Кодекс Бустаманте).

В российском законодательстве закреплён процессуальный императив — к международным гражданским спорам применяется российское право: ч. 3 ст. 398 ГПК РФ устанавливает, что производство по делам с участием иностранных лиц осуществляется в соответствии с настоящим Кодексом и иными федеральными законами. Из общего правила возможны исключения, вытекающие из международных обязательств РФ: дела с участием иностранных лиц рассматриваются арбитражными судами по правилам АПК РФ, если международным договором РФ не предусмотрено иное (ч. 1 ст. 253 АПК РФ). Если международные договоры РФ устанавливают иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены национальным законом, то применяются правила международного договора (ч. 2 ст. 1 ГПК РФ; ч. 3 ст. 3 АПК РФ).

15.3. Источники международного гражданского процесса

Национальное законодательство является главным источником МГП. Правосудие представляет собой одну из функций государственной власти, публичное правоотношение, и порядок его осуществления прежде всего регламентируется внутренним правом.

Фундаментальные начала судостроительства и судопроизводства обычно закрепляются в конституционных актах. Основные законы государств устанавливают принцип разделения властей, принцип независимости судей и их подчинения только закону, право каждого на судебную защиту и свободный доступ к правосудию, основы судостроительства, иерархию судебных инстанций. Судебная система как структура и компетенция правоприменительных органов государства регулируется самостоятельными законами о судостроительстве:

— едиными актами, определяющими статус всех судебных органов государства (Кодекс судоустройства Франции);

— различными законами, каждый из которых регулирует деятельность отдельных систем судебной власти (законы о судах общей юрисдикции или судах по трудовым делам в ФРГ);

— различными актами, посвященными отдельным звеньям судебной системы (Закон о Верховном суде и законы о местных судах в Великобритании).

Основные источники российского гражданского процесса — ГПК РФ и АПК РФ. Для России является традиционным включение норм МГП в национальные процессуальные кодексы и другие нормативные акты, содержащие процессуальные нормы.

Нормы МГП в российском праве закреплены в ГК, ГПК, СК, АПК РФ, Законе о МКА, Основах законодательства РФ о нотариате. Российский МГП частично кодифицирован: разд. V АПК РФ «Производство по делам с участием иностранных лиц» и разд. V ГПК РФ «Производство по делам с участием иностранных лиц». Следует отменить недостатки подобной терминологии: буквальное толкование может привести к выводу, что нормы этих разделов регулируют процедуру разбирательства не всех дел, связанных с иностранным правом порядком, а только тех, где субъектом правоотношения является иностранное лицо. С точки зрения смыслового толкования норм соответствующих разделов АПК РФ и ГПК РФ подобный вывод представляется неправильным. По смыслу речь идет о процедуре разбирательства гражданских дел не просто с участием иностранных лиц, а любых гражданско-правовых споров, связанных с иностранным правом порядком.

Раздел V АПК РФ состоит из двух глав — гл. 32 «Компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по рассмотрению дел с участием иностранных лиц» и гл. 33 «Особенности рассмотрения дел с участием иностранных лиц». Глава 31 «Производство по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений» почему-то помещена в разд. IV «Особенности производства в арбитражном суде по отдельным категориям дел». Статья 14 АПК РФ «Применение норм иностранного права» вообще находится в разд. I «Общие положения». Получается, что с точки зрения структуры АПК РФ нормы гл. 31 и ст. 14 не относятся к «производству по делам с участием иностранных лиц».

С точки зрения юридической техники все нормы, относящиеся к МГП, следовало бы сгруппировать в одном специальном разделе (если идти по пути межотраслевой кодификации). Такая структура привела бы к повтору многих положений, но у работников право-

применительных органов не возникало бы необходимости искать нужные нормы в других разделах кодексов или в иных нормативных актах. В АПК и ГПК по спорам, связанным с иностранным правом порядком, уже выявлено большое количество пробелов (которые почему-то не восполняются — с 2003 г. по настоящее время в разд. V ГПК РФ не внесено ни одного изменения). В действующем праве недопустимо подобное положение вещей, и пороки российского процессуального законодательства лишний раз демонстрируют несовершенство законотворческой системы нашего государства.

Гражданско-процессуальное законодательство выступает основным источником национального МГП в праве многих государств (Испания, Польша, Япония). В ФРГ порядок рассмотрения частноправовых споров в судах общей юрисдикции регулируется ГПК (Уставом гражданского судопроизводства (1877)). Производство в административных, финансовых и прочих судах регламентируется иными нормативными актами (например, Административным судебным уставом (1961)). Кодификация норм МГП в ФРГ не произведена. Немецкая доктрина постоянно подчеркивает, что «разбросанность» норм МГП по разным нормативным актам и большое количество пробелов правового регулирования являются серьезными недостатками процессуального законодательства Германии¹.

Судопроизводство стран общего права основано на *состязательной системе*, для которой характерно разделение исследовательских функций и функций принятия решений². На стороны возлагается бремя исследования обстоятельств дела, их инициативы являются основной движущей силой процесса. Суд вступает в процессуальные отношения по мере необходимости, для разрешения споров, возникающих в отношениях между сторонами. Основная задача суда — принять решение на основе изложенных сторонами материалов. Такая версия состязательного процесса создает наиболее благоприятные условия для использования разнообразных соглашений по процессуальным вопросам, в том числе соглашения о непредъявлении иска.

Законодательные нормы, посвященные судостроительству и основным положениям судопроизводства, сосредоточены в разд. 28 Свода законов США. Этот документ не является аналогом процессуальных кодексов, поскольку устанавливает только основы судопроизводства. Разбирательство гражданских дел, связанных с иностранным правом порядком, регулируется на общих основаниях; отдельного раздела, посвященного МГП, в Своде законов нет. Отдельные нормы МГП содержатся в Федеральных правилах гражданского процесса для районных судов (1937), Федеральных правилах апелляционного

¹ Шах Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001.

² Кудрявцева Е. В. Гражданское судопроизводство Англии. М., 2008.

производства (1967), Федеральных правилах доказательств (1975), в ЕТК США. Основные положения МГП закреплены в Втором своде законов о конфликтах законов.

В Польше действует Закон о МЧП (2011); однако нормы МГП включены в ГПК (1964). Раздел III ГПК регламентирует вопросы международной подсудности, судопроизводство по делам с иностранным элементом, вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений. Аналогичная ситуация имеет место в австрийском праве: Закон о МЧП не содержит норм МГП. Нормы МГП зафиксированы в нескольких законодательных актах — в Законе о юрисдикции, в ГПК, в Уставе исполнительного производства.

В некоторых государствах приняты законы, само название которых ясно показывает характер этих актов как единой, комплексной кодификации МЧП/МГП — «Турецкий кодекс о международном частном праве и международном гражданском процессе». Проект Закона о МЧП Чехии представляет собой нормативный акт, содержащий коллизионные нормы МЧП и основные положения МГП. Часть II проекта «Общие положения международного гражданского процесса» определяет компетенцию чешских органов юстиции по частноправовым спорам, связанным с иностранным правопорядком, положение иностранцев в процессе, статус иностранных официальных документов, применение взаимности, оказание правовой помощи, признание и исполнение иностранных судебных решений (§ 6—19). Часть V (§ 102—109) регулирует оказание правовой помощи в отношениях с зарубежными странами.

Большинство государств, принявших специальные законы о МЧП, включили в них и нормы МГП: Закон о МЧП Грузии (гл. II «Международная подсудность судов Грузии» и гл. IX «Процессуальные нормы»); Закон о МЧП Румынии (гл. XII «Процессуальные нормы в международном частном праве»). Многие государства зафиксировали нормы МЧП и МГП в специальных разделах гражданских кодексов: ГК Перу (книга X, титул II «Юрисдикционная компетенция», титул IV «Признание и исполнение иностранных судебных и арбитражных решений»). При этом во многих национальных кодификациях МГП регламентируется более подробно, чем МЧП: например, из 124 статей Закона о МЧП Македонии 70 статей посвящены «международной компетенции и процессу»; из 119 статей Закона о МЧП Словении 69 статей посвящены МГП.

В национальном праве наблюдается устойчивая тенденция к кодификации норм МЧП и МГП. Наиболее правильным представляется подход, избранный законодателем, принявшим единый акт кодификации МЧП и МГП. С практической точки зрения это самый удобный способ — реализация положений МЧП предполагает специаль-

ные процедурные формы, поэтому такая структура законодательства облегчает работу правоприменительных органов.

Международные договоры по процессуальным вопросам направлены на организацию взаимодействия государственных структур разных стран в целях защиты гражданских прав. В современном мире роль международных соглашений в регулировании судопроизводства возрастает.

Конвенция по вопросам гражданского процесса (г. Гаага, 1 марта 1954 г.) (первые редакции — 1896 и 1905 гг.) регулирует вручение судебных и внесудебных документов, выполнение отдельных процессуальных действий и судебных поручений, освобождение иностранцев-истцов от обеспечения судебных расходов, бесплатное оказание правовой помощи. В Конвенции участвуют в основном европейские государства (США и Великобритания не участвуют). Соотношение действия Конвенции 1954 г. и двусторонних договоров основано на принципе *lex specialis derogat lex generalis*: положения двусторонних договоров имеют преимущественную силу.

Венские конвенции о дипломатических сношениях (8 апреля 1961 г.) и о консульских сношениях (24 апреля 1963 г.) содержат положения о дипломатических и консульских привилегиях и иммунитетах от юрисдикции государства пребывания; положения о юридической помощи и защите граждан своего государства на территории государства пребывания.

Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (г. Гаага, 5 октября 1961 г.), облегчила процедуру предоставления и признания официальных документов в иностранных правоприменительных органах, ввела понятие «апостиль» и установила его форму.

Европейская конвенция о получении информации о праве иностранных государств (1968) определила порядок обмена правовой информацией и процесс установления содержания норм иностранного права, процедуру сотрудничества компетентных органов государств.

Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам (1965) устанавливает порядок вручения документов находящимся за границей лицам (дипломатический, консульский, через центральные органы юстиции).

Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам (1970) закрепляет упрощенный порядок сношений государственных органов в отношении исполнения иностранных судебных поручений.

Конвенция о доступе к международному правосудию (1980) регулирует вопросы оказания финансовой помощи по несению и обеспечению процессуальных расходов, вопросы признания судебных постановлений о несении судебных расходов, проблемы выдачи расписок из реестра, вопросы иммунитета свидетелей и экспертов, порядок сношений через специально создаваемые органы.

В 2005 г. открыта для подписания Конвенция о соглашениях об исключительном выборе суда. Установлены единые правила юрисдикции, признания и принудительного исполнения решений иностранных судов. Конвенция нацелена на повышение эффективности соглашений о выборе суда между сторонами торговой сделки. Она применяется в транснациональных судебных делах к соглашениям об исключительном выборе суда. В Конвенции отражена доктрина «*forum non conveniens*» — государство может заявить, что его суды вправе отказать в рассмотрении споров, к которым применяется соглашение об исключительном выборе суда, если помимо места нахождения выбранного суда нет никакой связи между таким государством и сторонами спора (ст. 19).

Книга IV Кодекса Бустаманте «Международный гражданский процесс» детальным образом регламентирует вопросы МГП: общие правила компетенции и изъятия из этих правил; право быть стороной в процессе; отводы международного характера; общие правила о доказательствах и специальные правила о доказывании иностранных законов; несостоятельность и банкротство; признание и исполнение иностранных судебных решений.

Для судов стран — членов ЕС и ЕАСТ в области МГП особо важную роль играют Брюссельская конвенция о подсудности, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам (1968) и Луганская (Параллельная) конвенция о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам (1988, в ред. 2007). По сути, единственным отличием Луганской конвенции от Брюссельской является территориальная сфера действия: она распространяется не только на государства — члены ЕС, но и на страны — участницы ЕАСТ (Швейцария, Исландия, Норвегия и Лихтенштейн). Применение этих конвенций с момента их вступления в силу представляло собой обычную практику судопроизводства; знание их положений столь же обязательно, как и знание отечественного процессуального права.

В ЕС ведется работа по замене текстов наиболее востребованных конвенций «полноценными законодательными актами ЕС» (регламентами Европейского парламента и Европейского Совета), не требующими ратификации и имеющими прямое действие в национальных судах. Регламент является составной частью законодатель-

ства ЕС и применяется непосредственно на всей его территории. В рамках этого процесса Брюссельская конвенция 1968 г. заменена Регламентом (ЕС) № 44/2001 Совета от 22 декабря 2000 г. о юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам (Брюссель I). Однако Брюссельская конвенция сохраняет свое действие — она продолжает применяться к судебным разбирательствам, начатым до вступления в силу Брюссель I, а также к документам, официально составленным или зарегистрированным до этого момента (ст. 66 Брюссель I). При этом Брюссель I имеет преимущественную силу перед положениями Конвенции. В 2012 г. вступила в силу новая редакция Брюссель I.

В Преамбуле Брюссель I установлено, что он не применяется к странам, не являющимся членами ЕС. Под действие Регламента «Брюссель I» подпадают только дела, вытекающие из гражданских и торговых отношений. Из сферы его действия исключены вопросы гражданского состояния, право- и дееспособности физических лиц, семейных отношений, завещаний и наследования, банкротства, социального обеспечения, арбитража и иные дела, перечисленные в п. 2 ст. 1.

Уже на стадии разработки проекта Брюссель I предполагалось, что, как только представится возможность, Луганская конвенция будет изменена с целью приведения ее в соответствие с Регламентом. В 2007 г. принята новая редакция Луганской конвенции, адаптированная к положениям Брюссель I.

Конвенция ЕС о подсудности, признании и исполнении решений по брачным делам 1998 г. заменена Регламентом Совета ЕС № 2201/2003 от 27 ноября 2003 г., относящимся к юрисдикционной компетенции, признанию и исполнению решений по семейным делам и делам об ответственности родителей в отношении общих детей супругов (Брюссель II bis).

В ЕС действуют также регламенты № 1348/2000 о вручении на территории государств ЕС судебных и внесудебных документов по гражданским и коммерческим делам (29 мая 2000 г.); № 1206/2001 о сотрудничестве между судебными органами государств ЕС в области получения доказательств по гражданским и коммерческим делам (28 мая 2001 г.); № 4/2009 о юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении судебных решений и сотрудничестве по делам, касающимся алиментных обязательств (18 декабря 2008 г.).

Основную роль среди международно-правовых источников МГП играют *двусторонние договоры*: о взаимном признании и исполнении судебных и арбитражных решений, консульские конвенции, согла-

шения о торговле и мореплавании, договоры о правовой помощи. В договорах решается комплекс вопросов:

- сотрудничества между органами юстиции;
- правовой защиты;
- определения и разграничения компетенции судов и применимого права;
- процессуальных прав иностранцев;
- исполнения поручений о правовой помощи;
- признания и исполнения решений по гражданским и семейным делам;
- признания и пересылки документов.

По вопросам МГП существует система *специальных соглашений о свободном доступе к правосудию, о взаимном исполнении судебных поручений, о взаимном признании и исполнении судебных решений*. Такие соглашения Россия заключила с Австрией (1935), Францией (1936), Бельгией (1946), ФРГ (1951). Отдельные вопросы МГП разрешаются в двусторонних консульских конвенциях, которые связывают друг с другом все государства мира: нормы о процессуальном представительстве консулами граждан своих государств, о выполнении консулом отдельных нотариальных действий.

Нормы международных договоров, посвященных регулированию гражданских процессуальных правоотношений, в соответствии с общим принципом верховенства международного права имеют приоритетное применение перед нормами национального права в случае их противоречия (ст. 1 ГПК РФ; ст. 3 АПК РФ).

Международно-правовой обычай можно считать источником МГП. В российском процессуальном законодательстве это положение прямо не закрепляется; оно вытекает из толкования ст. 15 Конституции РФ («общепризнанные принципы и нормы международного права»). При рассмотрении экономических споров в российских арбитражных судах часто применяются ссылки на общеизвестные международные нормы обычного характера¹.

Принцип взаимности — один из старейших международно-правовых обычаев. Взаимность является действующей нормой современного МГП. В настоящее время национальные суды склонны помогать своим иностранным коллегам на основе взаимности, не апеллируя к отсутствию международного договора при наличии ясно выраженной просьбы о правовой помощи. Наличие взаимности в деятельности правоприменительных органов двух государств устанавливается следующими способами:

¹ Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004.

1. Правоприменительные органы одного государства констатируют, что в другой стране не производилось действий, свидетельствующих об отказе от взаимности.

2. В постановлении национального правоприменительного органа перечисляются действия иностранного государства, подтверждающие взаимность в отношении сотрудничающих сторон.

Большую роль в развитии МГП играет другой международно-правовой обычай — принцип международной вежливости (*comitas gentium*). Международная практика признает возможность исполнения иностранных судебных поручений и оказания правовой помощи на основе принципа международной вежливости, если нет соответствующего международного договора (судебная практика Великобритании, США, государств Латинской Америки).

Обычно-правовой принцип международной вежливости известен и современной правовой системе России. Это подтверждено высшими судебными инстанциями РФ: в постановлении Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» зафиксировано, что направление судебного поручения в порядке правовой помощи возможно и на условиях международной вежливости в отсутствие международного договора об оказании правовой помощи.

«Мягкое право» как источник МГП представляет собой процессуальные нормы, закрепленные в резолюциях-рекомендациях международных организаций. Международные организации включают в свои резолюции формулировки, представляющие собой новые правила в области международных отношений. Эти правила не могут рассматриваться как действующее право; они направлены в будущее и являются стратегией развития международных отношений *de lege ferendae*¹. Например, Советом Европы были приняты рекомендации о необходимости обмена правовой информацией, в том числе по вопросам гражданского процесса между правоприменительными органами государств-членов. Во исполнение этих рекомендаций судебные органы РФ обмениваются правовой информацией с судами других государств.

В 2004 г. руководящие органы Американского института права совместно с УНИДРУА приняли Принципы транснационального гражданского процесса (ALI/UNIDROIT; далее — Принципы АЛИ/УНИДРУА). Принципы представляют собой процессуальные стандарты, предназначенные для гармонизации гражданского судопроизводства при разрешении транснациональных споров в коммерческой области. Кроме Принципов, были приняты Правила транснациональ-

¹ Там же.

ного гражданского процесса, разработанные в качестве возможного примера включения Принципов в национальное законодательство. Статус официального документа имеют только Принципы, Правила — это дополнение к ним.

Правила АЛИ/УНИДРУА иллюстрируют возможность применения Принципов. Правила отличаются большей детализацией и конкретизацией регулирования, направленного на обеспечение гармоничного сочетания двух основных правовых систем. Правила представляют собой пример возможного развития Принципов при имплементации их в конкретную национальную правовую систему. Оба документа — Принципы и Правила — представляют собой оптимальное сочетание традиций регламентации судопроизводства в общей и континентальной правовых системах.

В Принципах АЛИ/УНИДРУА сформулированы основные начала гражданского процесса, которые отражают то общее, что характерно для современных концепций осуществления гражданского судопроизводства в различных правовых системах. Принципы воплощают правовые идеи, оправдавшие себя в многолетней практике стран с развитой системой судопроизводства. Разработка и принятие этого документа стали возможными благодаря сближению моделей судопроизводства в различных правовых системах.

Исходная идея разработки Принципов — создание свода процессуальных правил, которые могли бы применяться в любой процессуальной системе для рассмотрения споров из международных коммерческих контрактов с участием лиц, не являющихся резидентами государства, суд которого рассматривает спор. Этим определяется главная сфера применения Принципов и их предмет — они предназначены для регламентации разбирательства споров в области трансграничной торговли (и не только в государственных судах, но и в международном коммерческом арбитраже). Однако по желанию государства Принципы могут использоваться как процессуальные стандарты при рассмотрении любых категорий дел, в том числе не относящихся к спорам в сфере международной торговли.

Предметом Принципов являются не только положения МГП, но и непосредственные правила судопроизводства, не зависящие от специфики субъектного состава спора. Это касается правил о формировании состава суда, его полномочиях, о порядке заявления сторонами своих требований и возражений, об основных гарантиях, обеспечивающих справедливое судебное разбирательство (публичность, процессуальное равенство сторон, процессуальное право обжалования судебных решений и постановлений).

В качестве фундаментальных положений в Принципы включены нормы, являющиеся универсальными для всех правовых систем

и обеспечивающие справедливость, предсказуемость и эффективность судебного разбирательства вне зависимости от индивидуальных особенностей конкретной правовой системы. Принципы сформулированы как руководящие идеи, призванные стать ориентиром для регламентации правил судопроизводства на национальном или международном уровне.

Этот документ представляет собой фундаментальный свод процессуального права: независимость, беспристрастность и квалификация суда и судей (Принцип 1); процессуальное равенство сторон (Принцип 3); надлежащее извещение и право представлять свои объяснения (Принцип 5); язык судопроизводства (Принцип 6); своевременное отправление правосудия (Принцип 7); общие положения, относящиеся к структуре судопроизводства (Принцип 9); общие правила о доказывании (Принципы 16—19, 21, 22); вынесение судебного решения (Принцип 23); обжалование судебного решения и его последствия (Принципы 27 и 28); исполнение судебных решений (Принципы 26, 29, 30); международное судебное сотрудничество (Принцип 31).

С самого начала работы над проектом Принципов и Правил было принято решение подготовить документ не для принятия в форме международного договора, а придать ему статус документа *lex mercatoria*, аналогичного Принципам международных коммерческих контрактов УНИДРУА. Статус Принципов АЛИ/УНИДРУА позволяет государствам максимально гибко подходить к вопросу о форме и объеме включения Принципов и Правил в их национальную правовую систему, использовать их в качестве ориентира при реформе национальных правил судопроизводства.

Современные исследователи оценивают Принципы и Правила АЛИ/УНИДРУА как «один из важнейших и наиболее захватывающих юридических проектов нашего времени»¹. Эти документы в настоящее время представляют собой основной акт мягкого права, являющийся источником МГП.

Общие принципы права цивилизованных народов являются основой правовой системы любого государства, чье законодательство основано на рецепированном римском праве. С этой точки зрения об общих принципах права можно говорить как источнике МГП, — это те общие принципы, которые непосредственно относятся к гражданскому процессу (бремя доказывания лежит на истце; ответчик, возражая, ставит себя в положение истца; никто не может быть судьей в собственном деле).

¹ Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / пер. с англ. Е. А. Виноградова, М. А. Филатова. М., 2011.

Судебная практика. Правило поведения, имеющее общий и обязательный характер, может содержаться в постановлениях национальных и международных судов. Признание судебной практики источником права вполне закономерно, так как создание общеобязательных правил поведения — это свойство, генетически присущее органам судебной власти¹. В качестве примера судебной практики, выступающей как источник российского МГП, можно привести сложившееся правило поведения российских правоприменительных органов: расторжение браков между иностранцами на территории РФ производится в судебном порядке, независимо от наличия несовершеннолетних детей или имущественного спора.

Пределы судейского усмотрения ограничены общими принципами правовой системы. Основные принципы права, действующие в национальном праве, не позволяют судьям формулировать правила, противоречащие основным установкам данной правовой системы. Судья всегда связан такими принципами и обязан претворять их в жизнь.

Общая тенденция — судебная практика идет по пути принятия положений нормативного характера в актах органов правосудия. В России нормативные положения судебной практики фиксируются в постановлениях пленумов высших судебных инстанций. Источником российского права могут считаться именно эти постановления. Решения судов по конкретным делам источником права не являются, поскольку касаются вопросов частного характера и не могут быть признаны общеобязательными.

В западных государствах **доктрина права** официально признается как самостоятельный источник МГП. Фактически в России доктрина также является источником МГП: при разбирательстве дел, связанных с иностранным правопорядком, российские суды постоянно используют комментарии к гражданско-процессуальному и гражданскому законодательству; мотивировочная часть судебных решений часто основана на теоретических построениях доктрины. Теоретические исследования являются важнейшим источником при восполнении при помощи аналогии права или закона пробелов законодательства по вопросам процессуального положения иностранцев, международной подсудности, конфликта юрисдикций, судебных доказательств. Во французской доктрине высказывается точка зрения, что Принципы АЛИ/УНИДРУА — это часть академического права, доктрина, которая в развитых стра-

¹ Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004.

нах всегда имела статус вспомогательного источника процессуального права¹.

В научных трудах на основе сравнительного правоведения и системного анализа ставятся вопросы, не решенные ни законодательством, ни судебной практикой. Доктрина предлагает способы решения этих проблем. Вопросы МГП исследовали многие известные ученые: И. Саси, Е. Рицлер, Х. Шак, Л. А. Лунц, Н. И. Марышева, Л. П. Ануфриева, Г. К. Дмитриева, Т. Н. Нешатаева, В. П. Звеков, М. М. Богуславский, А. Г. Светланов.

Аналогия права и аналогия закона повсеместно признаны самостоятельными источниками МГП. В российском гражданско-процессуальном законодательстве указано, что в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующие соответствующие отношения, суды общей юрисдикции и мировые судьи применяют норму, регулирующие сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права) (п. 4 ст. 1 ГПК РФ). Роль аналогии как источников МГП аналогична роли доктрины — восполнение пробелов в законодательном регулировании разбирательства гражданских дел, связанных с иностранным правом порядком.

15.4. Международная подсудность

Международная подсудность — это компетентность судебного аппарата данного государства по разрешению гражданских дел, связанных с иностранным правом порядком². В аспекте МЧП/МГП термин «международная подсудность» употребляется как тождественное понятие «юрисдикция». В современном законодательстве в основном применяется терминология «международная компетенция», «международная юрисдикция» (Македония, Болгария, Турция).

В отечественной доктрине высказывается точка зрения, что наиболее удачным термином для разграничения компетенции по рассмотрению гражданских дел с участием иностранных лиц между судебными и иными органами разных государств является термин «**международная процессуальная юрисдикция**». Это единый комплексный институт, который подразделяется на «**международную судебную юрисдикцию**», «**международную административ-**

¹ Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / пер. с англ. Е. А. Виноградова, М. А. Филатова. М., 2011.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002.

ную юрисдикцию», «международную арбитражную юрисдикцию»¹. Предложенная терминология отличается точностью и целесообразностью, с ней представляется возможным полностью согласиться. Однако термин «международная подсудность» (в значении «международная процессуальная юрисдикция») является более лаконичным, привычным и более удобным. Кроме того, в современном законодательстве также употребляется термин «международная подсудность» (ст. 5 Кодекса МЧП Бельгии, ст. 189 ГПК Монголии).

При разрешении вопросов международной подсудности суд устанавливает пределы компетенции органов юстиции своей страны. Это наиболее острая и типичная проблема МГП — конфликт юрисдикций, который может проявляться в двух вариантах: отрицательный конфликт — два и более государств отвергают подсудность данного дела своим органам юстиции; положительный — два и более государств претендуют на подсудность данного дела своим национальным судам. Правила международной подсудности предназначены для разрешения конфликта юрисдикций.

Виды международной подсудности:

— *исключительная* — спор подсуден только судам определенного государства с исключением из подсудности судов любого другого государства;

— *альтернативная* — стороны имеют право выбора между судами нескольких государств, если эти суды в равной степени компетентны рассматривать данный спор;

— *договорная* — определение подсудности на основе соглашения сторон в пользу суда любого государства. По соглашению сторон конкретное дело может быть отнесено к юрисдикции иностранного государства, хотя по законам данной страны оно подсудно местному суду, или наоборот — дело, по местным законам подсудное иностранному суду, по соглашению сторон может быть отнесено к юрисдикции местного суда.

Договорная подсудность устанавливается в первую очередь по внешнеторговым сделкам. Стороны международных коммерческих контрактов путем соглашения могут установить любую подсудность, точно так же, как на основе принципа автономии воли по соглашению сторон к сделке может применяться материальное право любого государства.

Договорная подсудность представляет собой один из наиболее сложных институтов МГП, так как в ее основе заложена возможность изменить правила подсудности по соглашению сторон. Договорная подсудность оформляется в *пророгационных и дерогационных соглашениях* (обобщающий термин — *пророгационные*).

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

Дерогационные соглашения — это исключение дела из компетенции суда данного государства (хотя оно подсудно ему по местным законам) и передача его на рассмотрение в суд иностранного государства. Пророгационные соглашения — дело, неподсудное местному суду по законам данного государства (подсудное судам другого государства), по соглашению сторон передается на рассмотрение данному суду. Любое пророгационное соглашение одновременно является дерогационным.

Как правило, пророгационное соглашение должно быть выражено явным образом и зафиксировано письменно. Однако возможно и «молчаливое» соглашение о подсудности: «Подчинение [юрисдикции] молчаливым образом следует со стороны истца из факта подачи требования и со стороны ответчика из факта совершения в ходе разбирательства какого-либо действия, которым не выдвигается возражение относительно юрисдикции или не противодействуется обеспечительной мере» (ст. 45 Закона о МЧП Венесуэлы).

Общие правила международной подсудности определены в международных договорах, национальном законодательстве и судебной практике. Эти правила отличаются большим разнообразием, однако их можно свести к некоторым типовым случаям. Международная процессуальная юрисдикция устанавливается по признаку:

- гражданства обеих сторон или одной стороны в деле (*forum patriae*);
- места жительства ответчика (*actor sequitur forum rei*);
- места жительства (для юридических лиц — местонахождения) любой стороны по делу (*forum domicilii*);
- личного присутствия ответчика или наличия его имущества на территории данного государства (*actor sequitur forum domicilii*);
- местонахождения спорной вещи (*forum rei sitae*);
- места совершения акта (*forum loci actus*);
- места исполнения обязательства (*forum loci solutionis*);
- места совершения деликта (*forum loci delicti commissi*);
- по соглашению сторон (*forum voluntatis*)¹.

Перечень таких принципов не является исчерпывающим. Например, при установлении международной подсудности по семейным делам может использоваться признак места заключения брака (*forum loci celebrationis*); при определении юрисдикции по трудовым делам — признак места осуществления трудовых обязанностей (*forum loci laboris*); в ряде случаев дело может рассматриваться по месту нахождения истца (например, в гражданских делах, связанных с защитой прав потребителей)².

¹ Мамаев А. А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам. М., 2008.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

Эти процессуальные правила о международной подсудности аналогичны по своей структуре коллизионным нормам МЧП. Несмотря на их внешнее сходство, следует подчеркнуть, что принципы разрешения вопросов международной подсудности и коллизионные привязки — это различные правовые категории, тесно связанные между собой¹. Выбор компетентного правопорядка напрямую опосредован решением вопросов международной подсудности — суд всегда руководствуется своими собственными коллизионными нормами, определяющими применимое материальное право. При этом правила международной подсудности нельзя квалифицировать как процессуальные коллизионные нормы, поскольку здесь речь идет о судебной компетенции, а не о выборе процессуального права какого-либо государства.

Национальные системы международной подсудности: латинская, германская, англо-американская.

Латинская система (Франция, Бельгия, Италия): исходный принцип при решении вопросов международной подсудности — закон гражданства сторон. В ФГК установлено: «Иностранец, даже не проживающий во Франции, может быть вызван во французские суды по поводу неисполнения обязательств, заключенных им во Франции с французом; он может быть привлечен к суду Франции по поводу обязательств, заключенных им за границей с французами» (ст. 14). «Француз может быть привлечен к суду Франции по поводу обязательств, заключенных им за границей, даже с иностранцем» (ст. 15). При применении ст. 14 и 15 ФГК не имеет значения отсутствие у ответчика французского domiciliа.

Кассационный суд признает компетенцию французского суда в разрешении дел по существу в отношении иностранцев, которые в силу своего проживания на территории Франции не имеют возможности предъявить иск в другом суде. Формально принцип некомпетентности французского суда в спорах между иностранцами был отменен решением Кассационного суда по делу Scheffel (1962), в котором указывалось: «Иностранное происхождение сторон в споре не является причиной отсутствия компетенции французских судебных инстанций».

Французский ГПК закрепляет норму, согласно которой любая оговорка, которая прямо или косвенно нарушает правила территориальной подсудности, рассматривается как ненаписанная, за исключением случаев, когда она является результатом соглашения между лицами, действовавшими в качестве коммерсантов, и ясно выражена в обязательстве (ст. 48). Дерогационные соглашения допускаются,

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002; Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

если это не нарушает императивных норм о компетенции французских судов и относятся к спорам, связанным с иностранным правом-порядком. Широкое признание дерогационных соглашений связано с тем, что французская практика рассматривает нормы ст. 14 и 15 ФГК как привилегию, установленную в интересах французских граждан. Отказ от привилегии возможен в порядке волеизъявления заинтересованных лиц.

В Италии соглашения сторон, изменяющие международную подсудность, регулируются особым образом: «Когда отсутствуют основания для возникновения юрисдикции, она... возникает, если стороны приняли ее в договорном порядке и такое принятие подтверждается письменно, или если ответчик, явившись в судебное заседание, в своем первом выступлении не представил возражений против дефекта юрисдикции. Итальянская юрисдикция может быть изменена в договорном порядке в пользу иностранного суда или арбитража, если такое изменение подтверждается письменно и дело касается отчуждаемых прав. Изменение юрисдикции недействительно, если... судья или арбитры отклонят юрисдикцию или иным образом не смогут рассмотреть данное дело» (ст. 4 Закона о МЧП Италии).

Чрезвычайно своеобразно вопросы международной подсудности решены в законодательстве Бельгии — Кодекс МЧП устанавливает, что бельгийские суды обладают исключительной юрисдикцией, когда дело имеет тесную связь с Бельгией и рассмотрение его за границей представляется невозможным. Суд определяет наличие у него международной юрисдикции по своему собственному усмотрению. Круг споров, по которым допустима пророгация, определяется бельгийским правом. Дерогация в принципе признается в отношении тех иностранных судов, чьи решения подлежат в Бельгии признанию и исполнению.

Германская система (ФРГ, Австрия, Япония): исходный принцип — распространение на решение вопросов международной подсудности основных правил внутренней территориальной подсудности. Подсудность определяется по месту жительства ответчика. Место нахождения юридического лица определяется по месту нахождения его административного центра. Из этого принципа существует ряд изъятий в пользу экстерриториальной подсудности на основе закона гражданства:

1) иски из имущественных требований против лиц, не проживающих в ФРГ, подведомственны тому немецкому суду, в округе которого находится имущество таких лиц или предмет исковых требований;

2) если ответчик не имеет в ФРГ компетентного по общим правилам о территориальной подсудности судебного органа, дело может быть рассмотрено немецким судом, компетентным для истца;

3) по искам об оспаривании рождения ребенка или о признании отцовства, если по общим правилам о территориальной подсудности суды ФРГ не компетентны, но мать имеет немецкое гражданство (или имела его на момент смерти), компетентен тот немецкий суд, в округе которого мать имеет место жительства или обычное место пребывания;

4) суды ФРГ не компетентны по брачным делам, если ни один из супругов не имеет немецкого гражданства, и отсутствуют специальные признаки, на основании которых дело может быть подсудно немецкому суду.

Немецкое право допускает и пророгацию, и дерогацию. Соглашения о подсудности могут заключаться любыми лицами, если хотя бы одна из сторон не имеет ни места жительства, ни места пребывания на территории ФРГ. Дерогационное соглашение допускается, если оно заключено с учетом, что должник после заключения договора переносит свое место жительства или место пребывания за пределы ФРГ, или в момент предъявления иска его место жительства (пребывания) неизвестно.

По швейцарскому законодательству стороны имущественного правоотношения свободны в выборе компетентного суда по уже возникшему или возможному в будущем спору. Соглашение может быть заключено в форме единого документа, путем обмена телеграммами, телексами, факсимильными сообщениями, при помощи другого средства связи, позволяющего в доказательство наличия соглашения предъявить его текст. Если соглашением не установлено иное, выбор подсудности носит исключительный характер.

Соглашение о подсудности недействительно, если оно направлено на необоснованное лишение одной из сторон защиты, которая обещивается ей подсудностью, предусмотренной швейцарским правом. Избранный сторонами суд не может признать себя некомпетентным, если:

— одна из сторон имеет место жительства, обычного пребывания или делового обзаведения в кантоне, где находится этот суд;

— к спору применяется *швейцарское право* (ст. 5 Закона о МЧП Швейцарии).

Англо-американская система общего права основана на процессуальной концепции решения вопросов международной подсудности. Английская судебная практика стоит на том, что основанием юрисдикции является «физическая власть», поэтому вопросы международной подсудности разрешаются на основе процессуального права. Во внимание принимаются фактическое нахождение ответчика на территории данного государства, реальная возможность вручить ему

повестку о вызове в суд. Вручение ответчику приказа о вызове в суд является необходимой предпосылкой для начала процесса.

В Правилах гражданского судопроизводства (1999) установлен перечень случаев, когда суд по своему усмотрению может признать себя компетентным в отношении ответчика, не присутствующего в Англии или Уэльсе¹:

- иски по делам о земельных участках в Англии;
- иски к физическим и юридическим лицам, domiciliрованным или имеющим обычное место нахождения в Англии, хотя и не присутствующим на ее территории;
- иски из договоров, заключенных в Англии или подчиненных английскому праву, или заключенные от имени английского принципала, но его агентом, совершающим торговые операции или пребывающим в Англии;
- иски из нарушения договора, если нарушение имело место в Англии;
- иски из деликтов, совершенных на территории Англии.

В Своде законов США предусмотрено, что иск, подсудность которого определяется на основании разного гражданства сторон, может быть предъявлен только в суде того округа, на территории которого проживают все истцы или все ответчики, либо в суде того округа, где возникло требование. Если подсудность должна устанавливаться не только на основании различий в гражданстве, иск может быть предъявлен в суде по месту жительства ответчика либо по месту возникновения требования.

Для того чтобы суд штата мог рассматривать споры с участием иностранных лиц, он должен обладать «персональной» юрисдикцией — полномочия рассматривать исковые требования против иностранных лиц или их собственности. Для персональной юрисдикции необходимо соблюдение правила «длинной руки» (*long-arm statutes*) — суды могут осуществлять юрисдикцию, основанием которой являются «минимальные контакты», установленные между ответчиком и штатом, в суд которого предъявлен иск.

Основное правило установления юрисдикции — соответствие критерию разумности и целесообразности. Критерий установления юрисдикции суда штата — правовая связь деятельности ответчика с данным штатом:

- целенаправленно ориентированная на данный штат деятельность ответчика;
- основание иска должно вытекать из данной деятельности;
- предвидение ответчиком судебного разбирательства в данном штате.

¹ Елисеев Н. Г., Вершинина Е. В. Международное гражданское процессуальное право: учеб. пособие. М., 2011.

Английская судебная практика сдержанно относится к соглашениям, направленным на ограничение собственной юрисдикции, и допускает расширение компетенции своих судов посредством соглашений о подсудности. При обсуждении действительности таких соглашений применяются критерии разумности и целесообразности. По международным торговым контрактам пророгационные соглашения признаются беспрепятственно.

Законодательство большинства государств закрепляет, что основной принцип международной подсудности определяется на основе норм о внутренней территориальной подсудности. Применяется общий принцип права — истец следует за судом ответчика. Дополнительные критерии: подсудность по месту совершения деликта, по месту нахождения спорной вещи, по месту исполнения обязательства.

Общая компетенция российских судов по разбирательству дел с иностранным участием определена в ст. 22 ГПК РФ и ст. 28 АПК РФ. Международная подсудность установлена в гл. 44 ГПК РФ и гл. 32 АПК РФ. Подсудность дел, связанных с иностранным правом порядком, может определяться по общим правилам подсудности (ч. 1 ст. 402 ГПК РФ). Основное правило для установления международной подсудности — территориальная подсудность по месту жительства ответчика (ч. 2 ст. 402 ГПК). В законодательстве закреплён перечень случаев возникновения специальной подсудности дел с иностранным участием российским судам (ч. 3 ст. 403 ГПК РФ).

Российский законодатель определил также перечень дел с участием иностранных лиц, подсудных исключительно российским судам (ст. 403 ГПК):

- дела о праве на недвижимость, находящиеся на территории РФ;
- дела по спорам из договора перевозки, если перевозчики находятся на территории РФ;
- дела о расторжении браков российских граждан с иностранцами, если оба супруга имеют место жительства в России;
- любые споры по делам, возникающим из публичных правоотношений;
- отдельные категории дел особого производства.

Признается договорная подсудность (п. 1 ст. 404 ГПК РФ). Употребляется термин «пророгационное соглашение», поэтому может возникнуть мысль, что российский законодатель предусмотрел возможность изменения подсудности по соглашению сторон только в пользу юрисдикции российских судов, исключив при этом возможность дерогации. Однако текст п. 2 ст. 404 показывает, что российское законодательство разрешает договорную подсудность и в пользу юрисдикции иностранных судов. Из общего принципа

признания права сторон на выбор подсудности есть исключения: по делам, относящимся к исключительной подсудности российских судов, а также по делам, подсудным верховным судам субъектов РФ и ВС РФ, договорная подсудность не допускается.

Специальные правила о подсудности установлены по делам о расторжении брака (ст. 160 СК РФ):

1) граждане России вправе расторгнуть брак с иностранцами в российском суде, даже если оба супруга не проживают на территории РФ;

2) граждане России, проживающие за границей, в определенных случаях, вправе расторгнуть брак с иностранцами в дипломатических и консульских представительствах РФ;

3) граждане России, проживающие за границей, вправе расторгнуть брак между собой или с иностранцами в компетентных органах иностранного государства.

Положения о международной подсудности ст. 247 АПК РФ устанавливают общее правило: российские арбитражные суды компетентны рассматривать споры с иностранным участием, если ответчик находится или имеет место жительства либо имущество на территории РФ; право требования или спорное правоотношение возникли на территории РФ. Основной дополнительный критерий подсудности — спорное правоотношение имеет тесную связь с территорией РФ.

Федеральным законом от 11 июля 2011 г. № 200-ФЗ введен еще один дополнительный критерий альтернативной подсудности — спор возник из отношений, связанных с государственной регистрацией имен и других объектов и оказанием услуг в международной ассоциации информационно-телекоммуникационных сетей «Интернет» на территории РФ.

Возможна подсудность по выбору истца: иск к ответчику, находящемуся или проживающему на территории иностранного государства, может быть предъявлен в арбитражный суд по месту нахождения на территории РФ имущества ответчика (ст. 36 АПК РФ).

Исключительная компетенция арбитражных судов РФ по делам с иностранным участием закреплена в ст. 248:

— споры в отношении государственной собственности РФ, в том числе связанные с приватизацией государственного имущества и принудительного отчуждения имущества для государственных нужд;

— споры, предметом которых является недвижимое имущество или права на него, если недвижимость находится в России;

— споры, связанные с регистрацией или выдачей патентов, свидетельств на товарные знаки, промышленные образцы и полезные

модели, с регистрацией других прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые требуют регистрации, выдачи патента или свидетельства в России;

— споры о признании недействительными записей в государственных реестры (реестры, кадастры), произведенных соответствующими органами РФ;

— споры, связанные с учреждением, ликвидацией или регистрацией на территории РФ юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, с оспариванием решений органов этих юридических лиц;

— любые споры, возникающие из административных и иных публичных правоотношений.

Признается договорная арбитражная подсудность (в форме проогации), — допускаются иностранные соглашения о компетенции российских арбитражных судов — соглашения о компетенции (ст. 249 АПК). Наличие соглашения сторон об определении компетенции предполагает исключительную компетенцию арбитражного суда РФ по рассмотрению данного спора. Соглашение о компетенции будет признано недействительным, если оно изменяет исключительную компетенцию иностранного суда.

15.5. Международная подсудность в международных соглашениях

Двусторонние договоры разграничивают подсудность судов договаривающихся государств на основе комбинированного использования единообразных критериев гражданства и domicilia сторон, места нахождения имущества. Основными критериями являются принципы гражданства (договоры России с Польшей и Румынией) и domicilia сторон (договоры России со странами Балтии и Италией). Решение вопросов о подсудности связано с вопросами выбора права (общая тенденция — применение судом своего собственного права). Договоры устанавливают правила об альтернативной, договорной и исключительной подсудности, правила разграничения подсудности по категориям дел, правила о специальной подсудности отдельных видов гражданско-правовых споров (договоры России с Испанией, Польшей).

В договоре о правовой помощи между Россией и Италией закреплено, что критериями для установления компетенции судов являются: постоянное место жительства ответчика, место исполнения обязательства, место причинения вреда, постоянное место жительства или место пребывания истца (по делам о взыскании алиментов). Исключительная компетенция установлена по спорам о вещ-

ных правах на недвижимость (суд места нахождения недвижимости), по делам о личном статусе физических лиц (суд государства гражданства лица в момент предъявления иска).

Конвенция СНГ 1993 г. содержат расширенный круг норм о международной подсудности (разграничении компетенции): общие положения о подсудности и специальная подсудность отдельных видов гражданских и семейных дел. Основной критерий — место жительства ответчика (физического лица) и место нахождения органа управления юридического лица. Гражданство сторон не имеет значения. Дополнительные критерии: место осуществления хозяйственной деятельности, место исполнения обязательства, место жительства истца.

Конвенция закрепляет правила об исключительной компетенции: по искам о праве собственности и других вещных правах на недвижимое имущество компетентен только суд по месту нахождения имущества; иски к перевозчику, вытекающие из договора перевозки, предъявляются по месту нахождения управления транспортной организацией, к которой предъявляются претензии. Установлена возможность договорной подсудности на основе письменного соглашения сторон. Подсудность по соглашению сторон не может противоречить нормам Конвенции и национального законодательства об исключительной компетенции.

Брюссель I содержит детальную унификацию правил международной подсудности. Вопрос о международной подсудности окончательно решается на стадии возбуждения производства и при выдаче экзекватуры не пересматривается. Действие Брюссель I не ограничено гражданами и юридическими лицами государств — членов ЕС. Любое физическое или юридическое лицо, имеющее постоянное место нахождения в государстве-члене, подчиняется положениям Регламента. К ответчикам, не имеющим постоянного места нахождения в ЕС, применяются национальные правила определения подсудности, действующие на территории того государства-участника, в чей суд был предъявлен иск. К ответчикам, domiciliрованным в государстве — члене ЕС, не связанном Регламентом, продолжает применяться Брюссельская конвенция (п. 9 Преамбулы).

В апреле 2009 г. Комиссия ЕС опубликовала Доклад о применении Брюссель I, опираясь на результаты исследования практики применения Регламента. Предлагается рассмотреть возможность распространения норм Брюссель I на ответчиков, domiciliрованных в третьих государствах (субсидиарная юрисдикция).

Основной принцип определения международной подсудности — домицилий сторон. Главный критерий — постоянное место нахождения ответчика (общая подсудность). Такая подсудность должна

быть всегда возможна, за исключением четко определенных случаев, когда другой критерий подсудности объясняется природой спора или автономией сторон (п. 10 Преамбулы). Для отдельных категорий дел (спору из договора; споры из деликтов и квази-деликтов; страховые споры; споры с участием потребителя; трудовые споры) Брюссель I устанавливает правила о специальной подсудности. Кстати, по делам, вытекающим из причинения вреда, Суд ЕС разъяснил, что иск может подаваться как по месту совершения вредоносного действия, так и по месту, где был причинен ущерб. Если ущерб был причинен в различных государствах, истец имеет право на подачу иска в любом из этих государств. При этом требования должны исчерпываться ущербом, причиненным в данной стране, тогда как при подаче иска в суд по месту совершения вредоносного действия требования могут охватывать весь причиненный ущерб (альтернативная подсудность).

Для защиты интересов потребителя Брюссель I используя более благоприятные правила подсудности, предоставляет потребителю право выбора надлежащей подсудности. Потребитель может предъявить иск против другой стороны в договоре либо в судах государства-участника, на территории которого домицилирована такая сторона, либо в суде места домицилия потребителя. При этом возможность выбора у другой, более экономически сильной стороны договора, отсутствует (она может предъявить иск к потребителю лишь в судах государства-участника, на территории которого домицилирован потребитель).

По трудовым спорам работник имеет право предъявить иск к работодателю, имеющему место нахождения на территории государства-участника, либо в суды государства-участника, в котором он имеет свой домицилий, либо в суд того места, где работник обычно осуществляет свою работу, либо в суд последнего места, в котором он обычно осуществлял свою работу. Если работник не осуществляет постоянно свою работу в одной стране, он может подать иск в суд государства, где находится или находилось учреждение, нанявшее работника (ст. 19). По аналогии с потребителем, работодатель может предъявить иск только в судах государства-участника, на территории которого работник имеет свое место жительства (ст. 20).

В сфере исключительной подсудности Брюссель I предусматривает, что некоторые категории дел подсудны судебному органу только данного государства. Это положение применяется вне зависимости от места жительства (места нахождения) лица по причине особой природы спора. Статья 22 определяет следующие критерии установления исключительной подсудности:

- в области вещных прав на недвижимое имущество или аренды недвижимого имущества — суды того государства-участника, в котором находится имущество;
- в области действительности, ничтожности или ликвидации компаний или юридических лиц, имеющих свое местонахождение на территории одного из государств-участников, или действительности решений их органов — суды такого государства-участника;
- в области действительности записей в публичных реестрах — суды государства-участника, на территории которого ведутся такие реестры;
- в области регистрации или действительности патентов, торговых марок, промышленных моделей и других аналогичных прав, которые требуют заявки о регистрации или выдачи патента, — судебные учреждения государства-участника, на территории которого была подана заявка о регистрации или патентовании, или состоялась регистрация;
- в области исполнения решений — суды государства-участника, в котором находится место исполнения.

Нормы Брюссель I нейтрализовали исключительную подсудность, предусмотренную национальными законодательствами стран-участниц, и установили собственные нормы императивной подсудности. Установленные в Регламенте правила заменяют соответствующие нормы внутреннего права государств-членов, в том числе их исключительную подсудность (разд. 6).

Брюссель I содержит правила, регулирующие договорную подсудность (ст. 23). В Преамбуле подчеркивается роль автономии воли по вопросам выбора подсудности. Статья 23 устанавливает, что подсудность, оговариваемая соглашением сторон, «является исключительной, если только сторонами не установлено иное». Однако это положение не затрагивает договор страхования, потребительский и трудовой договоры, применительно к которым в вопросе определения компетентного суда предусмотрена ограниченная автономия воли, если Регламентом не предусмотрена исключительная компетенция других судов. Особым образом регламентируются соглашения о подсудности для дел с участием страхователя, держателя полиса или выгодоприобретателя по договору страхования (ст. 13, 14); дел из договоров с участием потребителя (ст. 17); дел из трудовых соглашений с участием работника (ст. 21).

В частности, лицо, заключающее соглашение о подсудности дел из договоров с участием потребителя, должно быть либо потребителем, т.е. лицом, вступающим в сделку в целях, не связанных с его профессиональной деятельностью, либо контрагентом потребителя. Кроме того, на момент заключения договора с участием потребителя

настоящее лицо должно иметь домицилий или обычное место проживания в государстве-участнике. Что касается соглашений о подсудности дел из трудовых соглашений с участием работника, то лицо, заключающее данное соглашение, обязательно должно являться или работником или работодателем. Кроме того, по этим категориям дел стороны имеют право заключить соглашение о подсудности только после возникновения спора.

Брюссель I не предъявляет никаких требований, что должна быть какая-либо объективная связь между отношением, из которого возник спор, и страной суда, его рассматривающего. Статья 23 применяется даже в том случае, если только истец домицилирован в государстве-участнике; но не применяется в тех случаях, когда выбран суд государства, не являющегося участником Регламента. Хотя обычно соглашение о подсудности является одним из положений договора, соответствующее положение в уставе компании также будет рассматриваться как соглашение в целях ст. 23. Наличие прямого обозначения места рассмотрения спора необязательно; оговорка о подсудности в транспортной накладной, косвенно ссылающаяся на него (указанием о подсудности споров суду по месту основного осуществления деятельности перевозчика), будет действительной.

Чтобы быть действительным, соглашение о подсудности должно отвечать одному из альтернативных формальных требований: (а) быть в письменной форме либо подтверждаться письменным свидетельством; или (b) соответствовать форме, установленной обычной практикой отношений между сторонами; или (с) быть в форме, соответствующей практике международной торговли и коммерческих отношений, о которой стороны знали или должны были знать, и которая широко известна и часто применяется контрагентами по тому же виду договоров.

Даже если ни одна из сторон не домицилирована в государстве-участнике, соглашение о подсудности, соответствующее всем остальным требованиям ст. 23, воспрещает суду какого-либо государства, за исключением оговоренного в соглашении, устанавливать юрисдикцию над отношениями сторон, если только указанный в соглашении суд не отклонит его.

В Докладе 2009 г. о применении Брюссель I рекомендуется усилить действие пророгационных соглашений, в особенности в случае параллельного рассмотрения дел в разных судах.

Аналогичные нормы закреплены в *Луганской конвенции в ред. 2007 г.*

Вопросы признания и исполнения в пределах ЕС иностранных судебных решений в области семейного права унифицированы в Регламенте *Брюссель II bis*. Ключевым принципом определения над-

лежащей подсудности выступает альтернативная подсудность, основанная на понятии «обычного проживания». Суд, в который подано заявление о расторжении брака, должен проверить соответствие своей компетенции предусмотренным в Регламенте единым критериям. Компетенцией для вынесения решения по вопросам, относящимся к разводу, установлению раздельного жительства супругов и признанию брака недействительным, обладают судебные учреждения государства-участника:

— на территории которого находится *обычное место проживания супругов* или *последнее обычное место проживания супругов* в той степени, в которой один из супругов продолжает там проживать, или *обычное место проживания ответчика*;

— *гражданства обоих супругов* или, если речь идет о Соединенном Королевстве и Ирландии, общего домицилия.

Юрисдикция по месту обычного проживания может быть установлена и в тех случаях, когда оба супруга не являются гражданами ЕС, и когда брак был заключен за его пределами.

По делам, касающимся ответственности родителей в отношении ребенка, судебные учреждения обладают компетенцией, если ребенок имеет *обычное место проживания* в этом государстве-участнике на момент обращения в суд. Данное правило дополняется нормами о сохранении компетенции по месту первоначального обычного места проживания ребенка, о компетенции в случае похищения ребенка. В тех случаях, когда обычное место проживания ребенка не может быть установлено и подсудность не может быть определена, компетенцией обладают судебные учреждения государства-участника, в котором ребенок находится. В частности, это правило применяется к детям-беженцам, к детям, перемещенным за границу вследствие беспорядков в их стране.

В случаях, когда никакое из судебных учреждений государств-участников не обладает компетенцией, компетенция в каждом из этих государств определяется законом этого государства (ст. 14). Кроме того, допускается передача компетентным судом дела суду другого государства-участника, если он полагает, что суд этого другого государства обладает большими возможностями для рассмотрения дела, и в тех случаях, когда это соответствует высшим интересам ребенка (ст. 15).

Необходимо отметить, что Брюссель II bis не содержит определения понятия «место обычного проживания». Суд ЕС отмечает, что понимание данного термина в других областях права ЕС не может быть автоматически применено для определения места обычного проживания ребенка. Применительно к отношениям супругов данное понятие должно определяться исходя не из права страны суда.

Необходимо единое легальное определение на наднациональном уровне. Оно может быть сформулировано Судом ЕС, исходя из контекста соответствующих правовых норм и целей регулирования.

Гаагская конвенция о соглашениях об исключительном выборе суда (2005) посвящена регулированию вопросов договорной подсудности. Сфера применения Конвенции — «транснациональные» судебные дела, когда требуется признание или принудительное исполнение решения иностранного суда. Соглашение об исключительном выборе суда — это соглашение, заключенное сторонами и определяющее компетентные суды в одном из договаривающихся государств *с исключением* юрисдикции любого иного суда. Соглашение должно быть заключено или оформлено в письменном виде, любыми иными средствами связи, которые делают информацию доступной, чтобы она могла быть использована для последующей ссылки.

Соглашение о выборе суда, которое определяет суды одного из договаривающихся государств либо один или несколько конкретных судов одного из договаривающихся государств, считается исключительным, если стороны явным образом не предусмотрят иное. Соглашение, составляющее часть договора, не зависит от других положений договора. Юридическая действительность соглашения о выборе суда не может быть оспорена только на том основании, что сам договор юридически недействителен. Действительность соглашения должна оцениваться в соответствии с *законом избранного суда*.

Суд, имеющий юрисдикцию согласно заключенному соглашению, не будет отказываться от ее осуществления на том основании, что такой спор должен рассматриваться судом другого государства. Это не влияет на правила определения юрисдикции в отношении предмета или суммы иска, правила внутреннего разграничения юрисдикции между судами договаривающегося государства. Любой суд договаривающегося государства, кроме выбранного суда, должен приостановить или прекратить производство по делу, к которому применяется соглашение об исключительном выборе суда, за исключением:

- 1) соглашение является ничтожным и не имеет юридической силы в соответствии с законодательством государства выбранного суда;
- 2) одна из сторон не обладала дееспособностью для заключения такого соглашения по законам государства рассматривающего суда;
- 3) действие такого соглашения приведет к явной несправедливости или будет явно противоречить публичному порядку государства рассматривающего суда;
- 4) по исключительным причинам, не зависящим от сторон, соглашение не может быть надлежаще исполнено;
- 5) выбранный суд отказался рассматривать дело.

Судебное решение, вынесенное судом договаривающегося государства, определенным в соглашении об исключительном выборе суда, должно признаваться и принудительно исполняться в других договаривающихся государствах. Отказ в признании или принудительном исполнении возможен только по основаниям, предусмотренным в Конвенции. Не может быть пересмотра по существу судебного решения. Судебное решение признается и принудительно исполняется, если оно имеет законную силу и подлежит принудительному исполнению в государстве его вынесения.

Конвенция не применяется к соглашениям об исключительном выборе суда, относящимся к договорам личного найма, включая коллективные договоры; к соглашениям, в которых одной из сторон является потребитель; к соглашениям, возникающим из алиментных обязательств, из супружеских или аналогичных отношений. Конвенция не применяется в отношении:

- 1) статуса и правоспособности физических лиц;
- 2) несостоятельности (банкротства), компромиссных (мировых) соглашений должника с кредиторами;
- 3) договоров перевозки пассажиров и грузов;
- 4) загрязнения морей, ограничения ответственности по морским искам, общей аварии, буксировки и спасательных операций в чрезвычайных ситуациях;
- 5) антитрестовских дел (конкуренции);
- 6) исков о возмещении личного вреда, возбужденных физическими лицами или от их имени; деликтных исков за ущерб имуществу, возникший не из договорных отношений;
- 7) вещных прав в отношении недвижимого имущества и владения недвижимым имуществом на правах аренды;
- 7) юридической действительности или ничтожности ликвидации юридических лиц, юридической действительности решений их органов;
- 8) юридической действительности записей в государственные реестры;
- 9) арбитражного или связанного с ним производства.

Конвенция об унификации некоторых правил, относящихся к гражданской юрисдикции по делам о столкновении судов (1952), специально посвящена вопросам международной подсудности, — иски, вытекающие из столкновения судов, могут быть предъявлены:

- 1) в суд по месту постоянного жительства ответчика или по одному из мест его деятельности;
- 2) в суд того места, где был осуществлен арест судна-ответчика или любого другого принадлежащего тому же ответчику судна, на которое может быть в законном порядке наложен арест;

- 3) в суд того места, где арест мог быть осуществлен и где ответчик предоставил иное обеспечение;
- 4) в суд того места, где произошло столкновение, если оно произошло в пределах порта, на рейде или во внутренних водах;
- 5) допускается договорная подсудность по соглашению сторон.

15.6. Международная подсудность в Интернет-спорах

Универсальность доступа к Интернету и его глобальный характер обуславливают необходимость пересмотреть традиционные критерии установления международной подсудности в отношении споров, вытекающих из частноправовых отношений в Интернете. Разграничение компетенции судов должно осуществляться с учетом, что содержимое Интернет-ресурса может затрагивать интересы любого государства.

Основные критерии установления международной подсудности основаны на физической связи с территорией государства. При разрешении споров, вытекающих из отношений в Интернете, привязка к определенной территории возможна далеко не всегда. Нарушение законов государства может происходить без проникновения на территорию самого государства. Определение подсудности по критериям гражданства, места жительства или места нахождения может обнаружить отсутствие связи государства с правоотношением, локализованным в Интернете.

Аналогичные трудности возникают при решении юрисдикционного вопроса на основе других традиционных критериев (место причинения вреда, место совершения вредоносного действия, место исполнения договора). Местом причинения вреда путем размещения информации на Интернет-сайте может быть любое государство, с территории которого осуществлен доступ на данный сайт.

В доктрине предложено несколько критериев установления международной подсудности по спорам в Интернете:

1. Правила, основанные на разграничении ресурсов в Интернете на пассивные и активные. Активные ресурсы, посредством которых субъект осуществляет свою деятельность, целенаправленно ориентированную на территорию определенного государства, следует рассматривать как основание установления международной юрисдикции. Пассивные ресурсы, характеризующиеся простым размещением информации, не могут рассматриваться в качестве основания установления международной юрисдикции¹.

¹ Горшкова Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

2. Спор, вытекающий из отношений в Интернете, должен относиться к юрисдикции суда той страны, в которой зарегистрировано доменное имя¹. Преимущество данного варианта — осведомленность сторон о месте нахождения контрагента по зарегистрированному доменному имени. Однако существуют функциональные домены («.com», «.org», «.int»), которые не привязаны к территории того или иного государства. Кроме того, размещенная на сайте информация доступна любому лицу. Это порождает вероятность нарушения субъективных прав вне зависимости от места, откуда был совершен доступ в Интернет.

3. Критерий юрисдикции государства, на территории которого размещен Интернет-сервер. Каждый сервер физически находится на территории определенного государства и подчиняется законам этого государства; именно посредством сервера осуществляется доступ в Сеть². Однако в судебной практике признается, что нахождение информации на сервере иностранного государства не является достаточным основанием для признания юрисдикции суда. Кроме того, сервер может использовать многочисленные драйверы, находящиеся в разных странах.

4. Иск предъявляется провайдеру по месту его нахождения, а уже в процессе заявляется требование о привлечении надлежащего ответчика (действительного правонарушителя)³.

В отношении споров, вытекающих из правоотношений в сети Интернет, интерес представляет практика судов США. Для американских судов только факт, что сайт доступен в США, не является основанием для рассмотрения дела с иностранным ответчиком. Суды принимают во внимание, имели ли место «существенные связи» между иностранным ответчиком и *forum state*. Особое значение имеют юрисдикционные полномочия судов, основанные на правиле минимальных контактов. Глобальный доступ к информации, размещенной в Интернет, позволяет статуту «длинной руки» играть решающую роль.

Для выяснения вопроса о том, компетентен ли суд разрешить спор из правоотношений в Интернет, установлена «скользящая шкала» для квалификации Интернет-сайтов на две категории: активные и пассивные. К категории активных сайтов американские суды относят сайты, посредством которых осуществляется деятельность и непо-

¹ URL: <http://pcpi.ru:9012/manage/printdoc?tid=&nd=901910634&prevDoc=901821334&mark=1U67GDT000000636O9569007BERB0N0HQK33G6624R243LSJA3VVV VVU>

² URL: <http://www.svobodainfo.org/info/printdoc?tid=&nd=901839130&nh=0&sect=262>

³ Бреус С. Б. Защита авторских прав в Интернет : дис. канд. юрид. наук. М., 2005.

средственный информационный контакт владельца сайта с резидентами других штатов или государств. Информационные контакты с резидентами других штатов и государств должны порождать прямые фактические отношения, выражающиеся в целенаправленной и периодически осуществляемой передаче компьютерных файлов через Интернет. В данном случае персональная юрисдикция является надлежащей.

Пассивная категория Интернет-сайтов ограничивается простым размещением информации в Интернете, которая может быть доступна пользователям других штатов и государств. Судебная практика США исходит из принципа, что потенциальный доступ к Интернет-сайту посредством Интернет не должен порождать автоматическую юрисдикцию суда любого штата, откуда был совершен доступ. В целях разграничения пассивных и активных сайтов суды оперируют таким понятием, как интерактивность Интернет-сайта (степень интенсивности деятельности, осуществляемой через Интернет).

В американских судах не выработано четких критериев, по которым могла бы осуществляться оценка интерактивности веб-сайта. Принципы разграничения пассивных и активных сайтов формулируются судом в каждом конкретном случае. По мнению суда штата Аризона, пассивные сайты могут только передавать информацию, активные Интернет-сайты целенаправленно ориентированы на определенный регион. Большое количество обращений пользователей конкретного штата к сайту является одним из оснований для установления специальной юрисдикции. В качестве минимальных контактов, необходимых для установления юрисдикции, признается и наличие электронных коммуникаций между сторонами.

Предложенная американской доктриной и судебной практикой модификация юрисдикционных правил в виде дифференциации сайтов на активные и пассивные учитывает универсальность доступа в Интернет. Высокая степень интенсивности контактов активного Интернет-сайта демонстрирует ориентированность деятельности ответчика на государство, суд которого может рассматривать дело.

Отношения в сети Интернет меняют представление о присутствии ответчика на территории страны суда или о связи правоотношения с данным судом. Определение компетенции суда посредством выявления «минимальных контактов», дополненное концепцией скользкой шкалы, представляет собой наиболее удачную тенденцию¹. Фактор физического нахождения или перемещения сторон не имеет значения в Интернет-отношениях. Необходимо расширять правила

¹ Горшкова Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет. Дис... канд. юрид. наук. М., 2005.

юрисдикции и за основу брать не закон ответчика, а фактическую связь спорного отношения с государством суда¹.

При рассмотрении споров, возникающих из правоотношений в Интернете, наряду с традиционными правилами определения международной подсудности (место нахождения имущества, мест причинения вреда, места нахождения лица) в качестве основного правила предлагается использовать принцип наиболее тесной связи отношения с правопорядком государства. Основным критерием наиболее тесной связи может быть «национальность последствий». На сегодняшний день развития правоотношений в Интернете, не имеющих территориальной локализации, разрешение юрисдикционного вопроса на основе механизма тесной связи является самым перспективным.

15.7. Общие начала процессуального положения иностранных лиц в гражданском судопроизводстве

В праве любого государства особо выделена группа лиц, которая обозначается обобщенным термином «иностранные лица». Под *иностранными лицами* понимаются все физические лица, не имеющие гражданства данного государства (иностранцы, граждане, апатриды); юридические лица, не имеющие «национальности» данного государства; иностранные государства и международные организации. Иностранцы в любой стране наделяются определенным правовым статусом. Совокупность прав и обязанностей иностранных лиц, закрепленная в национальном праве, представляет собой правовой режим иностранцев в данном государстве².

Правовой режим иностранных лиц устанавливается в национальном законодательстве государства пребывания, однако компетенция государства ограничена нормами международного права. В настоящее время общепризнанно, что гражданские правоотношения должны развиваться на основе принципа недискриминации иностранных лиц. Каждое государство имеет право требовать от других государств создания для его лиц условий, какими пользуются лица из других государств, т.е. общих и одинаковых для всех. Принцип недискриминации распространяется и на процессуальное положение иностранных лиц. Объем процессуальных прав иностранцев

¹ Леанович Е. Б. Проблемы правового регулирования Интернет-отношений с иностранным элементом // URL: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=385Itemid=51

² Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

из любого государства должен быть равен процессуальному статусу лица из любой другой страны.

На основе принципа недискриминации не допускается произвольное и одностороннее ограничение прав и свобод иностранных граждан, находящихся на территории данного государства. Многие государства включили в свои основные законы формулировку, что при определении общего правового статуса иностранных граждан им предоставляется национальный режим. Такая формулировка означает, что иностранные лица пользуются теми же правами и несут такие же обязанности, что собственные лица государства пребывания (ст. 62 Конституции РФ). Однако общие конституционные нормы о предоставлении иностранцам национального режима на практике блокируются многочисленными изъятиями, закрепленными в законах и подзаконных актах. Фактически в настоящее время правовой статус иностранцев основан на принципе режима наибольшего благоприятствования.

В праве большинства государств определение гражданско-правового и гражданско-процессуального положения иностранцев основано на принципе национального режима. Практически везде закреплено право иностранцев на судебную защиту и свободный доступ в суды: «Граждане и юридические лица иностранного государства, а также лица без гражданства пользуются в гражданском процессе на территории Грузии теми же правовыми гарантиями, что и граждане и юридические лица Грузии» (ст. 57 Закона о МЧП Грузии).

Одновременно в праве большинства государств существует институт *cautio iudicatum solvi* (судебный залог), т.е. возложение на истца-иностранца обязанности предоставить обеспечение судебных расходов, которые может понести ответчик в случае отказа истца от иска или проигрыша им процесса. Данное положение, как правило, не формулируется как абсолютная обязанность иностранного лица — речь идет о праве ответчика требовать предоставления обеспечения, которое может также ограничиваться имущественным положением иностранного лица, местом нахождения, пребывания, категорией спора. Такие нормы имеются в законодательстве большинства зарубежных государств.

Статья 16 ФГК и ст. 166, 167 ГПК Франции закрепляют обязанность истца-иностранца уплатить специальный залог, который обеспечивал бы возможные судебные расходы и возмещение убытков. Иностранец-истец освобождается от такого обязательства, если располагает на территории Франции недвижимым имуществом, стоимость которого достаточна для компенсации возможных издержек. Участие Франции в Конвенции по вопросам гражданского процесса (г. Гаага, 1 марта 1954 г.) привело к принятию Закона 1975 г., в соот-

ветствии с которым требование *judicatum solvi* применяется в исключительных случаях.

Статья 110 Устава гражданского судопроизводства ФРГ предусматривает, что обеспечение со стороны истца-иностранца предоставляется независимо от гражданства ответчика. Аналогичная норма закреплена в ст. 57 УГС Австрии, формулирующей требования к досудебному обеспечению. В законах некоторых государств обязанность предоставить обеспечение возлагается только на истцов-иностранцев, не проживающих в данном государстве или не имеющих в нем имущества (Италия, Швейцария). Например, ст. 348 ГПК Аргентины обязывает истца предоставить обеспечение, если он не имеет в Аргентине ни domicilio, ни недвижимости. В Бельгии и Нидерландах обязанность судебного залога возлагается и на иностранцев, проживающих в этих государствах, если они не имеют на территории данных стран земельных участков. В Англии залог вносится иностранцами, имеющими domicilio за границей.

В Законе о МЧП Македонии (ст. 95) предусмотрено: «Если иностранный гражданин или лицо без гражданства, которые не имеют местожительства в Республике Македонии, инициируют процесс в суде Македонии, они обязаны по требованию ответчика — гражданина Македонии, обеспечить возмещение судебных издержек. Ответчик должен заявить данное требование не позднее предварительного судебного заседания либо первого судебного заседания основного судебного разбирательства до перехода к рассмотрению дела по существу, либо как только ответчик узнает, что имеются основания для требования об обеспечении. Обеспечение оплаты судебных издержек осуществляется в денежной форме, но суд может дать согласие на обеспечение судебных издержек в другой форме».

Суд должен определить размер обеспечения и срок, в течение которого оно должно быть предоставлено. Суд должен также предупредить истца о последствиях, если не будет доказано, что обеспечение было предоставлено в определенный срок. Если истец в определенный срок не докажет, что он предоставил обеспечение судебных издержек, считается, что иск отозван. Ответчик, который своевременно заявил требование о предоставлении обеспечения, не обязан продолжать судебное разбирательство по существу, пока истец не предоставит обеспечения. Если суд отказывает в удовлетворении требования о предоставлении обеспечения судебных издержек, ответчик может принять решение о продолжении судебного процесса и до того, как решение об отказе вступит в силу (ст. 97).

Во всех государствах предусмотрена возможность освобождения иностранцев от внесения залога на основе принципа взаимности, закрепленного в международных соглашениях. ГПК ФРГ ука-

зывает на необходимость наличия «явной» договоренности между государствами о взаимном освобождении от бремени судебного залога. Закон о МЧП Словении предусматривает (ст. 91): «Ответчик не вправе обращаться с ходатайством о предоставлении обеспечения судебных издержек: 1. если в государстве, гражданином которого является истец, словенские граждане не обязаны предоставлять обеспечение; 2. если истец пользуется правом убежища в республике Словения; 3. если исковое требование связано с требованиями истца из его трудовых отношений в республике Словения; 4. если речь идет о брачном деле или споре об установлении или опровержении отцовства или материнства или спор о предоставлении содержания в силу закона; 5. если речь идет об иске по векселю или чеку, встречному иску или иску о выдаче судебного приказа».

«Право бедности» также предполагает освобождение от уплаты судебных расходов, если будет доказано тяжелое материальное положение истца-иностранца. В основном право бедности предоставляется на условиях взаимности. Законодательство некоторых государств допускает применение к иностранцам норм о праве бедности только при наличии международного договора. Иностранным юридическим лицам право бедности, как правило, не предоставляется.

Нормы об освобождении иностранцев от обеспечения судебных расходов содержатся в *Гаагской конвенции 1954 г.* (ст. 17): «От граждан одного из Договаривающихся государств, имеющих место жительства в одном из этих государств и выступающих в судах другого из этих государств в качестве истцов или третьих лиц, не может быть потребовано никакого залога или обеспечения в какой бы то ни было форме на основании того, что они являются иностранцами или не имеют постоянного или временного места жительства в данной стране».

Конвенция о международном доступе к правосудию (1980) утверждает отказ от требования какого-либо обеспечения или задатка применительно к иностранным лицам: «Никаких обеспечений и задатков любого вида не должно требоваться только на основании иностранного гражданства или того, что данные лица не имеют постоянного места жительства или не проживают в государстве, в котором возбуждается разбирательство от лиц (включая юридические), которые обычно проживают в Договаривающемся государстве и которые являются истцами или третьими лицами, участвующими в разбирательствах в судах или трибуналах другого Договаривающегося государства» (ст. 14).

Брюссельская конвенция об иммунитете государств (1972) вопрос о судебном залоге для иностранного государства решает самым кардинальным образом: никакой залог или взнос, которые не могут

быть истребованы в государстве, где происходит судебное разбирательство, от граждан этого государства или проживающих на его территории лиц, не могут быть предписаны любому договаривающемуся государству в качестве гарантии оплаты судебных издержек или расходов.

С одной стороны, в доктрине институт судебного залога неоднократно подвергался критике как ограничивающий право иностранцев на свободный доступ к правосудию. С другой стороны, сторонники залога считают, что этот институт не нарушает принцип равноправия иностранцев с гражданами страны суда и одновременно обеспечивает интересы ответчиков. Во многих международных соглашениях (Кодекс Бустаманте) этот институт отсутствует (ст. 383): «Не будет установлено никаких различий между гражданами и иностранцами в договаривающихся государствах в отношении судебного залога». Однако как показывает практика Аргентины (и других государств — участников этого договора), национальные законодатели идут на некоторые ограничения института судебного залога, но не на полную его отмену.

В российском законодательстве отсутствует институт *cautio iudicatum solvi*, — истцы-иностранцы освобождены от бремени судебного залога в российских судах независимо от взаимности. В договорах о правовой помощи, заключенных Российской Федерацией с другими государствами, предусмотрено положение о взаимном освобождении граждан договаривающихся государств от обязанности обеспечения в судах этих государств (договоры с Чехией, Польшей, Венгрией, Ираком, Испанией, Австрией, Италией).

В Соглашении между Россией и Францией о торговых взаимоотношениях правило о взаимном освобождении от обязанности залога касается только коммерческих сделок. Однако практика французских судов расширительно толкует положения ст. 16 ГПК Франции, предусматривающей освобождение от обеспечения в силу предписаний международного договора, и считает достаточным соблюдение простой взаимности. Во Франции все российские истцы должны быть освобождены от обязанности залога, поскольку в России автоматически всегда обеспечена взаимность — в российском праве отсутствует этот институт.

15.8. Гражданская процессуальная право- и дееспособность иностранных лиц

Гражданская процессуальная право- и дееспособность иностранных физических и юридических лиц в основном определяется на основе коллизионного принципа личного закона. Коллизионное регулиро-

вание процессуального положения иностранцев объясняется тем, что процессуальные категории право- и дееспособности тесно связаны с материальной гражданской право- и дееспособностью.

Во Франции способность иностранного лица быть стороной в процессе является вопросом юрисдикции французского суда. Если французский суд принимает иск к рассмотрению, вопрос процессуальной право- и дееспособности разрешается на основе личного закона иностранного лица: закона гражданства для физических лиц и принципа оседлости — для юридических. Во французском праве закреплена возможность применения иностранных ограничений право- и дееспособности субъектов МПГ, закрепленных в их личном законе: ограничения процессуальной право- и дееспособности замужней иностранки или иностранные ограничения дееспособности по возрасту.

В ФРГ процессуальная право- и дееспособность иностранцев определяется на основе личного закона, но с учетом закона суда. При определении гражданско-процессуальной дееспособности применяются коллизионные нормы немецкого права (закон суда), что предопределяет решение данного вопроса на основе закона гражданства физического лица и принципа оседлости юридического лица. Иностранное лицо, чья гражданско-процессуальная дееспособность ограничена по его национальному закону, считается дееспособным, если это вытекает из закона суда.

Концепция, лежащая в основе ГПК ФРГ, *mutatis mutandis* (с учетом различий) получила широкое распространение во многих государствах мира. Гражданско-процессуальная право- и дееспособность иностранных физических лиц определяется посредством коллизионных привязок либо к закону гражданства, либо к закону домицилия, либо к закону места совершения сделки. Признается необходимость изъятий в пользу применения закона суда и возможность применения оговорки о публичном порядке. Гражданско-процессуальная право- и дееспособность иностранных юридических лиц определяется законом их инкорпорации, места оседлости или основной деятельности. Иностранные организации, по своему личному закону не являющиеся юридическими лицами, имеют право выступать в гражданском процессе.

Например, в Законе о МЧП Словении предусмотрено (ст. 87): «Для процессуальной правоспособности и процессуальной дееспособности физического лица применяется право государства его гражданства. Если иностранный гражданин процессуально недееспособен по праву государства его гражданства, но является дееспособным по праву Республики Словения, то он вправе сам совершать процессуальные действия. Для процессуальной правоспособности иностранного юридического лица применяется право государства, которому

принадлежит юридическое лицо. Принадлежность юридического лица определяется согласно праву государства, в соответствии с которым оно было создано, или в котором имеет свое фактическое местонахождение».

Привязка к личному закону воспринята не во всех государствах. Отдельные страны предусматривают применение закона суда: «Процессуальная правоспособность и дееспособность иностранных лиц в Украине определяются в соответствии с правом Украины» (ст. 74.1 Закона о МЧП Украины).

В государствах системы общего права господствует процессуальная доктрина участия иностранцев в гражданском судопроизводстве. В Великобритании возможность привлечения иностранца ответчиком по гражданскому делу определяется юрисдикцией английского суда, которая зависит от возможности вручить ответчику-иностранцу повестку в суд во время его пребывания на территории Англии¹. Способность иностранных лиц на предъявление иска основана на принципе национального режима и предполагает применение коллизионных норм (личного закона) иностранного лица. Личный закон определяется как закон domicilia физического лица и как принцип инкорпорации юридического лица. Английское процессуальное право допускает к участию в процессе иностранную фирму при условии, что она добросовестно зарегистрирована по правилам своей страны.

В США право- и дееспособность иностранных лиц в процессе определяется на основе личного закона (гражданства или domicilia — в зависимости от законодательства конкретного штата). Компетенция американских судов по вопросу приема иска от иностранцев расширена: в приеме заявления можно отказать на основе нормы о «неудобном суде» (*forum non conveniens*). Эта норма обосновывает право судьи отказать в принятии иска по причине недостаточной компетентности или «территориальной удаленности» соответствующего суда. Судье достаточно указать, что для данного спора его суд может оказаться «несправедливым» в связи с отсутствием тесной связи со спорным правоотношением.

Процессуальное положение иностранных лиц на территории РФ основано на нормах Конституции РФ: ст. 19 о равенстве всех перед законом и судом, ст. 46 о гарантиях судебной защиты гражданских прав и свобод, ст. 62 о национальном режиме для иностранцев в области гражданских прав и свобод. Иностранцам в области гражданского процесса предоставлен безусловный национальный режим.

¹ Лунц Л. А. Курс международного частного права: В 3 т. М., 2002.

Иностранные лица имеют право обращаться в суды и арбитражные суды РФ для защиты своих законных прав, свобод и интересов. Они пользуются процессуальными правами и выполняют процессуальные обязанности наравне с российскими лицами (ст. 398 ГПК РФ, ст. 254 АПК РФ). В арбитражном процессе иностранным лицам могут предоставляться льготы, предусмотренные международными договорами РФ (ст. 254 АПК РФ).

Изъятия из принципа национального режима могут быть установлены только в порядке реторсий (ответных ограничений), вводимых Правительством РФ по отношению к лицам тех государств, в судах которых ограничиваются процессуальные права российских лиц (ст. 398 ГПК РФ; ст. 254 АПК РФ). Возможность применения ответных ограничений — исключительная мера, которая не означает, что иностранные лица пользуются в России процессуальными правами при условии взаимности. При рассмотрении конкретного дела суды не должны требовать от участника процесса — иностранца — подтверждения того, что в его государстве российские лица пользуются процессуальными правами.

Положение иностранных частных лиц в российском гражданском процессе определяется по их личному закону (ст. 399, 400 ГПК РФ). Гражданская процессуальная право- и дееспособность физических лиц определяется на основе закона гражданства (генеральная коллизионная привязка), места жительства и российского права (субсидиарные коллизионные привязки). Определение личного закона физических лиц по ст. 399 ГПК РФ совпадает с определением по ст. 1195 ГК РФ. Физическое лицо, не обладающее процессуальной дееспособностью по своему личному закону, в России может быть признано процессуально дееспособным, если это соответствует российскому законодательству (ст. 399 ГПК РФ).

Процессуальная правоспособность иностранной организации определяется по ее личному закону, которым считается право страны, где эта организация учреждена (ст. 400 ГПК РФ). Принцип инкорпорации (единственный критерий, закрепленный в ст. 1202 ГК РФ), получил подтверждение в ГПК РФ. Иностранная организация, не обладающая процессуальной правоспособностью по своему личному закону, может быть признана процессуально дееспособной на территории РФ, если это соответствует российскому праву.

Важная новелла отечественного процессуального законодательства — норма о процессуальной правоспособности международной организации, которая устанавливается на основе международного договора о создании этой организации, ее учредительных документов или соглашения с компетентным органом РФ (ст. 400 ГПК РФ).

Возникает вопрос: как определить процессуальную право- и дееспособность иностранных участников арбитражного разбирательства — по их личному закону (по аналогии ст. 400 ГПК РФ) или по российскому праву, т.е. применяя общую норму ст. 43 АПК РФ. СПС КонсультантПлюс в примечании к п. 2 ст. 254 указывает, что юридический статус иностранных лиц определяется на основании личного закона (ст. 1195 и 1202 ГК РФ). Однако представляется, что в арбитражном процессе правовой статус его участников должен определяться по российскому праву (ст. 43 АПК РФ), так как государственные арбитражные (хозяйственные) суды, действующие на основе специального процессуального кодекса, встречаются только в государствах — членах СНГ (в Беларуси и Украине это хозяйственные суды, действующие на основе Хозяйственного процессуального кодекса (ХПК)).

В подавляющем большинстве других государств имеются аналогичные правоприменительные органы (торговые суды во Франции, ФРГ, Швейцарии), но это только похожие, а не идентичные нашему государственному арбитражу органы. В частности, во всех государствах процесс и в судах общей юрисдикции, и в торговых судах ведется на основе единых правил судопроизводства — ГПК (при этом в большинстве развитых стран присутствует дуализм гражданского права — наличие отдельных кодификаций гражданского и торгового права). При этом ни в одной стране мира термин «арбитраж» не употребляется применительно к государственному правосудию.

Международно-правовое регулирование процессуального положения иностранцев закреплено в двусторонних договорах о правовой помощи, о торговле и мореплавании: предоставление гражданам обеих сторон права на судебную защиту и беспрепятственный доступ в суды договаривающихся государств. Определение гражданской и гражданской процессуальной дееспособности иностранных частных лиц производится по личному закону, а дееспособности юридических лиц — по закону их места нахождения, т.е. на основе критерия оседлости. Возможно применение закона суда на основе принципа взаимности (договоры России с КНР, Францией, Данией).

Конвенция СНГ 1993 г. расширяет пределы правовой защиты по сравнению с двусторонними договорами. Национальный режим в области доступа к правосудию предоставляется не только гражданам договаривающихся государств, но и всем иным лицам, постоянно проживающим на их территории. Это положение относится и к юридическим лицам, созданным по законодательству договаривающихся государств. Граждане этих государств и иные лица, проживающие на их территории, освобождаются от уплаты и возмещения судебных и нотариальных издержек и пошлин на тех же условиях, что и собственные граждане.

В консульских конвенциях, заключенных Российской Федерацией с государствами, в законодательстве которых закреплён институт обязательного адвокатского представительства, установлено правило, что консульское представительство не затрагивает этот институт. Если законодательство государства пребывания требует, чтобы сторона была представлена адвокатом, это требование соблюдается в случае консульского представительства (консульские конвенции с Австрией, Японией, США). Практикуется передача консулом представительских полномочий адвокату без специальных на то полномочий.

15.9. Правовое положение иностранного государства в международном гражданском процессе

Процессуальное положение государства как участника гражданского процесса основано на его суверенитете. Суверенитет государства предопределил появление теории государственного иммунитета. Виды иммунитетов государства: иммунитет от иностранной юрисдикции; иммунитет от предварительного обеспечения иска и принудительного исполнения иностранного судебного решения; иммунитет от применения иностранного права; иммунитет собственности государства и доктрина акта государства. Юрисдикционный иммунитет (процессуальный или судебный иммунитет в широком смысле слова) включает следующие виды иммунитета, которые тесно связаны между собой:

- судебный иммунитет в узком смысле слова, т.е. неподсудность одного государства судам другого. Никакое государство без его согласия не может быть привлечено к суду другого государства. Иски к иностранному государству не могут рассматриваться без его согласия в судах другого государства;
- иммунитет от предварительного обеспечения иска. В порядке обеспечения иска имущество одного государства не может быть подвергнуто никаким принудительным мерам, применяемым в порядке обеспечения иска (аресту, секвестру);
- иммунитет от мер по принудительному исполнению решения. Недопустимо обращение мер принудительного исполнения судебного решения без согласия государства. Такими мерами могут являться наложение ареста на имущество государства либо понуждение государства к совершению определенных действий (воздержанию от их совершения).

Старейшая доктрина государственного иммунитета — теория абсолютного иммунитета. Она была широко распространена в XIX —

начале XX вв. Государство в силу своего суверенитета пользуется абсолютным иммунитетом в отношении всех своих действий независимо от их характера, оно не может быть ответчиком в судах другого государства без своего согласия. Теория абсолютного иммунитета, предоставлявшая государству право на иммунитет во всех случаях, начала подвергаться критике уже в конце XIX в.

В соответствии с теорией функционального (ограниченного) иммунитета государство пользуется иммунитетом только тогда, когда оно осуществляет суверенные функции. Следует различать действия государства, совершенные им в порядке осуществления государственной, публичной власти (*jure imperii*), и действия *jure gestionis*, когда государство выступает в качестве частного лица и иммунитетом не пользуется. Эта доктрина получила название «итало-бельгийской», так как бельгийские и итальянские суды с середины XIX в. стали применять правила, основанные на теории ограниченного иммунитета.

В начале XX в. на позиции концепции функционального иммунитета встали суды Швейцарии, а чуть позже — суды Франции, Греции, Египта. Окончательное утверждение этой теории в судебной практике и доктрине произошло после Второй мировой войны. Верховный суд Австрии 10 мая 1950 г. принял решение по делу *Dralle v. Republic of Czechoslovakia*, в котором процитировал решение бельгийского суда 1904 г.: «Иммунитет государств от юрисдикции иностранных судов может быть признан только тогда, когда этим затронут их суверенитет; это происходит только в том случае, когда действия относятся к политической жизни. Когда... государство... приобретает и владеет собственностью, заключает договоры, является кредитором и должником и даже занято в коммерции, оно не осуществляет исполнительную власть, а делает то, что могут делать частные лица»¹.

В решении по делу *Claim against the Empire of Iran* (1963) Федеральный Конституционный Суд ФРГ проанализировал практику большого числа государств и нашел, что иммунитет иностранным государствам предоставляется только в отношении суверенных действий. Суд признал, что нельзя утверждать, якобы предоставление неограниченного иммунитета рассматривается как обычай, которому следует большинство государств.

Суды стран общего права (США и Великобритании) долго придерживались концепции абсолютного иммунитета (США — до 1950-х гг., Великобритания — до 1970-х гг.). В 1976 г. в США был принят Закон

¹ Лебедева М. Е. Иммунитет иностранного государства от обеспечительных мер в международном частном праве (международные соглашения и иностранное право) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

об иммунитетах иностранного суверена, окончательно закрепивший теорию ограниченного иммунитета. В 1988 и 1996 гг. в Закон внесены дополнения.

Иностранное государство пользуется иммунитетом от юрисдикции судов США и судов штатов. Иностранное государство не пользуется иммунитетом, если оно явным или подразумеваемым образом отказалось от своего иммунитета. Иностранное государство не может ссылаться на иммунитет, если иск основан на его коммерческой деятельности, осуществляемой в США, или на действия, совершенном в США в связи с его коммерческой деятельностью, или на действия, совершенном вне территории США в связи с его коммерческой деятельностью где-либо, если это действие имеет прямой эффект в США. Это центральное и самое важное исключение из принципа юрисдикционного иммунитета, предусмотренного Законом США.

Закон Великобритании о государственном иммунитете был принят в 1978 г. Иностранное государство пользуется иммунитетом от юрисдикции судов Соединенного Королевства (ст. 1(1)). Иностранное государство не пользуется иммунитетом в судебном разбирательстве, если оно само отказалось от иммунитета, возбуждает судебное разбирательство или вступает в уже начатое разбирательство. Иностранное государство не пользуется иммунитетом в отношении встречного иска. В Законе перечисляются ситуации, при которых иностранному государству не будет предоставлен юрисдикционный иммунитет в судах Великобритании:

- коммерческая сделка или обязательство иностранного государства;
- трудовой договор, заключенный с физическим лицом;
- действие (бездействие) иностранного государства, повлекшее смерть, причинение вреда или утрату имущества;
- интересы государства в отношении недвижимости, в отношении движимой или недвижимой собственности, приобретенной в порядке наследования, дарения;
- права государства на различные формы интеллектуальной собственности;
- участие государства в корпоративной или некоммерческой организации, арбитражное разбирательство;
- иски *in rem* и *in personam* по морским делам;
- некоторые налоговые вопросы.

В настоящее время наблюдается тенденция включать положения о функциональном иммунитете иностранного государства в законодательство по МЧП — Кодекс МЧП Турции устанавливает: «Юрисдикционные иммунитеты не предоставляются иностранному

государству по правовым спорам, возникающим из частноправовых отношений. В таких спорах процесс может проводиться в отношении дипломатических представителей иностранного государства» (ст. 49 «Ограничения юрисдикционного иммунитета иностранных государств»).

На международном уровне принцип ограниченного иммунитета закреплен в *Европейской конвенции об иммунитете государств (1972)* и *Дополнительном протоколе к ней, в Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (2004)*. Конвенция ООН 2004 г. одобрила формулу — общим правилом является принцип: государство пользуется иммунитетом от юрисдикции судов другого государства в отношении себя и своей собственности (ст. 5). К общему правилу установлены исключения — ситуации, при возникновении которых иммунитет государству не предоставляется, несмотря на отсутствие его согласия (ст. 10—17). Конвенция ООН содержит нормы, посвященные вопросам иммунитета государств от принудительных мер в связи с судебным разбирательством и исполнением решения.

Во всех национальных законах об иммунитете предусмотрено право иностранного государства ссылаться на свой иммунитет: Закон США — государство должно сделать заявление об иммунитете в суде. Государственный департамент США может участвовать в процессе от имени американского правительства, если, по его мнению, суд неправильно толкует закон. Вопрос о признании иммунитета иностранного государства решается судом.

Согласно английскому Акту заявление об иммунитете может быть сделано в суде непосредственно официальным представителем иностранного государства. Суд вправе обратиться в Министерство иностранных дел Великобритании, и сведения, полученные от него, для суда обязательны. Судебная практика континентальных стран (Швейцария, ФРГ, Франция) устанавливает, что заявление об иммунитете делается иностранным государством в суде по правилам местного гражданско-процессуального законодательства.

Все национальные законы об иммунитетах не имеют обратной силы. Это подтверждено судебной практикой США. В 1986 г. американские держатели облигаций, выпущенных правительством Китая в 1911 г., предъявили в американском суде иск к Правительству КНР. Американский суд пришел к выводу, что выпуск облигаций государственного займа следует квалифицировать как коммерческую деятельность, однако иммунитет китайского государства должен быть признан, поскольку Закон США 1976 г. не имеет обратной силы. На решение по данному делу сослался другой суд США при рассмотрении в 1988 г. иска американских держателей царских займов

к правительству СССР. В иске было отказано со ссылкой на то, что Закон 1976 г. не имеет обратной силы¹.

В 1982 г. в районном федеральном суде г. Нью-Йорка рассматривались групповые иски от имени американских держателей облигаций и сертификатов по займам Правительства Российской империи 1916 г. на сумму около 625 млн. долл. СССР проигнорировал вызов в суд в качестве ответчика. Суд г. Нью-Йорка вынес два заочных решения, на основании которых СССР был обязан уплатить держателям облигаций 192,1 млн. долл.

В 1986 г. судебные решения были направлены в МИД СССР для исполнения с предупреждением о возможности наложения ареста на имущество Советского государства. В ответной ноте МИД СССР отказался принять судебные решения к исполнению и подтвердил свою позицию абсолютного иммунитета. В ноте подчеркивалось, что любая попытка принудительного исполнения решений может иметь самые серьезные последствия для отношений СССР и США.

После обсуждения с представителями Госдепартамента США было принято решение о найме американского адвоката, который направил в суд г. Нью-Йорка ходатайство об аннулировании заочных решений и об отказе в иске. Вступление СССР в процесс через адвоката было произведено в порядке специального обращения, предусматривающего согласие на юрисдикцию суда для конкретной цели (защиты юрисдикционного иммунитета СССР и опротестования подсудности дела американскому суду).

Вступление СССР в процесс в порядке «специального обращения» было поддержано Министерством юстиции США и Госдепартаментом США, представившими в суд заявление «Об интересе США в благоприятном для СССР направлении дела». Представление этого документа основано на законодательстве США, которое уполномочивает Генерального атторнея (министра юстиции) США участвовать в любом судебном процессе, затрагивающем интересы американского государства.

Суд решением от 4 августа 1987 г. отменил свои заочные решения как ничтожные в связи с отсутствием юрисдикции. Суд признал, что выпуск займов является «коммерческой деятельностью» в силу Закона 1976 г. Однако обратной силы этот Закон не имеет и применяется только к отношениям, возникшим после его принятия. Поданная истцами апелляционная жалоба была отклонена Апелляционным судом США. Верховный суд США также отказал истцам в их ходатайстве, и решение от 4 августа 1987 г. осталось в силе².

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

² Белов А. П. Исполнение иностранных решений по гражданским и торговым делам // Право и экономика. 2002. № 3.

Однако очень часто государство, соглашаясь на подсудность суду другого государства, не соглашается на предварительное обеспечение иска в отношении своего имущества или применение к нему принудительных мер. Иммунитет от предварительного обеспечения иска и иммунитет от исполнения решения расцениваются как «последний оплот» государственного иммунитета. Применение обеспечительных и принудительных мер в отношении иностранной государственной собственности всегда расценивалось как наиболее серьезное посягательство на суверенитет. Ввиду этого суды предпочитают предоставлять иностранным государствам иммунитет от таких мер, который признается даже тогда, когда иностранному государству отказывается в предоставлении абсолютного судебного иммунитета.

Одновременно в современных условиях международные документы, законодательство и судебная практика большинства государств основаны на принципе ограниченного иммунитета иностранного государства от обеспечительных и принудительных мер (исключение — Европейская конвенция 1972 г., предусматривающая абсолютный иммунитет от исполнения). Применение обеспечительных и принудительных мер допускается в отношении собственности иностранного государства, используемой в коммерческих целях.

По общему правилу, для исполнения судебных решений не требуется наличия связи между материальным объектом иска и собственностью, на которую обращается взыскание. Только Закон США 1976 г. устанавливает наличие такой связи как обязательное условие исполнения решения, вынесенного против иностранного государства. Однако в отношении определенных видов имущества (дипломатическая собственность, военная собственность, культурные ценности) продолжает существовать абсолютный иммунитет от обеспечительных мер.

В отечественной доктрине высказывается мнение, что в Российской Федерации наблюдается постепенный переход на позиции теории функционального иммунитета от обеспечительных мер¹. АПК РФ закрепляет, что иностранное государство, *выступающее в качестве носителя власти*, обладает судебным иммунитетом по отношению к предъявленному к нему иску в российском арбитражном суде, привлечению его к участию в деле в качестве третьего лица, наложению ареста на его имущество, находящееся на территории РФ, и принятию по отношению к нему судом мер по обеспечению иска. Обращение взыскания на это имущество в порядке принудительного исполнения судебного акта арбитражного суда допу-

¹ Лебедева М. Е. Иммунитет иностранного государства от обеспечительных мер в международном частном праве (международные соглашения и иностранное право) : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006.

скается только с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено международным договором или федеральным законом (ст. 251).

Положения ст. 401 ГПК РФ признают абсолютный юрисдикционный иммунитет иностранного государства на территории РФ и устанавливают возможность привлечь любое иностранное государство к ответственности в судебных органах РФ только при наличии явно выраженного согласия этого государства. Российское гражданское процессуальное право основано на концепции «договорного» отказа от иммунитета.

Устанавливая подобные положения, российский законодатель рассчитывал, что другие государства, даже придерживаясь концепции функционального иммунитета, на условиях взаимности будут проводить такую же политику в отношении России. Подобный расчет полностью противоречит современной практике, о чем свидетельствуют иски, предъявленные в судах Франции и Швейцарии в связи с коммерческой деятельностью Российского государства, и принятие принудительных мер по отношению к собственности России в связи с предварительным обеспечением иска.

Эти прецеденты имели место до вступления в силу гражданско-процессуального законодательства РФ, и следовало бы сделать вывод, что государства соблюдают свои собственные законы, а не законы других стран. Если государство придерживается концепции функционального иммунитета, то нельзя ожидать, что оно будет нарушать положения своего собственного права и предоставлять абсолютный иммунитет государству, в законодательстве которого закреплена эта теория.

В 1986 г. при рассмотрении в американском суде иска к КНР в связи с обязательствами китайского правительства по займу 1911 г. Китай сделал заявление, что доктрина функционального иммунитета не может применяться за границей к коммерческой деятельности государств, которые не признают эту доктрину, а придерживаются концепции абсолютного иммунитета. Это заявление не было принято во внимание американским судом, поскольку при разбирательстве дела он применял свое собственное право — Закон 1976 г., основанный на теории функционального иммунитета.

Кстати, в Законе о МЧП Китая 2011 г. отсутствуют положения об абсолютном иммунитете государства.

Подобная практика недвусмысленно демонстрирует, что положения ст. 401 ГПК РФ являются устаревшими, не отражают реалий современной действительности и могут только причинить ущерб интересам России. Указанная норма процессуального законодательства противоречит положениям ст. 124 и 1204 ГК РФ: государство

участвует в гражданско-правовых отношениях на равных началах со своими частными партнерами.

Доктрина абсолютного иммунитета, которой придерживается российское законодательство, не позволяет закрепить в процессуальных законах правила о заявлении об иммунитете от имени государства. Предполагается, что подобной проблемы просто не может возникнуть. Такое предположение не соответствует реальной действительности. На практике России приходилось делать такие заявления в иностранных судах: в деле по искам И. Щукиной и И. Коновалова заявление об иммунитете было сделано как путем направления ноты посольства России во Франции в МИД Франции, так и непосредственно во время судебного заседания по правилам французского гражданского судопроизводства¹.

Доктрина абсолютного иммунитета закреплена в праве некоторых других стран (Украина). Однако украинский законодатель предоставляет иммунитет иностранному государству только на условиях взаимности: «Когда... Украине, ее имуществу или представителям в иностранном государстве не обеспечивается такой же судебный иммунитет, который... обеспечивается иностранным государствам, их имуществу и представителям в Украине, Кабинетом министров Украины могут быть приняты к этому государству, его имуществу соответствующие меры» (ст. 79.4 Закона о МЧП).

15.10. Принцип контролируемой множественности процессов

Принцип контролируемой множественности процессов (*lis alibi pendens*) представляет собой общий принцип права, который применяется в ситуации конкурирующей юрисдикции, — производство по тому же делу между теми же сторонами возбуждено в судах двух и более государств. Возникает проблема, — если допустима подача иска в суды нескольких государств (альтернативная подсудность), то должен ли один из судов (и какой именно) оставить иск без рассмотрения либо прекратить производство по делу на том основании, что в суде другого государства уже начато рассмотрение данного дела.

В условиях наличия нескольких производств по одному и тому же спору между теми же сторонами, ведущихся в различных государствах, большое значение приобретает их координация. Принцип контролируемой множественности процессов предупреждает вынесение параллельных судебных решений и позволяет избежать конфликта

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

юрисдикций. Гармоничное осуществление правосудия предполагает сведение к минимуму конкурирующих производств и избежание того, чтобы в государствах выносились несовместимые решения.

Судебная практика ФРГ придерживается правила, что заявление ответчика о наличии процесса в другом государстве должно быть принято во внимание немецким судом, если решение соответствующего иностранного суда может быть признано и принудительно исполнено на территории Германии. Французская судебная практика, как правило, не принимает во внимание заявление ответчика о рассмотрении данного дела в суде иностранного государства. Французский суд отвергает данное возражение ответчика и продолжает производство по делу, но только если иное не вытекает из международных соглашений.

В Чехии суд должен отказать в приеме искового заявления, если тот же самый спор уже является предметом рассмотрения в иностранном суде (§ 8.1 проекта Закона о МЧП). Швейцарский суд приостанавливает производство, если ранее производство по тому же делу с участием тех же сторон открылось за границей, причем можно предположить, что иностранный компетентный орган в разумный срок вынесет решение, которое может быть признано в Швейцарии (ст. 9 Закона о МЧП).

Однако в праве континентальных стран встречается и другое решение — Закон о МЧП Румынии предусматривает: «Румынские органы не утрачивают компетенцию... из-за того обстоятельства, что это же дело или дело, с ним связанное, рассматривалось иностранным судебным органом» (ст. 156). Аналогичной позиции придерживается польская доктрина права: наличие производства по делу в иностранном суде не является препятствием для разбирательства того же дела местным судом, даже если иностранное судебное решение подлежит признанию и принудительному исполнению в Польше. Прекращение производства по делу в польском суде противоречит интересам истца и не обусловлено предписаниями международного права. Данная позиция закреплена в ГПК Польши.

Англо-американское право предусматривает возможность прекращения производства по делу в местном суде (на том основании, что дело рассматривается иностранным судом), если суд сочтет, что в данных обстоятельствах возбуждение параллельного процесса в местном суде «несправедливо» по отношению к ответчику. Однако суды стран общего права в определенных случаях, не находя оснований для прекращения производства (особенно по искам *in personam*), выносят определения, обязывающие прекратить параллельное производство в иностранном суде. На ответчика возлагается ответствен-

ность за «неуважение к суду» в случае невыполнения этого определения.

Процессуальные последствия рассмотрения иностранным судом дела по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям предусмотрены в ст. 252 АПК РФ и ст. 406 ГПК РФ. Суды по гражданским делам отказывают в приеме искового заявления или прекращают производство по делу, если по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям имеется решение суда того государства, с которым у России действует международное соглашение о взаимном признании и исполнении судебных решений. Российские суды возвращают исковое заявление или оставляют его без рассмотрения, если в иностранном суде, решение которого подлежит признанию или исполнению на территории РФ, ранее уже возбуждено производство по данному делу.

Арбитражные суды оставляют иск без рассмотрения, если дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям находится в производстве иностранного суда и не относится к исключительной компетенции арбитражных судов РФ. Арбитражный суд прекращает производство по делу, если по данному спору уже есть вступившее в законную силу решение иностранного суда. Условия прекращения производства — дело не относится к исключительной компетенции арбитражных судов РФ, и нет оснований для отказа в признании и исполнении иностранного судебного или арбитражного решения в соответствии со ст. 244 АПК РФ.

Регламент Брюссель I также включает в себя положения, направленные на сокращение числа противоречивых судебных решений путем предотвращения ситуаций, когда суды двух или более государств могут принять к рассмотрению дело по одному и тому же вопросу. В случае, если начаты параллельные производства при участии одних и тех же сторон в более чем одном государстве (*lis pendens*), каждый суд, кроме первым принявшего спор к рассмотрению, должен приостановить производство по делу или отказать в рассмотрении иска. В случае, если в различных государствах одновременно ведутся производства по связанным спорам, суд, иной, нежели суд, первым принявший дело к рассмотрению, может по своему усмотрению приостановить производство по делу или отказать в рассмотрении иска.

Договоры о правовой помощи России с Польшей, Ираком предусматривают, что российский суд должен оставить иск без рассмотрения, если в производстве польского (иракского) суда уже начато производство по данному делу. Общее правило, закрепленное в международных соглашениях: в случае возбуждения одинакового дела в судах двух государств, компетентных в соответствии с договором,

производство прекращает тот суд, в котором дело возбуждено позднее. Если впоследствии выяснится некомпетентность суда данного государства, то суд другого государства, прекративший производство по делу, может возбудить его снова.

Одной из проблем, связанных с международной подсудностью, является проблема «неизменности юрисдикции» (*perpetuatio iurisdictionis*). Один из общих принципов права — правило о «неизменности суда» (*perpetuatio fori*): дело, принятое к производству с соблюдением правил подсудности, должно быть разрешено по существу, даже если в дальнейшем данное дело станет подсудно другому суду. Применение данного правила к разрешению вопросов международной подсудности позволяет говорить, что принципу *perpetuatio fori* соответствует принцип *perpetuatio iurisdictionis*.

Например, если ответчик в момент начала процесса проживал в России, а во время производства по делу переехал на постоянное место жительства в ФРГ, то нет оснований для прекращения рассмотрения дела в российском суде. То же самое должно иметь место и в случае, если иск предъявлен по месту нахождения имущества: перемещение имущества из страны суда в другое государство не может повлечь за собой изменение подсудности. Суд, начавший производство по делу, должен разрешить его по существу, несмотря на изменение фактических обстоятельств в ходе процесса. Исключением следует считать случай, если лицо в процессе рассмотрения дела получает судебный иммунитет.

В ГПК Польши указывается: «Подсудность польским судам, существующая в момент возбуждения дела, остается неизменной, даже если она утратила свои основания в ходе производства по делу». Единственное исключение — лицо во время процесса получило судебный иммунитет.

Российское законодательство строго придерживается принципа *perpetuatio fori* (ч. 4 ст. 247 АПК, ст. 405 ГПК): дело, принятое к производству с соблюдением правил подсудности, должно быть рассмотрено по существу, даже если в ходе процесса в связи с изменением гражданства, места жительства (нахождения) участвующих в деле лиц или в связи с иными обстоятельствами данное дело станет подсудно суду другого государства.

Определение международной подсудности затрагивает проблему предъявления встречного иска. По этому вопросу и доктрина, и практика подавляющего большинства государств придерживаются одинаковой позиции: встречный иск, независимо от его внутренней подсудности, должен предъявляться по месту рассмотрения первоначального иска (ст. 31 ГПК РФ; ст. 38 АПК РФ).

15.11. Доказательства в международном гражданском процессе

Основная проблема судебных доказательств в аспекте МГП заключается в различной оценке в законах разных государств одних и тех же институтов доказательственного права (как институтов материального или процессуального права). Эта проблема уже давно обращает на себя внимание доктрины права: «Граница между материальным и процессуальным правом, как известно, далеко не бесспорна. Никакой учебник частного международного права не излагает, например, учения о способах доказывания. А между тем несомненно, что [это учение] может быть относимо к области именно материального права. В то же время есть судебные решения, которые относят доказывание к форме актов и потому подчиняют его принципу *locus regit actum*. Затем очень часты случаи, когда контрroversы, имеющие внешнее обличие процессуального права, переносятся в категорию норм материальных и обсуждаются как таковые»¹.

В связи с этим практически всегда возникает необходимость самостоятельной квалификации каждого института доказательственного права. Общая проблема МГП — имеет ли суд право применять иностранное доказательственное право, если существо отношения или форма сделки подчинены иностранному закону. Закон о МЧП Венесуэлы устанавливает (ст. 38): «Средства доказывания, их действительность и распределение бремени доказывания определяются правом, которое регулирует соответствующее правоотношение, без ущерба для того, чтобы процессуальное обращение к ним согласовывалось с правом суда или должностного лица, перед которым оно производится». В бразильских судах не принимаются доказательства, которых «бразильский закон не знает».

В доктрине вопрос о юридической природе доказательств по делам, связанным с иностранным правопорядком, рассматривается исходя из того, что в процессуальных вопросах суд применяет свое собственное право. Проблема сводится к оценке того или иного доказательства как материальной или процессуальной категории. Эта позиция отражена в Кодексе Бустаманте, содержащем специальную главу «Общие правила о доказательствах» (ст. 398—410):

1. Закон, которому подчинено правоотношение, являющееся предметом иска, определяет, на ком лежит бремя доказывания.

2. Закон места происхождения действий или факта, которые нужно доказать, определяет, какие способы доказывания могут быть употреблены.

¹ Пилленко А. А. Очерки по систематике частного международного права. СПб., 1911.

3. Закон, действующий в месте, где доказательство предъявляется, определяет формы, с соблюдением которых должно быть представлено доказательство.

4. Доказательство оценивается по закону суда.

5. Исполнительная сила акта подчинена местному праву.

6. Право быть свидетелем и отвод свидетелей определяются законом, которому подчинены правоотношения, являющиеся предметом иска.

7. Форма присяги должна соответствовать закону суда, перед которым присяга приносится, а действительность — закону, относящемуся к факту, по поводу которого присяга приносится.

8. Презумпции, вытекающие из какого-либо факта, подчинены закону места, где совершился данный факт.

9. Косвенное доказательство подчинено закону суда.

Англо-американское право предписывает применение только своего собственного доказательственного права, несмотря на наличие в деле связи с иностранным правопорядком. Современная тенденция в судах общего права — при решении вопроса о распределении бремени доказывания возможно применение иностранного закона, которому подчинено существо отношения. Например, при разрешении в споре из деликта вопроса о бремени доказывания вины потерпевшего применяется не закон суда, а закон места совершения правонарушения.

По вопросам допустимости доказательств в англо-американском праве иностранное право не применяется. Если какой-либо факт доказывается письменным документом, составленным надлежащим образом, то свидетельские показания относительно того же факта не учитываются. Толкование документа отличается от доказывания фактов при помощи документов. При разрешении проблемы допустимости письменных документов используется закон суда, но при толковании документов возможно применение иностранного права, регулирующего существо отношения (статут сделки).

Законодательство и судебная практика стран общего права демонстрируют тенденцию к применению иностранного доказательственного права и установлению процессуальных коллизионных норм, определяющих применимое к доказательствам право: «Доказательство регулируется правом, применимым к существу спора, с учетом любых норм страны суда, рассматривающего спор, являющихся более благоприятными для установления доказательства» (ст. 3130 ГК Квебека).

В континентальном праве действует общее правило, что процессуальные вопросы разрешаются по закону суда, но определение процессуальных и материально-правовых категорий подчиняется закону

существа отношения: «Доказывание фактов, свершившихся в иностранном государстве, регулируется законом, который в нем действует, в том, что касается устанавливаемых им бремени и средств доказывания» (ст. 13 ВЗ ГК Бразилии).

В отношении бремени доказывания судебная практика большинства континентальных государств исходит из позиции: по вопросам распределения бремени доказывания перевешивает материально-правовой момент, поэтому возможно применение иностранного права (статут сделки). Нормы о распределении бремени доказывания относятся к материальному праву, а не к процессу, поскольку *onus probandi* (бремя доказывания) представляет собой составную часть правоотношения: «Распределение бремени доказывания определяется материальным правом, которое регламентирует последствия факта, подлежащего доказыванию. Если право, применимое по существу дела, разрешает свидетельские показания об обстоятельствах, эти доказательства допустимы, если факт осуществился на территории государства, чье право применимо» (ст. 30 Кодекса МЧП Болгарии). Если право, применимое к определенному правоотношению, содержит нормы, предусматривающие правовые презумпции или иные нормы, определяющие бремя доказывания, относящиеся к данному правоотношению, применяются эти нормы (ст. 6.1 Закона о МЧП Польши).

Основные правила о бремени доказывания — это материальные условия, при которых правоотношение получает признание. В немецкой доктрине высказывается мнение, что «являющееся определяющим в отношении договора право подлежит применению и в том, как оно для договорных обязательственных отношений устанавливает законодательные презумпции или распределяет бремя доказывания. Для доказывания сделки являются допустимыми все средства доказывания германского процессуального права и, насколько ему не противостоят, — все средства доказывания какого-либо (компетентного иностранного) права, согласно которым сделка с точки зрения формы является действительной»¹.

Допустимость доказательств в соответствии с положениями ГПК ФРГ определяется законом суда (как процессуальный вопрос). По одному из самых существенных вопросов допустимости доказательств и германская, и романская подсистемы права придерживаются одинаковой практики: если сделка с точки зрения местного права подчинена иностранному закону о форме сделки, возможно применение постановлений иностранного права о допустимости (или недопустимости) свидетельских показаний взамен письменных документов.

¹ Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001.

Российские нормы о доказательствах имеют процессуальный характер и подлежат применению при рассмотрении гражданских дел с иностранным участием. Положение о судебных доказательствах, согласно которому каждая сторона должна доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований и возражений (ст. 56 ГПК РФ; ст. 65 АПК РФ), — принцип российского гражданского процесса, применяемый по всем делам.

Российское законодательство различает доказательства как фактические данные (абз. 1 ч. 1 ст. 55 ГПК РФ; ч. ст. 64 АПК РФ) и средства доказывания. В отношении доказательств как фактических данных не возникает вопроса о допустимости: любые обстоятельства, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обязательств, обосновывающих требования или возражения сторон, являются допустимыми (кроме доказательств, полученных с нарушением закона).

Российское законодательство содержит исчерпывающий перечень средств доказывания (абз. 2 ч. 1 ст. 55 ГПК РФ; ч. 2 ст. 64 АПК РФ). Нельзя использовать не перечисленные в законе доказательства, даже если существо отношения или форма сделки подчинены иностранному закону. Исключение может иметь место, если какое-либо правило доказательственного права в связи с применимым материальным правом приобретает материально-правовой характер. В такой ситуации возможно применение иностранного права.

Вопрос о доказательственной силе письменных документов в доктрине и практике большинства стран разрешается на основании права страны суда. Французская доктрина и практика подчиняют доказательственную силу документа закону места его совершения. Это обосновывается принципиальной связью между формой сделки (определяемой по *locus regit actum*) и процессуальным эффектом соответствующего документа.

В Бельгии иностранный подлинный документ является доказательством установления факта, произведенного властью, выдавшей документ, если его подлинность одновременно соответствует требованиям к форме документов по бельгийскому праву и по праву места выдачи документа. Наличие иностранного подлинного документа принимается во внимание без проверки условий, требуемых для его качества как доказательства. Иностранное судебное решение является в Бельгии доказательством установления факта, произведенного судей, если оно отвечает условиям, требуемым для подлинности судебных решений в соответствии с правом государства, в котором решение вынесено. Установление факта иностранным судьей не принимается во внимание в случае, если оно имеет последствия, явно противоречащие публичному порядку. Доказательство иного

в отношении фактов, установленных иностранным судьей, могут быть установлены любыми правовыми средствами (ст. 26, 28, 29 Кодекса МЧП).

В российском МГП этот вопрос решается по российскому праву. Иностранные нормы о преимущественной силе письменных документов не могут применяться, даже если речь идет о документе, исходящем из государства, в котором документ является привилегированным средством доказывания. Если письменный документ выполняет функцию формы сделки, то в отношении последствий несоблюдения письменной формы сделки (даже имеющих процессуальный характер) может быть поставлен коллизионный вопрос.

Документы, исходящие от официальных органов иностранного государства или составленные при их участии, представляются, как правило, не в оригинале, а в копии, официально заверенной за границей. Во Франции право суда требовать представления оригинала взамен копии основано на постулате, что при существовании подлинного документа копия только свидетельствует о том, что содержится в подлиннике. Копия не является письменным доказательством; она временно исполняет роль доказательства, пока суд не сверит ее с оригиналом. Обычно суд удовлетворяется нотариально засвидетельствованными копиями. Однако участники процесса не могут быть до конца уверены, что суд признает за копией доказательственную силу и не потребует представления подлинного документа.

В российском МГП доказательственная сила письменных документов определяется на общих основаниях (ст. 71 ГПК). Письменные доказательства могут представляться как в подлиннике, так и в надлежащим образом заверенной копии. Представление письменных документов необходимо, если обстоятельства дела подлежат подтверждению только такими документами; если дело невозможно решить без подлинных документов; если представлены копии одного документа, различные по своему содержанию. В арбитражном процессе решение вопроса о допустимости копий вместо подлинников отдано на усмотрение суда.

Анализ положений российского процессуального законодательства показывает, что при рассмотрении дел, связанных с иностранным правопорядком, суд вправе потребовать представления подлинников иностранных письменных документов. Требование представления иностранного официального документа в подлиннике может оказаться неосуществимым, поскольку получение таких доказательств от иностранных лиц возможно только в порядке судебного поручения. Российские суды обязаны учитывать эти обстоятельства.

15.12. Исполнение иностранных судебных поручений. Правовая помощь

Деятельность судебных органов ограничена пределами государственной территории, но часто возникает необходимость осуществления подобной деятельности за рубежом: свидетели по делу, вещественные доказательства, документы находятся за границей. Процессуальные действия могут быть совершены в порядке судебных поручений, однако необходимо получить согласие иностранного государства на производство на его территории процессуальных действий от имени другого государства. *Судебное поручение* в МГП — это обращение суда одного государства к суду другого государства с просьбой о производстве каких-либо процессуальных действий на территории этого государства.

Выполнение поручений основано на международных договорах и национальном законодательстве. В доктрине господствует мнение, что при отсутствии международного договора принятие одним государством судебного поручения от другого государства не является обязанностью. Однако необоснованный отказ в выполнении иностранного судебного поручения представляет собой нарушение принципа международной вежливости и может расцениваться как недружественный акт.

Наиболее часто встречающиеся случаи, когда судам одного государства приходится обращаться за содействием к судебным органам другого государства:

- при вручении документов по просьбе суда лицам, находящимся за границей;

- при выполнении отдельных процессуальных действий — допрос свидетелей, экспертов, проживающих за границей.

Судебное поручение — вид правовой помощи. *Правовая помощь* — это совершение отдельных процессуальных действий, предусмотренных законодательством запрашивающей стороны: составление, засвидетельствование, пересылка, вручение документов; предоставление вещественных доказательств; допрос свидетелей, экспертов и иных лиц для целей судопроизводства; содействие в получении информации о действующем праве: «Суды должны оказывать иностранным судам по их просьбе правовую помощь, поскольку особые отношения к этому постановления (межгосударственные договоры, постановления правительства, распоряжения министерств) не устанавливают иное (ст. 38 Закона Австрии о юрисдикции (1895)).

Правовая помощь не оказывается, если: а) удовлетворение ходатайства противоречит основным правовым принципам Грузии;

б) предусмотренное ходатайством действие не относится к компетенции судов Грузии (ст. 64 Закона о МЧП). Отказ в исполнении иностранного судебного поручения, противоречащего основным правовым принципам государства места оказания правовой помощи, представляет собой оговорку о публичном порядке в процессуальном смысле. Отказ в оказании правовой помощи по причине некомпетентности судебного органа произведен от публично-правового характера процессуального права, пределы вторжения в которое ограничены во всех правовых системах.

Порядок обращения судов одного государства в суды других государств:

- непосредственные сношения судов;
- дипломатический и консульский путь;
- использование специальных уполномоченных;
- передача через центральные органы юстиции.

В настоящее время национальный законодатель предпочитает передачу просьбы об оказании правовой помощи через центральные органы юстиции: «Если не указано иное, суды общаются с иностранными властями через Министерство юстиции» (§ 102 проекта Закона о МЧП Чехии).

В континентальном праве при исполнении поручения, как правило, используется процессуальное право государства места исполнения поручения. Не выполняются поручения, направленные на совершение процессуальных действий, запрещенных законом государства, исполняющего поручение. В отношении формы исполнения принято более лояльное отношение: если иностранный суд просит о выполнении поручения по специальной форме, которая не является обычной в стране места исполнения поручения, но не противоречит ни ее законам, ни публичному порядку, то просьба относительно такой специальной формы удовлетворяется. Таким образом, при исполнении поручений возможно применение норм иностранного процессуального права.

Болгарские органы обязаны оказывать правовую помощь по заявлению иностранных органов, за исключением тех случаев, когда оказание помощи противоречит болгарскому публичному порядку. Требуемое действие осуществляется по болгарскому праву. По заявлению иностранного органа оно может быть осуществлено по иностранному праву, если это совместимо с болгарским правом. Когда болгарские органы испрашивают правовую помощь за границей, они могут потребовать, чтобы действие осуществилось согласно болгарскому праву. Болгарские суды и другие органы оценивают действительность иностранных процессуальных действий или официальных

документов сообразно праву государства, в котором они были осуществлены или выданы (ст. 36 Кодекса МЧП).

По законодательству Италии может запрашиваться принятие доказательств или выполнение иных следственных действий, не предусмотренных итальянским законодательством, если это не противоречит принципам итальянского права. Принятие доказательств и выполнение следственных действий регулируются итальянским законодательством. Выполнение действия в иностранной форме, определено указанной в запросе иностранного органа, подлежит соблюдению при условии, что это совместимо с принципами итальянского права (ст. 69 Закона о МЧП).

По просьбе учреждения, дающего поручение, иностранные процессуальные нормы могут быть применены или приняты во внимание, если это необходимо для признания соответствующего правового притязания. Швейцарские органы могут составлять документы по формам, принятым в иностранном праве, принимать показания заявителя под присягой, если форма, предусмотренная швейцарским правом, но не признаваемая за рубежом, препятствует признанию за рубежом правового притязания, заслуживающего защиты (ст. 14 Закона о МЧП Швейцарии).

Англо-американские суды практикуют допросы находящихся за границей свидетелей при помощи института специально уполномоченных судом комиссионеров. При допросе участвуют представители сторон. Запись допроса, согласованная между представителями, передается в суд, назначивший комиссионера. Такой порядок получения доказательств возможен при отсутствии возражений со стороны государства, на чьей территории проводится допрос. Отсутствие возражений расценивается как пассивное оказание правовой помощи.

Различия в национальных системах получения доказательств за границей порождают серьезные проблемы. Основная проблема заключается в том, что для англо-американских судов доказательства, полученные в соответствии с континентальным процессуальным правом, могут не иметь юридической силы. Однако для европейских судов действия комиссионеров могут представляться нарушением их государственного суверенитета.

В российском законодательстве общий порядок исполнения иностранных судебных поручений установлен в ст. 407 ГПК РФ и ст. 256 АПК РФ. При отсутствии международного договора правовая помощь может оказываться в порядке и на условиях международной вежливости. Для исполнения иностранных судебных поручений на территории РФ не требуется взаимности. Дипломатический путь — основной способ передачи судебных поручений. Общее правило — процедура выполнения поручения иностранного суда на территории РФ

регулируется российским процессуальным правом. Современная тенденция — по просьбе иностранного государства возможно исполнение поручения с применением его процессуального права, если это установлено международным договором РФ.

Порядок применения иностранных процессуальных норм аналогичен порядку применения норм иностранного материального права. Суд устанавливает содержание норм иностранного процессуального права в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной данного иностранного государства; иностранная процессуальная норма применяется и толкуется так, как это имеет место в ее родном государстве: «Болгарские суды и другие органы оценивают действительность иностранных процессуальных действий или официальных документов сообразно праву государства, в котором они были осуществлены или выданы» (Кодекс МЧП Болгарии — ст. 31 «Толкование иностранных процессуальных действий»).

Как правило, в случае выполнения иностранного судебного поручения речь идет не об отсылке к иностранному праву в целом, а о применении конкретных иностранных процессуальных норм.

Российская практика показывает, что суды при допросе свидетелей на территории РФ по просьбе судебных органов США и Великобритании не отказываются пользоваться исходящими от этих органов вопросниками, составленными по обычной для общего права форме прямого и перекрестного допроса.

Российские суды общей юрисдикции и арбитражные суды исполняют переданные им в порядке, установленном международными договорами РФ или федеральными законами, поручения иностранных судов и компетентных органов иностранных государств о выполнении отдельных процессуальных действий (вручение повесток и других документов, получение письменных доказательств, производство экспертизы, осмотр на месте). Перечень процессуальных действий, установленный в ст. 407 ГПК РФ и ст. 256 АПК РФ, не является исчерпывающим. По просьбе иностранных учреждений юстиции российские государственные судебные органы совершают и другие процессуальные действия, направленные на собирание доказательств.

Основания отказа в оказании правовой помощи: исполнение поручения может нанести ущерб суверенитету России или угрожает ее безопасности; исполнение поручения не входит в компетенцию суда (п. 2 ст. 407 ГПК РФ). В АПК РФ закреплено еще одно основание отказа — иностранное поручение не может быть выполнено, если не установлена подлинность документа, содержащего поручение о выполнении отдельных процессуальных действий (п. 2 ст. 256).

Отказ в исполнении иностранного судебного поручения, противоречащего суверенитету и безопасности России (нарушающего основополагающие принципы российского права — ст. 256 АПК РФ), представляет собой оговорку о публичном порядке в процессуальном смысле. Поручение не может быть исполнено, если такое исполнение (а не само поручение) противоречит публичному порядку Российской Федерации. В данном случае речь не идет об ограничении применения норм иностранного закона, как это имеет место при применении оговорки о публичном порядке в материальном смысле.

Российские суды общей юрисдикции и арбитражные суды могут в порядке, установленном международными договорами РФ или федеральными законами, обращаться к иностранным судам или компетентным органам иностранных государств с поручениями о выполнении отдельных процессуальных действий (ст. 407 ГПК РФ и ст. 256 АПК РФ).

15.13. Исполнение иностранных судебных поручений в международных договорах

Оказание правовой помощи — это обязанность государства, которая возникает на основе соответствующего международного договора. В отсутствие международного договора оказание правовой помощи — это право государства, которому адресовано судебное поручение. Современная практика показывает, что национальные власти оказывают правовую помощь не только на основе международных договоров, но и на основе принципов взаимности и международной вежливости. Постановление ВАС РФ от 11 июня 1999 г. № 8 (п. 20) определяет, что «направление судебного поручения в порядке правовой помощи возможно и на условиях международной вежливости в отсутствие международного договора о правовой помощи».

Основное количество *двусторонних международных договоров касаются оказания правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам*. В двусторонних соглашениях о правовой помощи определяются ее предмет и объем, «маршрут» судебного поручения. Предусмотрены использование дипломатических каналов, непосредственные сношения органов юстиции и судов (упрощенный порядок исполнения судебных поручений). Правовая помощь оказывается безвозмездно.

Современная тенденция — расширение объема правовой помощи, упрощение порядка ее оказания, возможность применения по просьбе запрашивающего государства его процессуального права. В принципе, в договорах речь идет о масштабном правовом сотрудничестве: исполнение поручений, признание и исполнение ино-

странных судебных решений, освобождение иностранцев от бремени судебного залога, коллизионные вопросы, предоставление информации о законодательстве, предоставление правовой защиты гражданам одного государства на территории другого. Договоры закрепляют общие основания отказа в выполнении поручений.

Исполнение иностранных судебных поручений регламентируют и соглашения, специально посвященные этой проблеме, — договоры об исполнении иностранных судебных поручений (между Россией и Францией, Бельгией, ФРГ).

Договор об исполнении судебных поручений между Россией и США (1935) предусматривает:

1) поручения американских судов исполняются в США при передаче их дипломатическим путем;

2) российский суд, исполняющий поручение, направляет его к производству в соответствии с процессуальными правилами российского законодательства;

3) суд, испрашивающий исполнение поручения, может по своему желанию направить заинтересованной стороне извещение о времени и месте судопроизводства, чтобы данное лицо или его законный представитель могли присутствовать в процессе;

4) в исполнении поручения может быть отказано полностью или частично, если российские власти сочтут, что исполнение поручения противоречит суверенитету и безопасности;

5) поручения российских судов исполняются согласно постановлениям законодательства США, того Штата или Территории, где проживает лицо, чьи показания необходимо получить, и в соответствии с правилами, установленными для суда, исполняющего поручение;

6) судебное поручение Российской Федерации должно передаваться американскому суду консульским должностным лицом РФ, в консульском округе которого находится данный суд, так как ни в практику Государственного департамента, ни в практику другого какого-либо исполнительного органа Правительства США не входит обязанность служить передаточной инстанцией для передачи судебных поручений.

По общему правилу, учреждения юстиции, к которым обращено поручение, применяют при его исполнении законодательство своего государства, но по просьбе учреждения, от которого исходит поручение, возможно применение процессуальных норм другого государства, если это не противоречит публичному порядку государства места исполнения поручения. Применение процессуальных норм запрашивающего государства представляется наиболее целесообразным, так как результат совершенных при исполнении поручения процессуальных действий оценивается судом именно этого государ-

ства, рассматривающим дело по существу. Если суд государства места исполнения поручения строго формально использует только предписания своего законодательства, не отступая от принятых в государстве формальностей, то доказательства, собранные для иностранного суда, не всегда могут быть им использованы.

С точки зрения наиболее эффективного рассмотрения гражданских дел с иностранным элементом при исполнении поручений следует применять иностранные процессуальные нормы. В данном случае отступление от принципа закона суда, доминирующего в гражданском процессе, является вполне оправданным. Иностранные процессуальные нормы не применяются, если они противостоят законодательству государства места исполнения поручения. Например, закон государства места исполнения содержит безусловные требования каких-либо гарантий для свидетелей, которые при применении иностранного права могут быть нарушены. Если просьба о применении иностранных процессуальных норм отсутствует, применяется право страны места исполнения поручения.

Возможно и другое решение вопроса: в Договоре о правовой помощи между Францией и Венгрией предусмотрено, что при допросе лица в порядке судебного поручения следует одновременно руководствоваться и законом места исполнения поручения, и личным законом допрашиваемого лица. Следовательно, допрос свидетеля невозможен, если ни французское, ни венгерское право не допускают его.

В связи с оказанием правовой помощи возникает проблема: можно ли оставить поручение без исполнения, если из присланных документов следует, что решение по данному делу не будет признано и исполнено на территории государства места исполнения поручения. Практика и доктрина дают однозначный ответ — нельзя, так как оказание правовой помощи не должно находиться в зависимости от того, будет ли признано последующее судебное решение на территории данного государства. Возможно, что испрашивающий исполнение поручения суд не будет ставить вопрос об исполнении своего решения.

Правовая помощь должна оказываться даже тем судам, решения которых вообще не подлежат признанию и исполнению на территории данного государства по причине отсутствия международного договора. Кроме того, отказ в исполнении поручения по указанной причине не предусмотрен в положениях международных договоров.

Не должен иметь места отказ в исполнении иностранного судебного поручения по причине, что дело, в связи с которым поступило поручение, находится в исключительной компетенции судов места исполнения поручения. Вопрос о компетентности органов своего

судебного аппарата каждое государство решает по-своему, независимо от решения этого вопроса в других государствах. Возможно, что конкретное дело с точки зрения судов нескольких государств входит в сферу их исключительной подсудности, поэтому исключительная подсудность не должна быть препятствием для оказания правовой помощи.

Не допускается отказ в оказании правовой помощи по причине, что дело, в связи с которым поступила соответствующая просьба из-за границы, не может быть предметом судебного разбирательства по закону государства места исполнения поручения. Например, в праве большинства западных государств предусмотрена правовая защита участников игр и пари, а в российском праве такая защита предоставляется только в прямо установленных законом случаях (ст. 1062 ГК). Это не означает, что Россия должна отказаться выполнить поручение английского суда, связанное с судебным разбирательством требований из пари на территории Англии.

Общее правило, закрепленное в двусторонних договорах, — оказание правовой помощи не должно наносить ущерб суверенитету и безопасности государства места исполнения поручения, т.е. предусмотрен отказ в оказании правовой помощи, если такая помощь противоречит публичному порядку государства места исполнения поручения в процессуальном смысле. В двусторонних договорах, заключенных в 1990-х гг., появилась новелла, — просьба об оказании правовой помощи не должна противоречить и основополагающим принципам законодательства запрашивающего государства. Кроме этого, отказать в правовой помощи возможно, если такая помощь противоречит международным обязательствам обоих государств.

Основным универсальным регулятором исполнения судебных поручений является *Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса* (1954). Правовая помощь понимается как вручение судебных и внесудебных документов и исполнение судебных поручений. Конвенция определяет понятие *судебного поручения* — это просьба об осуществлении допроса или производстве иных процессуальных действий. Основания отказа в исполнении поручения (ст. 11):

- подлинность документов не установлена;
- исполнение поручения не входит в компетенцию судебных властей государства места исполнения поручения;
- государство места исполнения поручения считает, что такое исполнение угрожает его публичному порядку.

Среди многосторонних договоров следует упомянуть *Гаагские конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам* (1965), *о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам* (1970), *об облег-*

чений доступа к международному правосудию (1980). Общая черта данных соглашений — компромисс между общим и континентальным правом; попытка примирить институт комиссионеров с требованиями континентального права. Предусмотрен упрощенный порядок оказания правовой помощи.

Гагская конвенция 1965 г. (участвуют основные европейские государства, Япония, США, Россия) в отношениях между государствами-участниками заменила положения ст. 1—7 Конвенции 1954 г. Документы передаются через центральные учреждения юстиции. При отсутствии возражений со стороны государства-участника допускается вручение документов частным путем. К Конвенции приложен Единый формуляр просьбы об исполнении поручений. Отказ в исполнении поручения не допускается только по причине того, что запрашиваемое государство считает себя исключительно компетентным по рассматриваемому делу или, наоборот, не считает данное дело подведомственным судебным органам (ст. 13).

Гагская конвенция 1970 г. содержит положения о сборе доказательств консулами и комиссионерами. Судебные органы одного государства в соответствии с положениями своего законодательства могут запросить в порядке исполнения поручения компетентные органы другого государства о получении доказательств и выполнении других процессуальных действий. Судебное поручение не может использоваться для получения доказательств, не предназначенных для судебного разбирательства.

Гагская конвенция 1980 г. в отношениях между государствами-участниками заменила разд. III—VI Конвенции 1954 г. В остальном Конвенция 1980 г. воспроизводит основные положения Конвенции 1954 г. Существенным изменением является порядок сношений при оказании правовой помощи: через специально создаваемые центральные органы, хотя каждое государство может использовать дипломатические или консульские каналы.

Региональные международные соглашения — Конвенция СНГ 1993 г., Брюссель I, Луганская (Параллельная) конвенция о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам (1988, ред. 2007) — содержат детальное регулирование основных вопросов оказания правовой помощи. Предусмотрена возможность использования различных, наиболее приемлемых для государств-участников путей передачи просьбы об исполнении поручений. Общее правило: формы совершения процессуальных действий по запросу судебных или иных иностранных органов определяются законом государства места исполнения процессуальных действий. Возможно применение процессуального права запрашивающего

государства по его просьбе и с согласия государства места исполнения поручения.

Основным документом, регулирующим вопросы доставки судебных и внесудебных актов на территории ЕС, является Регламент (ЕС) от 13 ноября 2007 г. № 1393/2007 «О вручении на территории государств — членов ЕС судебных и внесудебных актов по гражданским и коммерческим делам». Данный документ применяется в гражданских и торговых делах во всех случаях, когда судебный или внесудебный документ необходимо направить для передачи или вручения за границей. К судебным актам относятся приказы о вызове в суд, возражения ответчика, судебные решения, исполнительные документы, запросы о представлении или истребовании доказательств; к внесудебным — требования о платеже, уведомления о расторжении договора найма помещения или трудового договора, протесты по простым и переводным векселям.

Вопросы получения доказательств по гражданским и коммерческим делам регулируются Регламентом (ЕС) № 1206/2001 от 28 мая 2001 г. «О сотрудничестве между судебными органами государств — членов ЕС в области получения доказательств по гражданским и коммерческим делам». Запрашиваемые доказательства должны предназначаться для использования в начатом или планируемом судебном разбирательстве. Запрос о получении доказательства направляется непосредственно судом, в котором находится на рассмотрении или планируется судебное разбирательство, в суд другого государства — члена ЕС, обладающий компетенцией для получения доказательств. В запросе должны быть указаны, в частности, характер и предмет спора.

Суд, получивший запрос, исполняет его в соответствии с правом своего государства (ст. 10). Если запрашивающий суд оговорил специальную процедуру или использование телекоммуникационных технологий, то суд, устанавливающий доказательства в рамках правовой помощи, должен исполнить соответствующее требование, если только оно не является несовместимым с его правом и не связано со значительными трудностями. Регламент предусматривает возможность присутствия при получении доказательств сторон спора или их представителей, а также представителей запрашивающего суда (судей, экспертов).

Регламент содержит основания для отказа в исполнении ходатайства о получении доказательств (ст. 17): запрос находится за пределами сферы действия Регламента; в соответствии с правом запрашиваемого государства исполнение запроса не относится к функциям судебных органов; имеет место несоблюдение установленных процессуальных сроков.

Этот Регламент впервые в международной практике предусмотрел возможность *непосредственного* совершения судом процессуальных действий по получению доказательств на территории другого государства. Однако такая процедура возможна лишь в тех случаях, когда получение доказательств происходит в добровольном порядке и не требует применения мер принуждения.

В Кодексе Бустаманте предусмотрено: «Всякое судебное действие, которое одно из договаривающихся государств имеет нужду совершить в другом, будет осуществляться посредством судебного требования или поручения, пересланного дипломатическим путем. Однако договаривающиеся государства смогут обуславливать или принимать в сношениях между собой по гражданским... делам и другую форму передачи» (ст. 388—391). Судья, к которому требование предъявлено, решает вопрос о своей собственной компетентности (*ratione materiae*) для действия, за которым к нему обращаются. Тот, кто получает судебное требование или поручение, должен сообразоваться относительно предмета с законом дающего поручение, а относительно формы осуществления — со своим собственным законом.

15.14. Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений

Решения национальных судебных органов имеют территориальную силу. Судебное решение представляет собой часть правопорядка того государства, в пределах юрисдикции которого оно вынесено. Термин «иностранные судебные решения» относится к юрисдикционным актам судебных, нотариальных или иных компетентных органов другого государства (ст. 165 Закона о МЧП Румынии).

Признание и приведение в исполнение решений национальных судов в других государствах допустимо в случаях, предусмотренных законодательством этих государств или международными соглашениями. Иностранное судебное решение не имеет за границей правовой силы, оно получает ее лишь постольку, поскольку процессуальное законодательство другого государства допускает признание и исполнение иностранного судебного решения.

Юридические последствия признания иностранного судебного решения — признанное за рубежом судебное решение получает такую же юридическую силу, что и решения местных судов (приобретает свойства неопровержимости, исключительности, исполнимости, обязательности). Признанное иностранное судебное решение служит подтверждением гражданских и иных прав и обязанностей в такой же степени, что и решения местных судов.

В Бельгии действует опровержимая презумпция доказательственной силы иностранных судебных решений. Иностранное судебное решение является доказательством установления факта, произведенного судьей, если решение соответствует условиям, требуемым для подлинности судебных решений по праву места его вынесения (ст. 26 Кодекса МЧП).

Судебные решения могут предполагать только их признание (расторжение брака, признание умершим). Признание иностранного судебного решения является необходимой предпосылкой его принудительного исполнения. Принудительное исполнение возможно только в силу распоряжения компетентных властей того государства, где исполнение испрашивается. Законодательство предусматривает специальную процедуру по разрешению исполнения.

Основные системы принудительного исполнения иностранных судебных решений:

- для исполнения требуется проверка правильности решения иностранного суда с точки зрения формы, установление его соответствия публичному порядку государства места исполнения (Италия);
- необходима выдача экзекватуры; возможна проверка решения по существу, если оно вынесено против местного гражданина (большинство европейских и латиноамериканских государств, Япония);
- иностранное судебное решение служит основой для нового суммарного судебного разбирательства. Иностранное судебное решение создает опровержимую презумпцию для того, в чью пользу оно вынесено. Иностранное судебное решение порождает перераспределение бремени доказывания (Англия, США);
- регистрация иностранного судебного решения в особом реестре (страны общего права).

Система экзекватуры — это принятие судебного постановления, которое санкционирует исполнение иностранного судебного решения, придает ему принудительную силу. Варианты системы экзекватуры:

- допустимость ревизии дела по существу — суд, разрешающий исполнение, подвергает иностранное решение полной ревизии с точки зрения правильности разрешения дела по существу (Франция);
- возможность ограниченного контроля со стороны суда, разрешающего исполнение, — суд не проверяет правильность разрешения дела по существу, но вправе произвести полную ревизию в исключительных случаях по требованию должника (ФРГ, Англия);
- экзекватура выдается только при условии взаимности (ФРГ, Англия);
- для выдачи экзекватуры взаимность не требуется (Италия, Аргентина).

Основные условия выдачи экзекватуры — решение не должно противоречить публичному порядку государства места исполнения решения; должник надлежащим образом был извещен о времени и месте судебного разбирательства. *Экзекватура* — это специальное судебное постановление, санкционирующее исполнение иностранного судебного решения, придающее ему принудительную силу и выдаваемое только для исполнения решения (ФРГ, Франция) или и для его признания (Италия). С выдачей экзекватуры решение подлежит исполнению, как если бы оно было принято в государстве суда, выдавшего экзекватуру; получает юридическую силу, равную силе внутреннего судебного решения, может быть исполнено в том же порядке, что и внутреннее судебное решение.

Взаимность как непереносимое условие выдачи экзекватуры закреплена в законодательстве многих государств: «Экзекватура на иностранные судебные постановления не выдается, если... государство, где решение или постановление было вынесено, не соблюдает правило о взаимности» (ст. 11 Кодекса МЧП Туниса).

В доктрине права высказывается отрицательное отношение к требованию взаимности¹. В силу того, что требование взаимности носит слишком прямой и абстрактный характер, оно способно обернуться против собственных граждан данного государства. Условие взаимности может выступать в качестве «оружия» в руках того или иного правительства для достижения уважительного отношения к решениям собственных судов за рубежом. Суду во всех случаях необходимо руководствоваться правилом *favor recognitionis et exsectionis* (благоприятное отношение к признанию и исполнению иностранных решений). Например, в Швейцарии с принятием Закона о МЧП 1987 г. было отменено требование взаимности как условие признания и приведения в исполнение иностранного судебного решения².

Во Франции для принудительного исполнения иностранного судебного решения требуется, чтобы оно было наделено принудительной силой путем соответствующего постановления французского суда. Французское право при исполнении иностранных судебных решений не требует взаимности; не требуется, чтобы решения французских судов исполнялись в соответствующем иностранном государстве. Французское судебное решение по праву другого государства должно подлежать исполнению, но правомерно, если решение будет подвергнуто ревизии. Решение Кассационного суда Франции

¹ Брановицкий К. Л. Принцип взаимности в международном гражданском процессе // СПС КонсультантПлюс.

² Елисеев Н. Г., Вершинина Е. В. Международное гражданское процессуальное право: учеб. пособие. М., 2011.

от 7 января 1964 г. по делу Мюнзер окончательно закрепило невозможность пересмотра решения иностранного суда по существу.

Условия выдачи экзекватуры:

- иностранное судебное решение должно быть вынесено компетентным судом в соответствии с нормами международной подсудности;
- соблюдены обязательные для суда процессуальные правила той страны, суд которой вынес решение;
- нормы материального права в данном решении должны быть применены в соответствии с правилами, применяемыми по французскому коллизионному праву;
- принудительное исполнение данного решения не нарушит французский публичный порядок;
- при принятии решения не было обхода закона.

При выдаче экзекватуры французский трибунал проверяет компетентность иностранного суда решать данное дело только в аспекте международной подсудности. Применяются французские правила о международной подсудности (ст. 14, 15 ФГК). Требуется соблюдение иностранным судом французского коллизионного права. Эта позиция объясняется тем, что признание иностранного решения должно быть аналогично применению иностранного закона в силу французского коллизионного права. Французская судебная практика при применении оговорки о публичном порядке различает признание иностранного решения и применение иностранного закона.

Практика не требует экзекватуры для признания юридической силы за иностранными судебными решениями, касающимися гражданского состояния лица: решения о расторжении брака, безвестном отсутствии, усыновлении могут получить юридическую силу без экзекватуры. Если ссылка на такое судебное решение будет оспорена, оно подлежит процедуре контроля. Иностранное решение без экзекватуры может быть допущено в качестве судебного доказательства.

В ФРГ экзекватура выдается без проверки законности решения, т.е. без рассмотрения того, соблюдены ли при его вынесении надлежащие материальные или процессуальные законы. Требуется, чтобы по правилам ГПК ФРГ решение подлежало признанию. Необходимо вступление данного решения в законную силу в соответствии с правом, обязательным для иностранного суда.

Признание решения иностранного суда исключается, если:

- иностранный суд, вынесший решение, не компетентен по германскому закону;
- ответчик-немец не участвовал в деле из-за того, что повестка о вызове в суд или распоряжение суда не были ему вручены ни лично, ни посредством оказания правовой помощи со стороны германских учреждений;

— иностранный суд применил коллизионные нормы, расходящиеся с германскими коллизионными нормами (о заключении и расторжении брака, об установлении происхождения ребенка), и это вредит интересам германской стороны;

— признание решения противоречит добрым нравам или целям германского закона;

— не обеспечена взаимность.

§ 328 ГПК ФРГ в качестве одного из оснований для признания иностранных судебных решений устанавливает требование обеспечения взаимности. Однако в настоящее время в судебной практике имеет место постепенный отход от буквального толкования данной нормы. Верховный суд Германии расширительно трактует норму § 328 ГПК, отмечая, что частичное обеспечение взаимности является достаточным основанием признания иностранных судебных решений. Возможно признание законной силы иностранных решений, если государство места вынесения решения хотя и не исполняет решения германских судов, но допускает действие их законной силы.

Румынский суд не может проверять иностранное решение по существу, а также вносить в него изменения. В признании иностранного решения может быть отказано в случае:

— решение является следствием обмана, совершенного во время разбирательства, имевшего место за границей;

— решение затрагивает публичный порядок румынского МЧП; в этом же состоит основание для отказа в признании при нарушении положений об исключительной компетенции румынского суда;

— спор между теми же сторонами был разрешен решением румынского суда, даже если оно не является окончательным, или находился на рассмотрении румынского суда на момент принятия дела иностранным органом к производству.

В признании не может быть отказано только по той причине, что орган, вынесший решение, применил иной закон, чем тот, который предусмотрен румынским МЧП (исключение — спор касается гражданского состояния и дееспособности румынского гражданина; принятое решение отличается от того, которое было бы вынесено по румынскому закону).

Исполнение иностранного судебного решения допускается с учетом требований, предъявляемых к признанию, и следующих условий:

— решение подлежит исполнению согласно закону суда, который вынес данное решение;

— право требовать принудительного исполнения не погашено истечением срока давности согласно румынскому законодательству.

В доктрине общего права иностранное судебное решение, обязывающее к уплате определенной денежной суммы, имеет силу денеж-

ного обязательства английского права и может служить основанием соответствующего иска (*action in debt*). Однако иностранное судебное решение не создает *res iudicata*, т.е. не препятствует вторичному рассмотрению того же дела в английском суде по иску заинтересованной стороны.

В Англии сохраняется порядок, основанный на прецедентном праве, но предусмотрен и особый порядок регистрации судебных решений, вынесенных в судах тех государств, которые обеспечивают английских судебных решений условие взаимности. Акт об иностранных судебных решениях (взаимное приведение в исполнение) (1933) устанавливает правило о признании и исполнении решений иностранных государств, обеспечивающих взаимность в отношении исполнения решений английских судов. Наличие взаимности должно быть установлено приказом Совета Министров, который таким путем разрешает применение правил регистрации, установленных в Акте об иностранных судебных решениях. Акт применяется к судебным решениям бывших британских доминионов и государств, с которыми Великобритания имеет соответствующие международные соглашения.

По заявлению стороны, против которой иностранный суд вынес решение, ходатайство о его регистрации должно быть отклонено, если:

- иностранный суд превысил пределы своей юрисдикции;
- должник-ответчик при рассмотрении дела не был своевременно извещен о вызове в суд, не присутствовал при рассмотрении дела и не имел возможности для защиты;
- решение получено путем обмана;
- исполнение решения противоречит публичному порядку Англии;
- права, о которых идет речь в решении, не принадлежат заявителю.

Юридические последствия регистрации — возможность получить принудительное исполнение иностранного решения на тех же основаниях, на каких исполняются решения английского суда. Всякий суд в Великобритании обязан прекратить производство по делу об уплате денежной суммы, причитающейся по зарегистрированному иностранному судебному решению.

В США нет единого стандарта, регулирующего вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений. Отсутствует федеральное законодательство об исполнении иностранных судебных решений, не заключено ни одного международного договора о признании и исполнении иностранных судебных решений. Однако суды США при признании и исполнении иностранных судебных решений

традиционно руководствуются принципом международной вежливости.

Вопросы признания и исполнения иностранных решений регулируются в большинстве штатов исключительно нормами общего права. Вместе с тем 16 штатов приняли законы на основе Единообразного закона о признании иностранных судебных решений по денежным требованиям (1962). Таким образом, в США используются два подхода, касающиеся исполнения иностранных судебных решений: согласно нормам общего права и согласно законам отдельных штатов.

Большинство штатов руководствуются ведущим прецедентом, созданным более 100 лет назад в деле «Хилтон против Гьюот» (Hilton v. Guyot)¹. Верховный суд США установил, что при отсутствии соответствующих федеральных законов и международных договоров следует руководствоваться принципом международной вежливости. Суд определил, что для приведения в исполнение иностранного решения подлежат проверке: соблюдение процессуальных норм в стране рассмотрения дела; соблюдение порядка вызова ответчика в суд; отсутствие обманных действий при проведении процесса. Основания отказа в исполнении иностранных судебных решений сформулированы Верховным судом США в том же прецеденте:

- процедура рассмотрения дела в иностранном суде была несправедливой или не была беспристрастной;
- иностранным судом не были соблюдены предметная или территориальная подсудность;
- в ходе процесса имели место обманные действия;
- иностранное судебное решение нарушает публичный порядок США;
- иностранный суд не исполняет решения американских судов на взаимной основе.

Ошибка иностранного суда в применении права или в оценке доказательств не может служить основанием для возражения, так как американский суд не вправе подвергать такое решение пересмотру по существу.

В континентальном праве ответчик вправе обжаловать решение суда о признании и принудительном исполнении иностранного судебного решения в порядке *апелляции* или *кассации*. В законодательстве Швейцарии установлено, что апелляционная жалоба подлежит удовлетворению, если:

- в обжалуемом решении не применено иностранное право, подлежащее применению в силу швейцарского МЧП;

¹ Брановицкий К. Л. Принцип взаимности в международном гражданском процессе // СПС КонсультантПлюс.

— в обжалуемом решении ошибочно сделан вывод, что содержание иностранного права не поддается установлению;

— решение по гражданскому делу, касающееся личных неимущественных прав, может быть обжаловано на том основании, что в нем неверно применено иностранное право.

Решение по гражданскому делу может быть отменено кассационной инстанцией, если:

— применено иностранное право, тогда как должно было быть применено федеральное швейцарское право, или наоборот;

— не было применено иностранное право, подлежавшее применению в силу швейцарского МЧП;

— содержание иностранного права, подлежащего применению в силу швейцарского МЧП, не было установлено или было установлено в недостаточной степени;

— нарушены нормы федерального права, включая международные договоры Швейцарии, о материальной либо внутренней или международной территориальной подсудности.

По российскому законодательству решения иностранных судов признаются и исполняются на территории РФ в порядке международных договоров и федеральных законов (ст. 409 ГПК РФ; ст. 241 АПК РФ). Решения, не подлежащие принудительному исполнению, признаются, если это предусмотрено международным договором или законодательством РФ (ст. 413, 416 ГПК РФ). Перечень решений иностранных судов, признание которых в России осуществляется без дальнейшего производства, не является исчерпывающим (ст. 415 ГПК РФ). Основания отказа в признании иностранных судебных и арбитражных решений (ст. 414 ГПК РФ; ст. 244 АПК РФ; перечень исчерпывающий):

— решение не вступило в законную силу;

— сторона, против которой вынесено решение, не была извещена о месте и времени рассмотрения дела;

— дело относится к исключительной подсудности правоприменительных органов РФ;

— по данному делу имеется вступившее в законную силу решение судебного органа РФ;

— признание решения противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Общий порядок принудительного исполнения решений иностранных судов определен в ст. 409 ГПК РФ и ст. 246 АПК РФ. Для рассмотрения дела о возможности принудительного исполнения решения необходимо ходатайство взыскателя о разрешении принудительного исполнения по месту жительства должника или нахождения его имущества (ст. 410 ГПК РФ и ст. 241, 242 АПК РФ). Заявление о призна-

нии и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения подается в письменной форме и должно быть подписано взыскателем или его представителем. Указанное заявление также может быть подано посредством заполнения формы, размещенной на официальном сайте арбитражного суда в информационно-телекоммуникационной сети «Интернет».

Документы, прилагаемые к заявлению о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения, могут быть представлены в арбитражный суд в электронном виде (ст. 242 АПК РФ). Если у суда при разрешении вопроса о принудительном исполнении иностранного решения возникнут сомнения, суд может запросить объяснения у лица, возбудившего ходатайство об исполнении, опросить должника по существу ходатайства, и при необходимости затребовать разъяснение иностранного суда, принявшего решение (ст. 411 ГПК РФ).

Основания отказа в разрешении принудительного исполнения иностранных судебных решений в принципе совпадают с основаниями отказа в его признании и также имеют исчерпывающий характер (ст. 412 ГПК РФ, ст. 244 АПК РФ). Порядок исполнительного производства определен федеральным законодательством.

Решения по спорам, связанным с предпринимательской и иной экономической деятельностью, признаются и исполняются государственными арбитражными судами РФ (ст. 32, 241 АПК РФ). Иностранные решения по остальным категориям гражданско-правовых дел признаются и исполняются судами общей юрисдикции (ст. 409—415 ГПК РФ). В России создана двойственная, параллельная система признания и исполнения иностранных судебных решений.

Решение иностранного суда, не требующее принудительного исполнения, признается без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица в течение одного месяца в установленном порядке не поступило возражения против признания такого решения (ст. 413 ГПК РФ).

Акты иностранных официальных органов, касающиеся безвестного отсутствия, ограничения или лишения дееспособности, регистрации брака, усыновления (удочерения), установления опеки (попечительства), признаются имеющими юридическую силу, если они исходят от компетентных органов иностранного государства. Какие органы компетентны выносить решения по данным делам, определяется законодательством соответствующего иностранного государства. Признание иностранных актов не требует какого-либо решения или распоряжения со стороны официальных органов РФ — признание выражается в том, что российские власти основывают

на иностранных актах признание субъективных гражданских прав и обязанностей.

Специальный порядок установлен для признания решений иностранных правоприменительных органов о расторжении браков между иностранцами, между российскими гражданами и иностранцами, между гражданами Российской Федерации. Такие решения признаются действительными в России, если они приняты с соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов и подлежащем применению праву (ст. 160 СК РФ).

Юридическое значение признания иностранных судебных решений — оно подтверждает гражданские права и обязанности в том же смысле, что и решения российского суда. Признание в России решения иностранного суда означает, что данное решение обладает такой же юридической силой, какую имеют решения российских судов. Признанное иностранное судебное решение является основанием для отказа в принятии искового заявления по тому же самому делу в российском суде, или основанием прекращения производства по делу.

15.15. Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений в международных соглашениях

Двусторонние договоры о правовой помощи (договоры России с Чехией, Венгрией, Кипром, Польшей, Грецией, Кубой, Йеменом, Испанией и др.) устанавливают взаимную обязанность признания и исполнения решений органов юстиции договаривающихся государств. В случаях простого признания решения признаются независимо от времени их вынесения и момента возникновения правоотношений. Признание без принудительного исполнения осуществляется без дальнейшего производства. Только признанию подлежат в основном решения по делам неимущественного характера: расторжение брака и признание его недействительным, установление наличия или отсутствия брака, установление опеки, признание гражданина безвестно отсутствующим или умершим.

Основной принцип принудительного исполнения — применение законодательства страны места исполнения. Порядок исполнения решения и реквизиты ходатайства определяются законодательством места исполнения. Принудительное исполнение осуществляется на основе принципа экзекватуирования.

Основные условия признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений:

— решение вступило в законную силу по праву государства места его вынесения;

— при разрешении дела по существу соблюдены все процессуальные права лица, против которого вынесено решение;

— отсутствует другое вступившее в законную силу решение по данному делу, вынесенное судом в государстве, на территории которого решение должно быть исполнено;

— при рассмотрении дела и вынесении решения соблюдались правила международного договора о разграничении компетенции судов договаривающихся государств;

— исполнение допускается, если по законодательству обоих государств не истек срок давности для принудительного исполнения.

Основания отказа в признании и принудительном исполнении:

— лицо, против которого вынесено решение, не имело возможности участвовать в процессе, так как не было должным образом извещено о рассмотрении дела;

— в производстве суда государства места исполнения находится такое же дело, или местным судом уже вынесено вступившее в законную силу решение по данному делу;

— в соответствии с международным договором или национальным законом места исполнения данное дело входит в сферу его исключительной компетенции;

— если признание и исполнение противоречат суверенитету, безопасности или основополагающим принципам законодательства государства места исполнения.

В Конвенции СНГ 1993 г. закреплено, что каждое из договаривающихся государств обязано признавать и исполнять вынесенное на территории других договаривающихся стран решения по гражданским и семейным делам, включая утвержденные судом мировые соглашения и нотариальные акты в отношении денежных обязательств. Решения, не требующие исполнения и вступившие в законную силу на территории одного государства-участника, признаются без дальнейшего производства на территории других государств-участников, если:

— учреждением юстиции государства места признания ранее не вынесено вступившее в законную силу решение по тому же самому делу;

— дело не относится к исключительной компетенции органов юстиции государства места исполнения.

Основания отказа в признании и исполнении:

— решение по законодательству того государства, на территории которого оно было вынесено, не вступило в законную силу и не подлежит принудительному исполнению;

— ответчик не участвовал в процессе, так как своевременно не получил повестку о вызове в суд;

— судом государства места исполнения возбуждено производство по данному делу; местным судом или судом третьего государства по данному делу вынесено решение, уже вступившее в законную силу;

— дело относится к исключительной компетенции судов государства места исполнения в соответствии с положениями Конвенции и законодательством данного государства;

— отсутствуют документы, подтверждающие соглашение сторон о договорной подсудности;

— истек срок давности для принудительного исполнения по законодательству государства места исполнения.

В *Лиссабонском договоре о функционировании Европейского Союза* (2007). прямо указывается, что сотрудничество по гражданским делам с трансграничным элементом основывается на принципе взаимного признания судебных и арбитражных решений (п. 1 ст. 81). Этому соответствуют основные цели Брюссель I — урегулирование вопросов свободного обращения судебных решений в пределах государств — членов ЕС, выработка простой и оперативной процедуры признания судебных решений, вынесенных в других государствах, разрешение проблемы принудительного признания таких решений. При регулировании вопросов признания и принудительного исполнения Регламент устанавливает гибкую процедуру и ограниченные основания для пересмотра иностранных решений. Это является гарантией справедливого распределения юрисдикции и защиты прав ответчика при первоначальном рассмотрении дела. Брюссель I распространяется на любые решения, вынесенные судебными учреждениями государства-участника. Это могут быть постановления, решения, определения, приказы (ст. 32).

Брюссель I закрепляет раздельное регулирование для признания и исполнения решений иностранного суда. Основным правилом признания выступает то, что решения, вынесенные в одном государстве-участнике, признаются в других государствах-участниках без специального производства (ст. 33). Принудительное исполнение иностранных решений осуществляется по ходатайству любой заинтересованной стороны в компетентные органы государства места исполнения (ст. 38).

Порядок подачи ходатайства определяется законом государства, в котором необходимо исполнить (признать) судебное решение (ст. 40). На заявителя возлагается обязанность указать адрес в пределах округа суда, в котором начато производство, или назначить судебного представителя. Тем самым устраняется необходимость трансграничной доставки документов, что позволяет ускорить производство по заявленному ходатайству и упростить процедуру возможного обжалования судебного постановления по ходатайству. К ходатайству должно быть приложено судебное решение в виде, позволяющем установить его подлинность, а также сертификат, выдаваемый судом или иным компетентным органом государства, в котором было принято решение (ст. 53). Сертификат должен содержать указание на исполнимость судебного решения в государстве его происхождения.

Брюссель I устанавливает принцип отказа от пересмотра иностранных судебных решений по существу. При рассмотрении ходатайства суд проверяет *только* основания признания иностранного судебного решения, закрепленные в ст. 34—35, и не вправе пересматривать его по существу. Данное производство осуществляется *ex parte*, и должник не может заявить о своих возражениях. При рассмотрении вопроса о принудительном исполнении сторона, получившая решение в одном из государств-участников, не может требовать нового рассмотрения дела в суде другого государства. Таким образом, любое дело должно быть рассмотрено по существу в пределах ЕС только один раз.

Брюссель I предусматривает ограниченный и исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и принудительном исполнении судебного решения (ст. 34):

- признание противоречит публичному порядку государства места исполнения;
- нарушение прав защиты при заочном рассмотрении дела;
- несовместимость решения с решением, вынесенным ранее по делу между теми же сторонами, с тем же предметом и по тому же основанию в государстве, к которому обращено требование;
- несовместимость решения с решением, вынесенным ранее по делу между теми же сторонами, с тем же предметом и по тому же основанию в другом государстве-участнике.

Каждая из сторон может обжаловать постановление, принятое по ходатайству. Производство по жалобе осуществляется в форме состязательного процесса — стороны имеют возможность заявить о своих возражениях, изложить подтверждающие их доказательства и доводы.

В Докладе Комиссии ЕС 2009 г. указывается, что основной целью очередного пересмотра Брюссель I должна стать отмена процедуры экзекватуры применительно ко всем делам, охватываемым Регламентом по причине ее обременительности в плане денежных и временных затрат.

Как и Брюссель I, Регламент *Брюссель II bis* носит «двойной» характер, т.е. закрепляет правила международной подсудности и систему признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений. В сфере признания и принудительного исполнения действует принцип автоматического признания судебного решения, без каких бы то ни было процедур (ст. 21). Это позволяет вносить поправки в акты гражданского состояния без необходимости испрашивать экзекватуру для судебного решения об изменении гражданского состояния лица.

Брюссель II bis устанавливает ограниченный и исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и принудительном исполнении иностранных судебных актов. Для решений, касающихся брачных отношений, — это ссылка на публичный порядок, право защиты и несоответствие иному решению. Для решений, касающихся детей, ссылка на публичный порядок сопровождается дополнительным критерием — «высшие интересы ребенка». В силу специфики данного Регламента добавлено основание непризнания, связанное с несоблюдением компетентным судом процедуры, предусмотренной для перемещения ребенка в другое государство — член ЕС.

Брюссель II bis предусматривает обычный режим объявления обязательной силы в ЕС для общих решений относительно развода супругов или ответственности родителей, специальный — для решений, касающихся права общения или судьбы похищенного ребенка. Если решение в области права на общение является обязательным к исполнению в государстве места вынесения, оно признается и является обязательным к исполнению в других государствах-членах. Для этого «не требуется каких бы то ни было заявлений и нет возможности воспрепятствовать его признанию, если решение было сертифицировано в государстве своего происхождения» (ст. 41).

Судья выдает сертификат о праве на общение; общее условие — все заинтересованные стороны должны иметь возможность быть заслушанными, и сам ребенок тоже, кроме случаев, когда его заслушивание «сочтено неуместным, учитывая возраст или степень зрелости». До выдачи сертификата выполнение всех условий проверяется судом государства места вынесения судебного решения. После выдачи сертификата государство места исполнения не может производить никаких проверок и должно признать и выполнить решение.

Кодекс Бустаманте определяет, что порядок выдачи разрешения на исполнение и само исполнение должны соответствовать законодательству места исполнения. Требования для признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений:

- решение вынесено судом, компетентным в соответствии с Кодексом;

- стороны надлежащим образом были оповещены о судебном разбирательстве;

- решение не противоречит публичному порядку государства места исполнения;

- решение подлежит исполнению по законодательству государства, где оно было вынесено;

- решение снабжено официальным переводом;

- подлинность акта, содержащего решение, не вызывает сомнения.

Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса (1954) определяет узкий круг дел, предполагающих признание и исполнение за границей. Предусмотрен дипломатический путь обращения с просьбой об исполнении решения; установлена возможность упрощенного порядка обращения. Рассмотрение вопроса о разрешении принудительного исполнения производится компетентными органами государства места исполнения в соответствии с его национальным законодательством. Суд места исполнения не рассматривает иностранное решение по существу, а ограничивается установлением его формальной правильности.

Определение суда о разрешении принудительного исполнения или отказе в нем может быть обжаловано в вышестоящий суд в порядке и сроки, предусмотренные законодательством государства места исполнения. Исполнение решения производится на основе права страны места исполнения.

Гаагская конвенция о признании и исполнении иностранных решений по гражданским или торговым делам (1966) определяет, что не подлежат признанию и исполнению иностранные судебные решения о личном статусе физических и юридических лиц. Сфера действия Конвенции — только гражданские и торговые дела. Условия признания и исполнения:

- суд, вынесший решение, является компетентным с позиций международной подсудности;

- решение вступило в законную силу и подлежит принудительному исполнению;

- решение не противоречит публичному порядку государства места исполнения;

- соблюдены все процессуальные права ответчика;

— в государстве места исполнения или в третьем государстве-участнике нет вступившего в законную силу судебного решения по данному делу.

Гаагская конвенция о соглашениях об исключительном выборе суда (2005) определяет «судебное решение» как любое решение по существу дела, вынесенное судом. Суд страны обращения должен быть ограничен установленными в результате судебного разбирательства фактическими обстоятельствами, на которых суд страны вынесения судебного акта основывал свою юрисдикцию, если только судебное решение не было вынесено в пользу истца вследствие неявки ответчика.

Признание или принудительное исполнение может быть отсрочено или отклонено, если судебное решение подлежит пересмотру в государстве его вынесения или не истек срок для подачи жалобы по такому решению. Отказ не будет препятствовать последующему заявлению о признании или принудительном исполнении судебного решения.

В признании или принудительном исполнении судебного решения может быть отказано (ст. 9), если:

— соглашение было ничтожным и не имеющим юридической силы в соответствии с законодательством государства выбранного суда;

— любая из сторон не обладала дееспособностью для заключения соглашения по законам государства обращения;

— судебное решение было получено обманным путем в связи с процессуальным вопросом;

— признание или принудительное исполнение будет явно несовместимым с публичным порядком государства суда обращения, включая несовместимость с основными принципами процессуальной справедливости;

— данное судебное решение несовместимо с судебным решением, вынесенным в государстве обращения, в отношении спора между теми же сторонами;

— данное судебное решение несовместимо с судебным решением, ранее вынесенным в другом государстве по делу между теми же сторонами по тем же основаниям;

— документ, возбуждающий рассмотрение дела в суде или эквивалентный документ, в котором излагаются существенные аспекты иска, не был доведен до сведения ответчика.

В признании или принудительном исполнении судебного решения может быть отказано, если судебное решение основывалось на решении по вопросу, исключенному из сферы применения Конвенции. Любое государство вправе заявить, что его суды могут

отказать в признании или принудительном исполнении решения, вынесенного судом другого государства, если стороны являлись резидентами государства суда обращения, либо отношения сторон и все прочие аспекты спора, кроме места нахождения выбранного суда, были связаны только с государством суда обращения.

Контрольные вопросы

1. Как можно определить понятие международного гражданского процесса?
2. Что представляет собой принцип «закон суда» в МГП?
3. Как можно определить источники МГП?
4. Что представляет собой международная подсудность?
5. Что представляют собой общие начала процессуального положения иностранных лиц в гражданском судопроизводстве?
6. Что представляет собой принцип контролируемой множественности процессов?
7. Как осуществляются исполнение иностранных судебных поручений и правовая помощь?
8. Как осуществляется признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений?

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- специфику нотариальных действий в МЧП;
- понятие латинского нотариата;
- процедуры подтверждения юридической силы иностранных документов;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

16.1. Нотариальные действия в международном частном праве

Нотариат — это система государственных органов и должностных лиц, основной задачей которых является удостоверение бесспорных прав и фактов и совершение других нотариальных действий. Нотариат наиболее тесно связан с судом, поскольку осуществляет охрану субъективных прав физических и юридических лиц. Функция нотариуса — предупреждение гражданских правонару-

шений и споров в судах, склонение сторон к соглашению. Главное различие между судом и нотариатом заключается в том, что суды в основном разрешают споры о праве; предмет нотариальной деятельности — бесспорные дела¹.

Нотариальное производство представляет собой публично-правовую деятельность, осуществляемую от имени государства. Правовой статус нотариуса — это лицо, находящееся на службе государства и общества. Деятельность нотариуса, связанная с составлением удостоверенных актов, обладающих высшей доказательственной силой и подлежащих обязательному исполнению, создан особые prerogatives государственной власти, и тем самым представляет собой прямое и особое участие в осуществлении государственной власти².

Нотариат играет важную роль в регулировании частноправовых отношений, связанных с иностранным правопорядком. Нотариат призван обеспечить защиту прав и законных интересов иностранных лиц. Функции нотариата в сфере действия МЧП: удостоверение документов, предназначенных для действия за границей; принятие документов, составленных за границей; охрана имущества, оставшегося на территории данного государства после смерти иностранного гражданина; охрана имущества, переходящего по наследству иностранцу после смерти местного гражданина; обеспечение доказательств, требуемых для ведения дела в органах иностранного государства.

Международное нотариальное право — это совокупность норм, регулирующих функционирование национальных нотариальных органов в сфере частноправовых отношений, связанных с правом двух и более государств. Нормы, регламентирующие нотариальную деятельность, имеют процессуальный характер — «нотариальное производство», «нотариальная процедура»³. В отечественной доктрине вопросы «международной» деятельности нотариата рассматриваются в рамках МГП⁴.

По мнению многих представителей доктрины, нотариат — один из наиболее приспособленных механизмов гражданского оборота, обеспечивающий справедливое сочетание частного и публичного интересов в таких сферах, как международное семейное право,

¹ Медведев И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005.

² Ален Моро. Положение нотариуса в Европе // Нотариальный вестник. 2009. № 3.

³ Медведев И. Г. Указ. соч.

⁴ Звеков В. П. Международное частное право : учебник. М., 2004; Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004; Международное частное право : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2012.

международное наследственное право, международная защита несовершеннолетних и недееспособных лиц¹. В современных условиях чрезвычайно важное значение имеет международное обращение нотариальных актов — свободное трансграничное обращение «аутентичных» актов и признание за ними той же юридической силы, что и в стране происхождения.

Нотариус обязан соблюдать правила территориальной и предметной подсудности, установленные во внутреннем законодательстве и международных договорах. Прежде всего это касается тех случаев, когда компетенция нотариуса вступает в конфликт с полномочиями консула иностранного государства, имеющего право совершать определенные нотариальные действия в соответствии с международными договорами и национальным законодательством. Нотариальное производство, как и судебная деятельность, по общему правилу подчиняется *lex fori*, т.е. национальному законодательству нотариуса. Однако присутствие в правоотношении связи с иностранным правопорядком придает нотариату ряд специфических черт²:

1) особенности правоприменительного процесса, в котором особое содержание приобретают такие его традиционные стадии, как квалификация материального правоотношения, выбор применимых норм права и собственно их применение;

2) особенности определения правового статуса иностранных граждан и организаций, участвующих в нотариальном производстве;

3) использование в нотариальном производстве документов иностранного производства, равно как национальных нотариальных актов — за границей, т.е. их международная действительность.

Нотариат применяет нормы иностранного права в соответствии с международными договорами и национальным законодательством. Предписание внутренней коллизионной нормы о применении иностранного права является обязательным для нотариуса. Отказ без законных оснований от применения норм иностранного права нарушает обязательные предписания национального законодательства нотариуса. Нотариус обязан предпринимать все необходимые меры для установления содержания иностранного права и практики его применения в соответствующем государстве.

Традиционная область деятельности нотариуса в сфере транснациональных отношений — семейное и наследственное право. Развитие международных договорных связей ведет к расширению компетенции нотариусов в сфере коммерческого права. Участие нотариуса — залог юридической безопасности отношений между

¹ Медведев И. Г. Указ. соч.

² Международное частное право и нотариальная деятельность / под ред. В. В. Яркова, Н. Ю. Рассказовой. М., 2009 // СПС «Гарант».

сторонами, действительности международной сделки. Свободное трансграничное перемещение товаров и услуг придает особую важность отношениям представительства (договору поручения). В настоящее время оформление отношений представительства в делах, связанных с иностранным правом порядком, — одна из важнейших функций нотариуса.

Коллизионное регулирование отношений представительства определяется на основании автономного статута. Стороны договора могут свободно выбрать применимое к их отношениям право: «При договорном представительстве отношения между представителем и представляемым подчиняются праву, применимому к договору» (ст. 126.1 Закона о МЧП Швейцарии). В отсутствие соглашения сторон о применимом праве применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан — право страны поверенного: «Добровольное представительство регулируется правом государства, на территории которого представитель имеет место своей деловой деятельности в том случае, когда он действует в профессиональном качестве и это место известно или может быть известно третьему лицу. При отсутствии таких условий применяется право государства, в котором представитель преимущественным образом исполняет свои полномочия в каждом конкретном случае» (ст. 60.1 Закона о МЧП Италии).

Статут представительства определяет:

- 1) существование, объем, изменение и прекращение полномочий посредника;
- 2) последствия превышения посредником своих полномочий или злоупотребления ими;
- 3) право посредника делегировать свои полномочия, назначать дополнительного посредника или посредника-заместителя;
- 4) возможность заключения посредником договора для доверителя в случаях, когда существует риск конфликта интересов между ним и доверителем;
- 5) оговорку об отсутствии конкуренции;
- 6) случаи причинения ущерба, подлежащего возмещению;
- 7) последствия сделок, совершенных поверенным при осуществлении реальных или подразумеваемых полномочий (ст. 93—97 Закона о МЧП Румынии).

Аналогичные правила предусматривает *Гаагская конвенция о праве, применимом к отношениям посредничества и представительства* (1978). В качестве общего принципа Конвенция закрепляет автономию воли — применимое к отношениям представительства право определяется по соглашению сторон. В отсутствие выбора применимое право определяется в зависимости от места

жительства или места профессиональной деятельности поверенного (ст. 5, 6). Конвенция применяется независимо от наличия взаимности и допускает применение права страны, не участвующей в Конвенции (ст. 4).

Соглашения с участием иностранных лиц чаще всего совершаются от их имени представителями, действующими по доверенности, выданной за рубежом. Должна ли доверенность, совершенная за границей, удостоверяться нотариально, если основной акт оформляется у нотариуса? Национальное законодательство придерживается различных позиций: в Австрии нет каких-либо специальных правил в отношении формы доверенности (совершается в простой письменной форме), в других странах (Греция, Венгрия) для нотариального удостоверения основного акта требуется, чтобы доверенность была нотариально удостоверена. ГК РФ прямо устанавливает, что доверенность на совершение сделок, требующих нотариальной формы, должна быть нотариально удостоверена (п. 2 ст. 185).

По общему правилу форма доверенности подчиняется праву места ее совершения: «Порядок выдачи, срок действия, прекращения и правовые последствия прекращения доверенности определяются правом государства, в котором выдана доверенность» (ст. 34 Закона о МЧП Украины). Российское законодательство устанавливает, что форма сделки подчиняется праву места ее совершения. Однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права. Эти правила применяются и к форме доверенности (п. 1 ст. 1209 ГК РФ). Срок действия доверенности и основания ее прекращения определяются по праву страны, где была выдана доверенность (ст. 1217 ГК РФ).

Вопрос о форме доверенности способен вызвать затруднения, когда право, применимое к сделке, которую должен совершить поверенный, требует нотариального удостоверения доверенности. Если рассматривать это требование как вопрос формы, а не существа отношений, то действительность доверенности определяется согласно праву места ее выдачи, независимо от положений, регулирующих основной договор. В российском законодательстве принцип параллелизма форм доверенности и основного акта — одно из императивных условий действительности основного договора, заключенного в нотариальной форме. Такая императивная взаимозависимость между формой доверенности и основного акта противоречит правилу *locus regit actum*¹.

¹ Медведев И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005.

Более взвешенное решение предлагает итальянский законодатель: «По форме документ, подтверждающий полномочия представителя, является действительным, если он признается таковым правом, регулирующим существо обязательства, или правом государства, на территории которого данный документ составлен» (ст. 60.2 Закона о МЧП Италии). Аналогичное решение закреплено в ст. 61 Кодекса МЧП Болгарии.

Интересное решение предлагает польский законодатель — законное представительство подчиняется праву, применимому к правоотношению, из которого возникают полномочия на представительство. Доверенность подчиняется праву, избранному доверителем. Однако в отношении третьего лица, с которым представитель совершил сделку, можно ссылаться на избранное право лишь в случае, если это лицо было осведомлено о выборе права либо имело возможность свободно узнать об этом. Доверитель вправе ссылаться на избранное право в отношениях с представителем лишь в случае, если представитель был осведомлен о выборе права либо имел возможность легко узнать об этом. В случае отсутствия выбора права представительство подчиняется поочередно: 1) праву страны местонахождения представителя, в которой он постоянно действует, либо 2) праву страны, в которой находится коммерческое предприятие доверителя, если представитель на постоянной основе действует в этой стране, либо 3) праву страны, в которой представитель действительно действовал, представляя доверителя, либо в которой должен был действовать согласно воле доверителя (ст. 22, 23 Закона о МЧП Польши).

Беспорность — основной императив нотариального производства и его первостепенная цель. Это предопределяет использование письменного документа в качестве главного источника информации. На практике постоянно возникает вопрос об эквивалентности иностранных документов форме, установленной местным законодательством. Прежде всего это касается документов квалифицированной юридической формы — нотариальных актов, административных и судебных документов. При решении этого вопроса следует учитывать требования законов места совершения акта и места предъявления акта.

Основная функция нотариата — официальное удостоверение документов. В решении по делу C-260/97 Европейский суд постановил: «Учитывая последствия, вытекающие из оценки акта как «нотариально удостоверенного», необходимо подходить с осторожностью к определению рассматриваемого понятия. В действительности, нотариально удостоверенный акт подобен судебным постановлениям. И это подобие абсолютно оправдано в той мере, в какой нотариально удостоверенный акт возникает в результате интеллекту-

альной и оценочной деятельности должностного лица, наделенного полномочиями удостоверять юридические акты — иными словами, он исходит, хотя и косвенным образом и с целью простого документирования, от органов государственной власти»¹.

В нотариальном производстве преимущественно используются официальные документы, составленные специально уполномоченными лицами при соблюдении особой процедуры («аутентичные» акты). Оценка акта как аутентичного производится по законодательству государства его места происхождения. Акт считается аутентичным, если удовлетворяет следующим условиям²:

1. Аутентичность придана акту публичным органом (либо специально уполномоченным лицом). Кстати, и в национальном законодательстве, и в международных документах отсутствует условие о международной компетенции составления аутентичных актов какими-либо особыми государственными органами. Считаются аутентичными соглашения в сфере алиментных обязательств, заключенные с участием органов управления или удостоверенные ими. Частные акты, заключенные без участия органа власти, не включаются в понятие аутентичного акта, даже если специально указано, что такие документы могут являться основой для принудительного исполнения.

2. Аутентичность распространяется не только на подпись, но и на содержание акта. Аутентичный акт должен закреплять юридический акт волеизъявления, а не любой материальный факт или представлять собой только средство доказывания. Не являются аутентичными частные акты, подпись на которых была удостоверена лишь «публичным нотариусом» в Великобритании.

3. Акт подлежит исполнению в государстве — месте происхождения, т.е. должен быть исполним в государстве места его происхождения без каких бы то ни было дополнительных процедур. Это условие не будет исполнено, если акт по каким-либо причинам не может повлечь юридических последствий в государстве места своего происхождения, например, в случае выдачи его некомпетентным нотариусом или вне пределов действия аутентичных актов (в частности, в Италии предметом аутентичных актов могут быть только долговые обязательства).

Таким образом, определение аутентичного акта касается, прежде всего, нотариальных актов. Исполнительная сила аутентичного акта может распространяться на территорию других государств в рам-

¹ Ален Моро. Положение нотариуса в Европе // Нотариальный вестник. 2009. № 3.

² Бернар Дютуа. Экзекватура аутентичных актов согласно регламенту Брюссель I и Луганской конвенции // Российский ежегодник гражданского и арбитражного процесса. 2002—2003. № 2.

ках судебной процедуры его признания и исполнения (экзекватуры). Признание исполнительной силы акта возможно, только если он действителен. Действительность акта является подразумеваемым условием. Следует проводить разграничение между аутентичностью акта, с одной стороны, и его действительностью как волеизъявления, с другой. Недопустимо включать требование о действительности сделки как условие признания действительности аутентичного акта. Действительность или недействительность сделки следует из ее существа. Действительность акта волеизъявления не подлежит контролю со стороны судьи, решающего вопрос о признании исполнительной силы акта. Следует уточнить, что когда, например, речь идет об отсутствии компетенции у нотариуса или выходе за пределы сферы действия аутентичных актов, под вопрос ставится именно аутентичность акта, а не его действительность.

В Бельгии иностранный подлинный документ признается без какой-либо процедуры, если его действительность установлена в соответствии с правом, компетентным в соответствии с бельгийскими коллизионными нормами (кумулятивное применение предписаний закона места совершения акта и бельгийского права). Иностранное право не может быть компетентным в обход закона и в случае несовместимости последствий его применения с бельгийским публичным порядком. Документ должен удовлетворять условиям, которые необходимы для установления его подлинности по закону государства, выдавшего документ (ст. 27 Кодекса МЧП).

Документ должен удовлетворять условиям, которые необходимы для установления подлинности в соответствии с законом государства, в котором он был выдан. Необходимо учитывать, что в разных странах используются различные формы официальных документов:

- **аффидевит** — письменное торжественное заявление, принимаемое судебными инстанциями как доказательство каких-либо фактов;

- **сертификат** — документ, удостоверяющий какой-либо факт (сертификат о мореходности судна, о качестве товара);

- **декларация** — заявление, составленное в соответствии с законодательством (таможенная, почтовая, налоговая);

- **ретейнер** — предварительное обязательство (согласие) выплатить гонорар адвокату;

- **полномочия** — вид доверенности.

Принудительное исполнение иностранного официального документа возможно, если он обладает исполнительной силой в государстве своего происхождения. Нотариальные акты вступают в законную силу немедленно и подлежат добровольному исполнению сторонами спора. Исполнительную силу имеют отдельные нотариальные

акты (соглашения об уплате алиментов, исполнительные надписи). Во Франции, Италии и Германии нотариальные акты могут иметь непосредственную исполнительную силу, которая основана на соглашении сторон. Во Франции «исполнительная копия», выданная нотариусом, — основание для совершения исполнительных действий судебным исполнителем без решения суда. «Иностранный подлинный документ, который обладает исполнительной силой в государстве, в котором он был выдан, объявляется судом первой инстанции исполнимым в Бельгии» (ст. 27 Кодекса МЧП Бельгии).

Двусторонние договоры о правовой помощи предусматривают возможность обращения к принудительному исполнению не только судебных, но и иных официальных иностранных документов. Например, Договор между Россией и Польшей (1996) приравнивает нотариальные акты, имеющие силу исполнительной надписи по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой они совершены, к судебным решениям. Это позволяет обращать некоторые нотариальные акты, совершенные в Польше, к исполнению (в том числе принудительному) на территории РФ. Для этого требуется получить экзекватуру такого акта в компетентном суде России. Аналогичные нормы содержатся в Договоре России с Италией. Конвенция СНГ 1993 г. предусматривает, что нотариальные акты в отношении денежных обязательств имеют такую же силу, как судебные решения, и исполняются между государствами — участниками Конвенции.

Брюссель I не содержит определения «аутентичного» акта. Акт должен быть составлен в государстве — члене ЕС. Гражданство или место жительства не имеют значения. Акт должен отвечать условиям, необходимым для признания его аутентичным в государстве его происхождения, в частности, должен быть наделен немедленной исполнительной силой (ст. 57). По смыслу Регламента понятие аутентичного акта касается, прежде всего, нотариальных актов. Нотариально удостоверенные акты, полученные и подлежащие исполнению в одной из стран-участниц, подлежат исполнению в любой другой стране-участнице. Судебная инстанция, в которую подается жалоба, может отклонить или отменить заявление, устанавливающее силу исполнительного документа, только в случае, если исполнение удостоверенного акта вступает в очевидное противоречие с положениями публично-правовых норм страны-участницы, на территории которой размещена такая инстанция.

Аутентичный акт должен попадать в сферу Регламента, т.е. «в гражданскую или коммерческую сферу». Регламент не регулирует действие аутентичных актов по тем вопросам гражданского права, которые прямо исключены из предмета Брюссель I (вопросы граж-

данского состояния и дееспособности, режим имущественных отношений супругов, завещания, наследование, несостоятельность, социальное обеспечение, арбитраж). В то же время Регламентом охватываются алиментные обязательства.

Брюссель II bis устанавливает (ст. 46): «Нотариально удостоверенные акты, полученные и подлежащие исполнению в одной из стран-участниц по аналогии с договорами между сторонами, а также в стране-участнице их происхождения, признаются и рассматриваются в качестве подлежащих исполнению в соответствии с теми же условиями, что и судебные постановления».

Регламент (ЕС) от 21 апреля 2004 г. № 805/2004 «О создании европейского исполнительного листа для бесспорных требований» был принят с тем, чтобы дать возможность держателю права требования, «пользующегося презумпцией бесспорности», требовать от суда domicilia должника документ, подлежащий немедленному исполнению во всех государствах-членах. В ст. 25 установлено: «Нотариальный акт, удостоверенный в качестве исполнительного листа европейского образца в стране-участнице своего происхождения, подлежит исполнению в других странах-участницах без необходимости в получении одобрения для его исполнения и без возможности опротестования его исполнительной силы. Следовательно, нотариально удостоверенные акты признаются обладающими той же юридической силой, что и судебные решения». Под бесспорным правом требования Регламент понимает:

- право требования, прямо признанное должником в ходе судебной процедуры, когда он согласился с ним либо заключил мировое соглашение в присутствии судьи или утвержденное судом;
- должник ни разу не возразил против него в ходе судебной процедуры;
- должник не явился в суд или не был представлен в суде в ходе слушания по поводу права требования после того, как сначала оспаривал его в ходе судебной процедуры — при условии, что поведение должника может быть уподоблено молчаливому признанию права требования;
- должник прямо признал это право требования в удостоверенном документе.

Решение относительно такого права требования, *сертифицированное* как исполнительный документ в государстве происхождения документа, признается и исполняется в других государствах — членах ЕС без требования какой-либо дополнительной процедуры в государстве исполнения. По ходатайству заинтересованного лица такой документ может быть признан в качестве «европейского исполнительного листа». Однако документ может быть сертифицирован как

европейский исполнительный лист только, если должник вправе по праву государства происхождения документа потребовать пересмотра решения.

Отдельные функции нотариата присущи должностным лицам *консульских учреждений*, которые вправе совершать почти все виды нотариальных действий (исключение: протесты векселей; передача заявлений физических и юридических лиц другим физическим и юридическим лицам; предъявление чеков к платежу и удостоверение неоплаты чеков; наложение и снятие запрещения отчуждения имущества). Аутентичные акты, составленные в консульских учреждениях за рубежом, считаются исходящими из самого государства. Экзекватура консульских аутентичных актов основана на том, что консул, в соответствии с Венской конвенцией о консульских сношениях (1963), уполномочен на составление актов, обладающих исполнительной силой в государстве пребывания. Правомочия консула в сфере нотариальных действий закреплены в двусторонних консульских конвенциях:

- удостоверение сделок, кроме сделок об установлении, отчуждении или прекращении вещных прав на строения и земельные участки, находящиеся в государстве пребывания консула;
- свидетельствование завещаний и иных односторонних актов волеизъявления, в том числе доверенностей;
- удостоверение юридических фактов;
- свидетельствование подписи на документах и верности перевода.

Нотариальные полномочия должностных лиц консульских учреждений РФ за рубежом основаны на положениях Федерального закона от 5 июля 2010 г. № 154-ФЗ «Консульский устав Российской Федерации», ст. 38 Основ законодательства РФ о нотариате и нормах международных соглашений. Должностные лица консульских учреждений совершают в пределах своей компетенции нотариальные действия по просьбе российских и иностранных лиц, если акты предназначены для действия на территории РФ. Нотариальные функции осуществляются российским консулом за рубежом при условии, что это прямо предусмотрено в консульской конвенции между Россией и государством пребывания или не противоречит внутреннему законодательству иностранного государства.

Современное российское законодательство о нотариате представляет собой комплекс нормативных правовых актов, среди которых особая роль принадлежит Основам законодательства РФ о нотариате (1993). Основы были подготовлены при помощи Международного союза латинского нотариата. Определяющее значение для нотари-

альной деятельности имеют многие нормы ГК РФ, ГПК РФ и СК РФ, международные соглашения РФ.

Нотариальное производство на территории РФ регулируется российским законодательством (ст. 39 Основ). Если международным договором установлены иные правила о нотариальных действиях, при их совершении применяются правила международного договора. Если международный договор относит к компетенции нотариуса совершение нотариального действия, не предусмотренного российским законодательством, нотариус производит это нотариальное действие в порядке, устанавливаемом Министерством юстиции РФ (ст. 109). Порядок взаимоотношений нотариуса с органами юстиции других государств определяется законодательством РФ и международными договорами РФ (ст. 107).

Иностранные граждане и организации без всяких ограничений могут обращаться за совершением нотариальных действий на территории РФ к компетентному российскому нотариусу, так как а priori они обладают равной с российскими лицами гражданской правосубъектностью. Российский нотариус не вправе отказать иностранному гражданину в совершении нотариального действия, когда соответствующей компетенцией обладает также консул государства, гражданство которого имеет заинтересованное лицо. Только самому заинтересованному лицу принадлежит право выбора между консулом государства его гражданства или происхождения и местным нотариусом¹.

В российском законодательстве закреплено право нотариата обращаться к иностранным органам юстиции с поручением о производстве отдельных нотариальных действий в порядке, предусмотренном международными договорами и национальным законом. Органы нотариата исполняют переданные им в установленном порядке поручения иностранных органов юстиции, если исполнение поручения не противоречит публичному порядку РФ и входит в компетенцию нотариата. Исполнение иностранных поручений о совершении отдельных процессуальных действий нотариатом производится на основе российского законодательства.

Нотариат обеспечивает представление доказательств, необходимых для ведения дел в органах иностранных государств (ст. 108). Нотариус принимает документы, составленные за границей с участием должностных лиц компетентных органов других государств или от них исходящие (ст. 106). Нотариус принимает документы, составленные в соответствии с требованиями международных договоров, а также совершает удостоверительные надписи в форме, пред-

¹ Международное частное право и нотариальная деятельность / под ред. В. В. Яркова, Н. Ю. Рассказовой. М., 2009 // СПС «Гарант».

усмотренной законодательством других государств, если это не противоречит международным договорам РФ (п. 2 ст. 104).

В соответствии с российским законодательством нотариус осуществляет действия, связанные с охраной находящегося на территории РФ имущества, оставшегося после смерти иностранного гражданина, или имущества, причитающегося иностранному гражданину после смерти гражданина России, а также с выдачей свидетельства о праве на наследство в отношении такого имущества (ст. 105 Основ).

Нотариус в соответствии с законодательством РФ и международными договорами применяет нормы иностранного права (п. 1 ст. 104 Основ). При применении иностранного права нотариус руководствуется предписаниями коллизионных норм ГК РФ, СК РФ, КТМ РФ и других российских законов. Как публичное должностное лицо нотариус должен предпринять все необходимые меры для установления содержания иностранного права и практики его применения в соответствующем государстве. Этот подход закреплен в п. 1 ст. 1191 ГК РФ, ст. 14 АПК РФ и распространяется на нотариальное производство.

Нотариус обязан применить иностранное право, на которое указывает российская коллизионная норма. Указание российской коллизионной нормы о применении иностранного права обязательно для нотариуса. Отказ без законных оснований от применения норм иностранного права представляет собой нарушение обязательных предписаний российского законодательства.

По общему правилу, при анализе юридических терминов и понятий, содержащихся в иностранном документе, нотариус осуществляет их квалификацию в соответствии с российским правом (п. 1 ст. 1187 ГК РФ). Любые сомнения относительно правового значения документа, его влияния на субъективные права и обязанности сторон нотариального акта требуют выяснения содержания материальных норм иностранного права. Кроме того, возможны ситуации, в которых российское право не содержит аналогов юридических терминов, используемых в иностранном документе. Это неизбежно влечет применение иностранного права при квалификации юридического содержания такого документа (п. 2 ст. 1187 ГК РФ).

Без какой-либо дополнительной процедуры признаются в России иностранные нотариальные или судебные акты, касающиеся установления наследственных прав на движимое имущество, оставшееся после смерти domiciliрованного за рубежом иностранного гражданина. В данном случае выдача свидетельства о праве на наследство не относится к компетенции органов российского нотариата. Проблема признания решений иностранных официальных органов

по наследственным делам, вынесенных в пользу российских граждан и касающихся находящегося за границей имущества, возникает только в случае наличия спора между сонаследниками. Практика российских правоприменительных органов исходит из того, что решение иностранного компетентного органа исключает судебное разбирательство спора в России.

16.2. Латинский нотариат

Деятельность нотариуса относится к узловым сферам гражданского права — земельное право, семейное и наследственное право, торговое право, право компаний. Цель нотариата — предупредить споры, обеспечить правовые гарантии, «разгрузить» суды. В зависимости от понимания целей и функций в мире существуют две принципиально различные системы нотариата — латинская и англо-американская.

Англо-американская нотариальная система. Англосаксонской правовой системе не известен институт «официального документа» в качестве особо веского доказательства в судебных и административных процессах. При исследовании письменных доказательств основное внимание уделяется свидетельским показаниям как средству доказывания. Нотариальные и иные письменные документы не играют определяющей роли.

Предоставление юридической консультации в странах общего права передано «свободным юридическим профессиям», в первую очередь адвокату, который не обязан сохранять беспристрастность, а призван представлять интересы своей стороны. Нотариусу отводится второстепенная, незначительная роль, которая сводится к засвидетельствованию копий и подписей.

В англосаксонской правовой системе существует «*notary public*» (публичный нотариус — США, Великобритания), который наделен полномочием (часто только временно) свидетельствовать простые процессы. Это может быть владелец аптекарского магазина (*drugstore*), секретарь адвоката (*secretary down stairs*), парикмахер, продавец в табачном киоске, т.е. лица, не имеющие юридической компетенции.

Нотариальное удостоверение в том смысле, как оно понимается в странах континентальной правовой семьи, отсутствует. Доверенность совершается в простой письменной форме (допускается устная форма). При этом, однако, обязательно участие юриста: *lawyer* (США), *notary public* или *solicitor* (Англия).

Основная группа профессиональных юристов в США — адвокаты, которые не исполняют публичных функций, а являются представи-

телями конкретной стороны. Нотариусы выполняют только удостоверительные функции. В Англии допускается смешение нотариальных и адвокатских функций (солиситор).

В США организация и порядок деятельности нотариусов регулируются законодательством штатов. Нотариальные функции выполняют две категории лиц: нотариусы, назначаемые законодательными органами штата либо высшими должностными лицами штата, и комиссионеры по вопросам установления факта.

Латинская нотариальная система. Современная модель латинского нотариата была создана французским Законом о принципах организации нотариата (1803) («Закон, содержащий организацию нотариата» — Закон вантоза). Закон вантоза устранил различные категории лиц, правомочных составлять официальные документы, и ввел категорию должностного лица *«fonctionnaires publics»*: «Наряду с должностными лицами, которые разрешают споры, общественное спокойствие требует наличия и иных должностных лиц, которые... ставят стороны в известность о значении договорных обязательств... придают им характер аутентичного акта и силу судебного решения... препятствуют возникновению конфликтов... Этими незаинтересованными советниками... своеобразными добровольными судьями... являются нотариусы, а этим институтом — нотариат».

Закрепленные в Законе вантоза принципы действуют во многих государствах мира. Основные начала латинского нотариата:

- нотариус — публичное должностное лицо, получающее полномочия от государства, реализующее их от его имени и под его контролем;

- нотариус — лицо свободной юридической профессии; самостоятельно организует свою работу; несет имущественную ответственность за причиненные убытки;

- основная функция нотариуса — придание частным соглашениям аутентичного характера, особой доказательственной и исполнительной силы, защита публичного интереса;

- нотариус за совершение нотариальных актов получает нотариальный тариф, размер и порядок уплаты которого устанавливаются государством;

- нотариусы объединяются в коллективные органы: нотариальные палаты, выполняющие административные и контрольные функции.

Модели латинского нотариата: немецкая, французская и смешанная.

Немецкая модель — незначительная активность нотариуса на всех этапах нотариального производства. Его работа сводится к разработке документа и его последующему удостоверению. Нотариус не играет значительной роли при подготовке нотариального действия: в проведении консультаций и переговоров, в получении

нии необходимых документов. Российский нотариат ближе к немецкой модели.

В Германии действует Федеральное положение о нотариате (1961). Нотариус — носитель публичной должности и орган предупредительного правосудия. Профессия адвоката-нотариуса отличается от основной профессии нотариуса — адвокат-нотариус исполняет эту должность как побочную работу.

Типичные признаки статуса нотариуса в ФРГ:

- нотариат — орган предупредительного правосудия. Официальные документы, заверенные нотариусом, имеют большую доказательную силу, чем документы, подписанные частными лицами;

- нотариус составляет документы: договоры купли-продажи недвижимости; договоры дарения; брачные договоры; завещания и договоры о наследстве; отчуждение долей в деле; продажа предприятий. Нотариус свидетельствует подлинность подписи и верность копий;

- нотариус имеет право выдавать подлежащие исполнению документы. Исполнение такого документа возможно без вмешательства суда;

- нотариус выполняет государственные функции; он наделен «компетенциями, которые по действующему правопорядку должны быть оформлены государством»;

- независимость и беспристрастность нотариуса;

- обязанность сохранения тайны — оглашение сведений в судебном процессе допустимо, если все участники удостоверения освобождают нотариуса от сохранения тайны;

- ответственность за нарушение служебного долга; страхование гражданской ответственности каждого нотариуса;

- нотариусом может быть назначен только немецкий гражданин, который по Закону о судьях пригоден к должности судьи, он должен быть «полным юристом».

Французская модель предполагает инициативность нотариуса с момента обращения к нему заинтересованного лица. Нотариус и его помощники берут на себя все заботы клиентов, начиная от сбора необходимых документов, проведения переговоров, составления документа и заканчивая регистрацией нотариального акта в компетентных органах.

Нотариус — государственная должность, обладатель которой наделен правом удостоверять юридические акты. Нотариусу поручается оформление сделок, которым стороны обязаны или хотят придать аутентичную юридическую форму. Под аутентичностью во Франции понимается удостоверение нотариусом подлинности актов и соглашений. Аутентичный акт считается полностью досто-

верным в части соглашения, которое он содержит. Система гражданского оборота Франции отдает приоритет письменному доказательству в отличие от свидетельских показаний, которые могут использоваться, но допустимость их использования ограничена законом.

Смешанная модель функционирует в Нидерландах, Швейцарии. Закон о нотариате Испании (1962) гласит: нотариус — это назначенный государством служащий, призванный удостоверять в соответствии с действующими законами договоры и другие юридически важные документы. Перед началом выполнения своих обязанностей нотариус должен внести страховой взнос в казну государства в качестве залога. Нотариус гарантирует свою профессиональную деятельность всем своим имуществом в случае, если сумма залога будет недостаточной для покрытия ущерба, нанесенного клиенту вследствие ошибок нотариуса.

Ни один нотариус не имеет права удостоверять сделки в свою пользу или сделки, одной из сторон в которых выступает родственник, находящийся в четвертой степени родства по крови или второй степени родства по браку. Ни один нотариальный документ, ни один реестр или журнал не могут быть изъяты из помещения нотариальной конторы даже по решению суда или вышестоящей инстанции, за исключением их транспортировки в помещение архива или формальных обстоятельств.

Большим авторитетом пользуется Международный союз Латинского нотариата, основанный в 1948 г. как объединение нотариатов латинского типа. Это международная неправительственная организация, международная корпорация национальных нотариатов. В 2005 г. было принято решение о переименовании Союза в *Международный союз нотариата* (МСН).

Членами МСН являются нотариаты стран в целом и нотариаты административно-территориальных субъектов отдельных государств. В настоящее время члены МСН — 75 государств (все страны континентальной Европы и Латинской Америки, Канада, многие страны Азии и Африки — Буркина-Фасо, Марокко, Китай). Система латинского нотариата функционирует в США (Флорида и Луизиана) и в Великобритании (Лондон). Российский нотариат в лице Федеральной нотариальной палаты принят в МСН в 1995 г.

МСН предложил придать нотариальным актам, имеющим непосредственную исполнительную силу, транснациональный характер и включить их в проект Конвенции о признании судебных решений по гражданским и коммерческим делам. В рамках МСН принят Кодекс нотариальной деонтологии (1995). Под эгидой МСН разрабатываются Общие принципы нотариальной этики. Базовые принципы системы латинского нотариата утверждены МСН в 1986 г.:

- 1) нотариус действует от имени государства, но подчиняется только закону;

2) функция нотариата — государственное служение, которое нотариус осуществляет независимым образом, не входя в иерархию государственных служащих;

3) нотариус обеспечивает беспристрастную квалифицированную юридическую помощь; законность, равную справедливость и публичную достоверность частных актов;

4) акты нотариуса имеют особую доказательственную, а зачастую и исполнительную силу;

5) деятельность нотариуса находится в сфере бесспорной юрисдикции, способствуя предупреждению споров;

6) как советник нотариус выявляет подлинную волю сторон и облакает ее в эталонно-квалифицированный юридический акт;

7) нотариус обязан быть членом централизованной организации — нотариальной палаты; численность должностей нотариусов квотируется;

8) нотариус несет имущественную ответственность за профессиональные ошибки;

9) нотариус обязан застраховать профессиональные риски;

10) нотариус связан не только законом, но и нормами профессиональной этики.

Заповеди латинского нотариуса:

- уважай свое министерство;
- воздержись, даже если малейшее сомнение делает неясными твои действия;
- воздавай должное Правде;
- действуй осмотрительно;
- изучай с пристрастием;
- советуйся с Честью;
- руководствуйся Справедливостью;
- ограничивайся Законом;
- работай с Достоинством;
- помни, что твоя миссия состоит в том, чтобы не было споров между людьми.

Одна из проблем, разрабатываемых в рамках МСН, — это проблема взаимоотношений нотариуса и государства. МСН сформулировал следующие постулаты:

1. Латинский нотариус, как особый субъект права, сочетающий частные и публичные начала, осуществляет налоговый и административный контроль от имени государства. Подобная деятельность нотариуса должна быть подчинена принципам равенства, законности, справедливости, пропорциональности регулирующего воздействия, рациональности, своевременности, достоверности, определенности.

2. Основное и естественное предназначение нотариуса — придание достоверного, неоспоримого характера юридическим действиям

субъектов гражданского оборота, подготовка безупречных правовых документов и дача советов каждому обратившемуся.

3. Незаменимость нотариусов в области защиты прав человека делает необходимым его участие в «новых» социальных отношениях: сделки с участием частных и публичных субъектов; признание собственной недееспособности; решение об искусственном поддержании жизни и уважении достоинства человека в момент смерти. Безопасность новых технологий и равный к ним доступ также требуют участия нотариуса.

4. Как носитель публичной функции, специально уполномоченный государством на создание актов особой юридической и доказательственной силы, нотариус должен гарантировать целостность удостоверяемого акта, его законность, эффективность и неизменность во времени. Принципы беспристрастности, независимости и недискриминации должны всегда поддерживаться как неотъемлемые и незаменимые ценности нотариальной профессии.

В рамках МСН предложено понятие «европейский нотариус»: «Нотариус — это беспристрастный специалист, наделенный государственной властью полномочиями по осуществлению контроля за соблюдением государственных интересов в юридических отношениях между частными лицами. Нотариус — это высококвалифицированный и беспристрастный юрист, который посредством удостоверяемого им акта способствует обеспечению юридической безопасности всех заинтересованных сторон. Он — тот, кто предупреждает возникновение конфликтов, кто предотвращает создание ситуаций, противоречащих закону, кто в рамках общих правовых норм стран сообщества и государственного законодательства выступает в качестве компаньона государства»¹.

В 2010 г. на XXVI Конгрессе МСН были обозначены следующие направления нотариальной деятельности:

- сотрудничество государства и нотариуса в таких проблемах, как прозрачность финансовых рынков, отмывание денег, городское развитие и окружающая среда;
- использование нотариального акта в обеспечении безопасности инвестиционной деятельности, в частности, его достоверность для государственных реестров и его исполнительная сила.

Кроме МСН, в становлении и развитии международного нотариального права большую роль играют другие международные неправительственные объединения: Конференция нотариатов ЕС, Международная комиссия по гражданскому состоянию.

¹ Ален Моро. Положение нотариуса в Европе // Нотариальный вестник. 2009. № 3.

В рамках Конференции национальных организаций нотариусов ЕС в 1995 г. принят Этический кодекс нотариусов Европы — «наглядное проявление воли нотариусов гарантировать гражданам европейских стран при оформлении ими прав и сделок, выходящих за национальные границы, такую же правовую защиту, как и внутри страны». Европейский комиссар по вопросам свобод, безопасности и правосудия заявил, что нотариально удостоверенный акт является тем средством, с помощью которого право получает полное обеспечение своего осуществления. Задача ЕС состоит в обеспечении их (нотариально удостоверенных актов) повсеместного признания нотариально удостоверенных актов и в облегчении их осуществления¹.

В Этическом кодексе нотариусов Европы дано определение некоторых понятий сферы МЧП:

1. «Транснациональная операция» — это любая операция со ссылкой на другое государство, например, в отношении места нахождения имущества, являющегося предметом сделки, гражданства одного из участников либо его места жительства, или места проведения нотариального удостоверения.

2. «Нотариус страны пребывания или национальный нотариус» — нотариус, который уполномочен совершать нотариальные действия по месту своего нахождения в соответствии с законодательством своей страны.

3. «Нотариус страны происхождения или иностранный нотариус» — нотариус другого государства — члена ЕС, отличного от того, в котором совершаются нотариальные действия.

При оформлении транснациональных операций нотариус руководствуется нормами права страны происхождения, нормами права страны пребывания и нормами, закрепленными в настоящем Кодексе.

В 1950 г. на II конгрессе Международного союза Латинского нотариата была предложена идея создания национальных реестров завещаний. Первая действующая система регистрации завещаний создана в провинции Квебек в 1961 г. Реестр завещаний действует при нотариальной палате. Порядок его ведения определяется в соответствии с Законом о нотариате. С 1999 г. действует электронная система регистрации завещаний в реестре и поиска информации в нем.

Конвенция о создании системы регистрации завещаний (1972) устанавливает в отношениях между государствами-участниками универсальный режим регистрации завещаний и обмена информацией о них. Конвенция разработана и заключена в рамках Совета Европы. Предусматривается создание национальных систем,

¹ Там же.

позволяющих завещателю зарегистрировать завещание и избежать ситуаций, когда о нем не будет известно в другом государстве (например, по месту нахождения наследственного имущества). В каждом государстве назначается орган, компетентный передавать другим государствам информацию о записях в реестре завещаний, а также принимать и передавать запросы от органов, назначенных в других государствах. Система обмена информацией о завещаниях, основываясь на национальных реестрах, облегчает регулирование международного наследования по завещанию.

16.3. Процедуры подтверждения юридической силы иностранных документов

Правовыми режимами подтверждения юридической силы иностранных документов являются:

- национальный режим — принятие документов без каких-либо дополнительных требований при условии их надлежащего и заверенного перевода;

- режим легализации;
- режим апостилирования;
- специальный режим.

Национальный режим — иностранные документы приравняются к внутренним, если они не требуют принудительного исполнения.

Соглашения между Францией и Германией освобождают официальные документы от всех формальностей. Брюссельская конвенция об отмене легализации документов между странами ЕС (1987) установила национальный режим для иностранных документов во взаимоотношениях между Францией, Италией и Данией.

В некоторых двусторонних договорах России о правовой помощи закреплено, что официальные документы, происходящие из одного государства, принимаются на территории другого без легализации (Алжир, Испания, Эстония). Договор между Россией и Чехией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (1982) содержит норму, согласно которой доверенность, совершенная российским нотариусом, может быть представлена в Чехии без какого-либо дополнительного удостоверения и будет пользоваться на ее территории силой официального документа.

Документы, составленные за границей с участием должностных лиц компетентных органов других государств или от них исходящие, принимаются российским нотариусом без легализации, когда это предусмотрено законодательством РФ и международными договорами РФ (п. 2 ст. 106 Основ законодательства РФ о нотариате).

Конвенция СНГ 1993 г. (ст. 13): «Документы, которые на территории одной из Договаривающихся Сторон изготовлены или засвидетельствованы учреждением или специально уполномоченным лицом... принимаются на территориях других Договаривающихся Сторон без какого-либо специального удостоверения». Такие документы пользуются доказательной силой официальных документов.

Легализация (консульское или дипломатическое заверение) — это действие, посредством которого публичное должностное лицо свидетельствует достоверность подписи на официальном или частном документе и качество, в котором действовало лицо, подписавшее акт, подлинность печати или штампа, которыми скреплен этот акт, чтобы он мог считаться достоверным. В Дании, Великобритании, Португалии в процессе легализации могут удостоверяться не только подлинность печати, подписи и качество лица, подписавшего документ, но и наличие компетенции подписывать акт.

Конечной целью процедуры легализации является возможность представления документа в официальные органы другой страны. Легализация — это последовательный ряд, цепочка удостоверений подписей должностных лиц и качества, в котором они выступают; удостоверение подлинности печатей и штампов, которыми скреплены документы. Легализация представляет собой административную по своей природе формальность, обязательную для иностранных публичных актов, используемых в нотариальном производстве и имеющих непосредственный правопорождающий эффект. Документы, составленные за границей с участием должностных лиц компетентных органов других государств или от них исходящие, принимаются нотариусом при условии их легализации органом МИД (п. 1 ст. 106 Основ законодательства РФ о нотариате).

В отношении российских документов, предназначенных для действия за границей, нотариус непосредственно не выполняет каких-либо легализационных процедур. Его функция — подготовка нотариальных актов для последующей легализации или выполнения иных формальностей:

- 1) удостоверение копий официальных документов;
- 2) удостоверение верности перевода;
- 3) свидетельствование подписи переводчика.

Нотариус играет роль передаточного звена в механизме, опосредующем признание действительности документов на территории иностранных государств.

Легализация имеет декларативный эффект и подтверждает, что с момента своего создания иностранный документ обладал качеством достоверности¹. Акт легализации — не более чем средство под-

¹ Медведев И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005.

тверждения достоверного происхождения иностранного документа. Отсутствие легализации не отражается на действительности и достоверности самого документа. Легализация — это формальное условие признания правопорождающей, доказательственной силы документа на территории иностранного государства. Легализация осуществляется на территории страны, в которой документ выдан или оформлен. Неправильная легализация имеет такой же эффект, как ее отсутствие, и ведет к отказу в принятии иностранных документов в нотариальном производстве.

В Чехии документы, которые будут использоваться за рубежом, выданные или заверенные в суде, либо подготовленные или заверенные нотариально, либо судебным исполнителем, удостоверяются Министерством юстиции, а затем и Министерством иностранных дел по просьбе владельца документа. Простая копия документа не подлежит удостоверению (§ 109 проекта Закона о МЧП).

Документы, выданные уполномоченными органами иностранных государств в установленной форме, признаются действительными на Украине при их легализации, если иное не предусмотрено законом или международным договором Украины (ст. 13 Закона о МЧП). Иностранные решения, должным образом легализованные, обладают в Перу доказательственной силой, которая признается за официальными документами (ст. 2109 ГК Перу).

В соответствии с Кодексом МЧП Бельгии (ст. 30), предъявляемые в Бельгии иностранные судебные решения или документы должны быть легализованы в целом или в части, в оригинале или копии. Легализация удостоверяет подлинность подписи, полномочия подписавшего лица, в определенных случаях — действительность печати или штампа. Легализация осуществляется:

- бельгийским дипломатическим или консульским агентом, аккредитованным в государстве, где судебное решение было вынесено или выдан документ;

- при отсутствии такового — дипломатическим или консульским агентом иностранного государства, которое представляет бельгийские интересы в этом государстве;

- при отсутствии такового — министром иностранных дел.

В российских судах признаются документы, выданные, составленные или удостоверенные по установленной форме компетентными органами иностранных государств вне пределов России по нормам иностранного права в отношении российских организаций и граждан или иностранных лиц при наличии легализации, если иное не установлено международным договором РФ или федеральным законом (ст. 408 ГПК РФ; ст. 255 АПК РФ). Легализация иностранного документа необходима для представления его в качестве доказательства в арбитражном процессе, но легализация не освобождает

иностраннный документ от проверки со стороны суда, если необходимо установить правильность содержащихся в нем сведений.

Легализация не требуется в отношении документов, переданных в связи с оказанием правовой помощи по международным договорам или на основе взаимности. Судебные и внесудебные документы, направляемые за рубеж на основании Гаагской конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (1965), освобождаются от легализации или других аналогичных формальностей (ст. 3).

Упрощенный порядок легализации — *консульская легализация*, т.е. специальная надпись консула на документе, удостоверяющая подлинность подписи должностного лица иностранного государства. Консульская легализация — это не только установление и засвидетельствование подлинности подписей, но и удостоверение соответствия документов и актов законам государства пребывания.

Основной этап в процедуре консульской легализации — это удостоверение, совершаемое консулом иностранного государства, в котором будут использоваться документы. Консульское удостоверение декларирует признание действительности иностранных нотариальных и иных официальных документов. Документ имеет юридическую силу на территории только той страны, отметка консульства которой на нем стоит.

При наличии консульской легализации нотариус не вправе ставить под сомнение иностранные документы с точки зрения соблюдения тех или иных формальных требований, установленных в государстве происхождения документа. Наличие легализации компенсирует все формальные и содержательные пороки иностранных документов.

Апостилирование (упрощенная легализация) осуществляется уполномоченным органом в стране происхождения документа, который приобретает юридическую силу на территории стран — участников Гаагской конвенции об отмене требования легализации иностранных официальных документов (1961) (Великобритания, ФРГ, Китай, Россия, США, Франция, Япония). Конвенция устанавливает правило: вместо операций по оформлению легализации требуется выполнение единственной формальности — проставление органами, выдавшими документ, апостиля (удостоверительной надписи на документе, одинаковой по форме для всех государств-участников).

Вместо легализации документа к нему прилагается специальный сертификат — апостиль. Сертификат имеет стандартную форму (квадрат со стороной не менее 9 см) и содержит в пронумерованных полях информацию о стране происхождения документа, лице, его подписавшем, об информации: кто, где и когда произвел заверение, его подпись и печать, регистрационный номер. Заголовок апостиля обязательно должен содержать текст на французском языке:

в верхней части сертификата имеется надпись на французском языке «Apostille» (Convention de la Haye du 5 octobre 1961).

Апостиль удостоверяет подлинность подписи, качество, в котором выступало лицо, подписавшее документ, подлинность печати или штампа, которыми скреплен этот документ (ст. 5). Содержание документа органом, проставляющим апостиль, не подтверждается и не проверяется. «Апостиль проставляется на самом документе или на отдельном листе, скрепляемом с документом; он должен соответствовать образцу, приложенному к настоящей Конвенции» (ст. 4). Эта норма является императивной, отступления от установленной формы предполагают отказ в принятии документа с «неисправным» апостилем.

Замена легализации проставлением апостиля касается только официальных документов (исчерпывающий перечень):

- документы, исходящие от органа или должностного лица, подчиняющихся юрисдикции государства, включая документы, исходящие от прокуратуры, секретаря суда или судебного исполнителя;
- административные документы;
- нотариальные акты;
- официальные пометки: отметки о регистрации; визы, подтверждающие определенную дату; удостоверение подписи на документе, не засвидетельствованном нотариусом.

Гаагская конвенция 1961 г. не распространяется:

- на документы, совершенные дипломатическими или консульскими агентами;
- на административные документы, имеющие отношение к коммерческой или таможенной операции (доверенности на совершение сделок, перемещение товаров через границу; договоры и соглашения о поставке товаров и предоставлении услуг, выполнении работ и расчетов по ним).

Апостилированию не подлежат документы, относящиеся к коммерческой деятельности, но совершенные на этих документах официальные акты должны быть апостилированы.

Государства-участники обязаны назначить органы, компетентные на проставление апостиля (ст. 6). В США корпоративные документы обычно заверяются государственным секретарем штата, хотя на проставление апостиля уполномочены и клерки Верховного суда или окружных судов. В России апостиль проставляют: Федеральная служба государственной регистрации, кадастра и картографии (Росреестр); органы Росреестра в субъектах РФ; органы загса администраций субъектов; отдел документально-справочной работы Федерального архивного агентства (Росархив); архивные органы субъектов РФ.

В российских арбитражных судах документы, выданные, составленные или удостоверенные по установленной форме компетентными органами иностранных государств по нормам иностранного права принимаются при условии проставления апостиля (ст. 255 АПК РФ). Арбитражным судам подведомственны споры о признании недействительными актов органов юстиции, содержащих отказ в проставлении апостиля на документы юридических лиц, направляемые в органы иностранного государства. Отказ в проставлении апостиля может быть обжалован и в общем судебном порядке.

Специальный режим. Гагская конвенция 1961 г. не препятствует применению международных соглашений, которые устанавливают более либеральный режим признания иностранных документов. Проставление апостиля не требуется, если законы, правила или обычаи, действующие в государстве, в котором представлен документ, либо договоренность между договаривающимися государствами, отменяют или упрощают данную процедуру или освобождают документ от легализации (ч. 2 ст. 3). Если двусторонний международный договор между государствами-участниками устанавливает более жесткие правила (консульская легализация), то применяется более либеральный режим Конвенции (ст. 8).

По Договору между СССР и Грецией о правовой помощи по гражданским и уголовным делам (1981) освобождаются от легализации только официальные документы, выданные или направляемые в связи с оказанием правовой помощи. Данное правило не может применяться, поскольку Россия и Греция — участники Гагской конвенции 1961 г., которая имеет приоритет по сравнению с двусторонним договором.

16.4. Электронный нотариат

Увеличение «электронной составляющей» гражданского оборота вызывает необходимость применения электронных технологий в международном нотариальном праве. Постоянный совет МСН подчеркивает, что международному обращению нотариальных документов будет способствовать стандартизация нотариальных форм, использование для их изготовления и передачи последних технических средств (голограммы, невыводимые чернила, электронная подпись), позволяющих снизить риск подделки или подмены. С 2003 г. в рамках Комиссии по информатике и новым технологиям МСН продолжается работа по созданию правовых механизмов удостоверения электронной нотариальной подписи государств.

Национальному нотариату рекомендовано создать специальную базу данных, обеспечив оперативный (через Интернет) доступ к ней нотариатов и отдельных нотариусов из других стран. Такая база должна содержать информацию:

1) обо всех нотариусах государства (региона): координаты, компетенция, время назначения на должность, срок истечения полномочий, любую другую полезную информацию;

2) о требованиях к легализации нотариальных документов в стране и ратифицированных ею конвенциях;

3) о технических средствах, используемых нотариусами для исключения фальсификации нотариальных документов (образцы печатей, бумага с водяными знаками, информация об уполномоченной для передачи за границу нотариальных документов организации).

В современном мире разработана и функционирует электронная система разрешения споров. Стокгольмская программа ЕС на 2010—2014 гг. настоятельно рекомендует использовать «электронное правосудие». В западных странах широко практикуется:

1) подача исковых заявлений и документов в электронной форме. Кстати, в соответствии с Федеральным законом от 27.07.2010 № 228-ФЗ документы, прилагаемые к заявлению о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда и иностранного арбитражного решения, могут быть представлены в арбитражный суд РФ в электронном виде (ч. 7 ст. 242 АПК РФ);

2) извещение через SMS-сообщения по мобильному телефону о судебных заседаниях;

3) использование видеотелефонов с протоколом сети Интернет для проведения предварительных судебных заседаний, рассмотрения заявлений отсутствующих сторон или заявлений, не содержащих спорных вопросов.

Видеоконференция со свидетелями используется для дачи показаний в том случае, когда они не способны физически присутствовать в суде.

Интернет-судопроизводство основано на использовании электронных документов. Главная проблема электронных документов — это проблема юридической силы такого документа. Электронная подпись в электронном документе призвана выполнить функцию подписи и печати.

Электронная нотариализация, выполняющая функцию заверяющей электронный документ электронной печати, позволяет обеспечить юридическую силу и достоверность документов с помощью одновременного проставления на электронном документе вместе с электронной подписью нотариуса специальной «метки времени» выполнения нотариального действия в электронном виде. Метка времени является доказательством того, что документ существовал в определенный момент и позволяет проследить вносимые в документ изменения. Проставление «метки времени» необходимо, чтобы впоследствии невозможно было изменить содержание электронного нотариального документа.

Электронная система разрешения споров предполагает широкое использование электронно-цифровой подписи. Электронная подпись позволяет защитить документ, подтвердить его подлинность и юридическую силу и ускорить процесс прохождения. Функции сертификации электронной подписи мог бы взять на себя нотариус¹:

1. Нотариат — организованная, компактная, прозрачная и достаточно немногочисленная система.

2. Нотариат привязан к административно-территориальному делению государства.

3. Нотариус выполняет публично-правовые функции и обязан быть беспристрастным.

4. Публичный статус архива нотариуса, который может вестись в электронной форме. Нотариальный архив носит публичный характер, после смерти или оставления должности он передается другому нотариусу либо в государственный архив.

5. Цель нотариата — обеспечение юридической безопасности гражданского оборота с применением разных правовых и технических средств, включая использование современных технологий.

В Интернет-судопроизводстве нотариат может быть полезен главным образом в доказательственной деятельности, поскольку возник и существует как институт, обеспечивающий создание квалифицированных доказательств. Существование доказательств в электронной форме изменяет отдельные элементы процесса доказывания. При внедрении информационных технологий нотариат можно использовать:

1) досудебное обеспечение доказательств; видеозапись показаний свидетеля с одновременным удостоверением ее подлинности нотариусом;

2) допрос свидетеля, находящегося за рубежом;

3) проверка подлинности нотариальных доверенностей и документов, исходящих от нотариуса, через создаваемую электронную систему единого нотариата;

4) электронное удостоверение копий документов, необходимых для судопроизводства;

5) передача документов в электронной форме через нотариуса;

6) ведение протоколов заседаний акционерных обществ с помощью видеозаписи, удостоверенной нотариусом;

7) создание электронных досье с документами;

8) в электронной форме может вестись реестр нотариальных действий с дублированием результатов хранения в нотариальных палатах. Рассмотрение споров в судах будет происходить существенно

¹ Международное частное право и нотариальная деятельность / под ред. В. В. Яркова, Н. Ю. Рассказовой. М., 2009 // СПС «Гарант».

легче и быстрее, поскольку доказательства смогут представляться в электронном виде.

Огромное значение для развития модели Интернет-нотариата имеет система организованного хранения информации (OMIS) — «корпоративная память». В Европе вполне можно представить себе создание «мегабанка данных» в сфере латинского нотариата¹.

Основными функциями электронного нотариата должны быть совершение и свидетельствование юридических актов, совершенных в электронной форме (электронная нотариализация), также в электронной форме. Для выполнения нотариальных действий в электронном виде необходим программный комплекс нотариализации, который должен быть установлен у каждого лица, уполномоченного выполнять нотариальные действия в электронном виде. Для выполнения нотариального действия в электронном виде требуется наличие цифровой подписи и возможности проставления метки времени совершения нотариального действия. Проставление метки времени необходимо для того, чтобы впоследствии нельзя было изменить содержание электронного нотариального документа.

Законодательство об электронном нотариате уже существует в странах англо-саксонской правовой системы. Отчасти это связано с более простым набором функций нотариуса по сравнению с функциями латинского нотариуса. Законодательство об электронном нотариате действует во всех штатах США. Из стран латинской системы развитием законодательства в сфере электронного нотариата активно занимается Венгрия, — с 2006 г. законодательно закреплено правомочие нотариуса удостоверить подлинность электронных документов при помощи электронной подписи. Документ, заверенный таким образом, имеет ту же юридическую силу, что и документ, заверенный обычной печатью. В 2008 г. во Франции был подписан первый нотариально удостоверенный акт в электронном формате. Под первыми во Франции нотариально удостоверенными электронными актами свои подписи поставили министр юстиции этой страны и нотариус.

Контрольные вопросы

1. Что представляют собой нотариальные действия в МЧП?
2. Что представляет собой система латинского нотариата?
3. В чем заключаются процедуры подтверждения юридической силы иностранных документов?
4. Что представляет собой электронный нотариат?

¹ Польс Й. Применение компьютера в нотариате // Нотариус. 2005. № 3.

Транснациональное банкротство (Международное конкурсное право)

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

- понятие и специфику транснационального банкротства;
- особенности производства по делам о трансграничной несостоятельности;
- коллизийные проблемы трансграничной несостоятельности;
- национально-правовое и международно-правовое регулирование трансграничной несостоятельности;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

17.1. Понятие и специфика транснационального банкротства (трансграничной несостоятельности)

Несостоятельность (банкротство) представляет собой «состояние имущества должника, судебным порядком установленное, которое дает основание предполагать недостаточность его для равномер-

ного удовлетворения всех кредиторов»¹. Наиболее общим образом несостоятельность можно определить как признанную судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов².

Отношения, возникающие в ходе реализации процедур несостоятельности, относятся к числу гражданско-правовых (возникают по поводу имущества субъекта гражданского права). Эти отношения имеют место в ходе реализации процедур несостоятельности, поэтому наряду с материально-правовыми нормами в законодательство о банкротстве традиционно включаются нормы процессуально-правового характера (порядок возбуждения и разрешения дел о банкротстве).

В силу особой сложности законодательства о несостоятельности, которое включает и материально-правовые, и процессуально-правовые нормы, невозможно сделать однозначный вывод о принадлежности законодательства о несостоятельности к той или иной отрасли права³. Регулирование отношений несостоятельности сочетает и частноправовой, и публично-правовой аспекты.

Национально-правовое регулирование несостоятельности является принципиально различным — по-разному определяются критерии несостоятельности; круг лиц, которые могут быть признаны несостоятельными; процедуры банкротства; особенности банкротства отдельных категорий должников. Если несостоятельный должник и кредиторы имеют разную национальную принадлежность либо имущество несостоятельного должника находится в разных странах, возникает проблема транснационального банкротства.

В доктрине используются термины: международные, многонациональные, экстерриториальные, трансграничные банкротства, трансграничная и транснациональная несостоятельность, трансграничное производство. Наиболее точным представляется термин «трансграничная несостоятельность (банкротство)» — территориальный характер процедур в рамках национальной правовой системы имеет эффект за границей⁴.

Поскольку отношения в связи с несостоятельностью — это прежде всего частные имущественные отношения, можно утверждать,

¹ Шершеневич Г. Ф. Конкурсный процесс (Классика российской цивилистики). М., 2000.

² Попондопуло В. Ф. Трансграничная несостоятельность // Международное коммерческое право : учеб. пособие. М., 2004.

³ Летин А. Б. Трансграничная несостоятельность как объект науки международного частного права // Государство и право. 2003. № 8.

⁴ Леанович Е. Б. Развитие международно-правового регулирования трансграничного банкротства // URL: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=713&Itemid=55

что проблемы транснационального банкротства входят в сферу действия МЧП. Эта точка зрения находит подтверждение в современном национальном законодательстве — Закон о конкурсном производстве Испании (2003) содержит разд. IX «Правила международного частного права», в Румынии принят Закон о международном частном праве в области банкротства (2002), в Швейцарии, Бельгии и Чехии вопросы транснационального банкротства включены в акты комплексной автономной кодификации МЧП.

Особый характер норм законодательства о несостоятельности порождает проблему, — куда следует включить транснациональное банкротство: в собственно МЧП или в МГП. Система МЧП включает коллизионные, материальные и процессуальные нормы, объединенные по единому признаку, — наличие связи с иностранным правопорядком. МГП представляет собой самостоятельную отрасль в системе МЧП. Представляется возможным включить в систему норм МЧП и совокупность материально-процессуальных норм, регулирующих трансграничную несостоятельность (*cross-border insolvency*). Трансграничная несостоятельность (международное конкурсное право) — самостоятельная отрасль МЧП в широком смысле слова.

ЮНСИТРАЛ определяет трансграничную несостоятельность как случаи, когда несостоятельный должник имеет активы в нескольких государствах или когда в числе кредиторов должника имеются кредиторы из другого государства, чем то, в котором осуществляется производство по делу о несостоятельности. Как и во всех других ситуациях, подпадающих в сферу действия МЧП, отношение должно характеризоваться проявлением юридической связи с правопорядками двух и более государств¹.

Юридическая связь с правопорядками разных государств в процедурах несостоятельности проявляется при наличии нижеперечисленных обстоятельств:

- правовая связь лица с двумя и более государствами через институты гражданства, domicilio, места нахождения, места инкорпорации, места ведения бизнеса;
- должник не является резидентом страны суда;
- кредиторы не являются резидентами страны суда;
- в процедуре банкротства принимает участие иностранный управляющий;
- место нахождения дочерних компаний и предприятий — за границей;
- наличие имущества в разных государствах;

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

- наличие обязательств перед кредиторами из других государств;
- возникновение обязательств данного лица за рубежом из деликта, договора или какого-либо другого основания, если это обязательство должно регулироваться правом иностранного государства по отношению к должнику;
- в отношении одного субъекта процедуры несостоятельности могут быть возбуждены в нескольких государствах.

Проблемы, возникающие в ситуации трансграничной несостоятельности:

- необходимость определить, под юрисдикцию какого государства подпадает конкретное дело;
- определение применимого права;
- признание за рубежом действительности и правовых последствий открытия процедуры несостоятельности;
- сотрудничество и координация производств в судах разных государств;
- международные механизмы признания и исполнения иностранных решений не распространяются на вопросы трансграничных банкротств.

При определении надлежащей юрисдикции трансграничного банкротства предпочтение, как правило, отдается стране, в которой находится основное место деятельности («центр жизненных интересов») должника. Действует территориальный принцип — подсудность «по месту нахождения ответчика». Во многих юрисдикциях подсудность имеет альтернативный характер, — компетентны в том числе правоприменительные органы по месту нахождения имущества должника.

Наряду с проблемами надлежащей юрисдикции возникает иной стандартный вопрос МЧП/МГП — признание и исполнение актов суда, рассматривающего или решившего дело о банкротстве. При этом речь идет не только о признании решения о банкротстве; в коллизию могут вступить положения права страны суда, рассматривающего дело, и положения права того государства, где конкурсный управляющий должен действовать¹.

Сложности и пробелы правового регулирования трансграничных банкротств объясняются тем, что по многим вопросам нет специальных правовых положений в национальном и в международном праве. Отсутствует единообразное правовое регулирование трансграничной несостоятельности. Обычно возбуждаются независимые производства по делам о банкротстве в заинтересованных странах либо

¹ Леанович Е. Б. Развитие международно-правового регулирования трансграничного банкротства // URL: http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=713&Itemid=55

предпринимаются попытки урегулирования долгов на основе принципа взаимности или международной вежливости. При отсутствии международного соглашения проводятся одновременные параллельные производства в разных государствах в соответствии с национальными законами, что ведет к увеличению издержек, связанных с удовлетворением требований иностранных кредиторов¹.

17.2. Особенности производства по делам о трансграничной несостоятельности

В доктрине отмечается два основных метода правового регулирования трансграничной несостоятельности:

- принцип единства и универсальности производства (теория единого производства);
- принцип множественности территориальных производств (теория параллельных производств).

Теория единого производства заключается в том, что все основные процедуры и главные процессуальные действия должны проходить в одном месте (по месту domicilia или ведения основного бизнеса должника). Теория параллельных производств — в отношении одного субъекта проходят независимые территориальные производства параллельно в нескольких государствах.

Принцип единой процедуры принимался за основу еще в начале XX в.: на Гаагских конференциях по международному частному праву в 1902—1904 гг. планировалось разработать проект Конвенции о несостоятельности. Она должна была служить образцом для создания соглашений на двусторонней основе или региональных договоров между отдельными государствами. Ведущим принципом проекта была идея единства конкурса: объявление «купца» несостоятельным в одной стране имеет силу во всех других государствах-участниках.

Система территориальных производств ограничивает действие процедур по банкротству территорией государства суда. Если у должника активы разбросаны по всему миру, то в каждой отдельной стране должна проводиться отдельная процедура банкротства. Каждому кредитору необходимо заявить свои требования во всех странах, где открывается процесс.

Основные преимущества теории единого производства²:

- действия всех кредиторов легче проконтролировать;

¹ Попондопуло В. Ф. Трансграничная несостоятельность // Международное коммерческое право : учеб. пособие. М., 2004.

² Степанов В. В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М., 1999; Wood P. R. Principles of International Insolvency. L., 1995.

- увеличивается возможность применения реабилитационных моделей, что позволяет более эффективно сохранять целостность активов;

- низкая стоимость затрат на проведение процедуры;
- все кредиторы принимают участие в процедуре на равном основании, на основании одного применяемого закона;
- все активы должника собираются в одном месте;
- применяются единые правила по ограничению действий кредиторов;

- кредиторы могут предположить, какое право будет применяться в случае несостоятельности их контрагента.

Наиболее существенные преимущества модели единого производства — облегчение контроля за действиями кредиторов, возможность применения реабилитационных процедур в отношении должника.

Основные недостатки модели единого производства:

- различие между законодательством страны открытия процедуры и стран, включающих иностранный элемент производства;

- кредиторам приходится участвовать в процедуре несостоятельности в соответствии с положениями иностранного права, которое им незнакомо;

- кредиторам приходится нести дополнительные расходы в связи с участием в иностранном производстве. Это особенно актуально применительно к кредиторам с небольшими суммами требований;

- проблема определения юрисдикции с учетом критериев домицилия и места основного ведения бизнеса;

- в законодательстве страны единого производства могут существовать ограничения на расчеты с нерезидентами;

- активы, которые находятся на территории других стран и могли бы быть использованы для удовлетворения местных кредиторов, могут пойти на удовлетворение фискальных претензий и обязательств из трудовых отношений в стране единого производства (привилегированное положение этих требований).

Главный недостаток универсальной процедуры — иностранный суд назначает управляющего, которому делегируются полномочия собственника на имущество должника и который ставит вопрос о выводе всех активов должника с территории других государств под юрисдикцию суда, открывшего производство. В такой ситуации необходимо учитывать интересы кредиторов, находящихся под юрисдикцией государств, на территории которых находится имущество должника. Теоретически все кредиторы равны (принцип равенства кредиторов), но на практике возможность удовлетворения требова-

ний кредиторов-нерезидентов по *lex fori concursus* представляется менее вероятной.

*Недостатки теории параллельных производств*¹:

- отсутствие скоординированных действий управляющих и ликвидаторов параллельных производств;
- дублирование усилий заинтересованных лиц;
- излишнее расходование ресурсов кредиторов и должника;
- аннулирование законных ожиданий кредиторов в связи с открытием производств в других юрисдикциях;
- различие национальных коллизионных норм в случае необходимости их применения для решения вопросов, возникающих в ходе процедуры несостоятельности.

Представители доктрины большей частью выступают за использование теории единого производства: «Метод единого производства имеет явные преимущества: применяются единые правила производства, все активы должника учитываются в одном месте, все кредиторы участвуют в процедурах на равных условиях... При современном развитии информационных технологий всем кредиторам могут быть предоставлены адекватные возможности участия в иностранном производстве»². На практике в основном применяется теория параллельных территориальных производств. Для нормального функционирования системы единого производства необходимо, чтобы государства, на территории которых находится имущество должника, признавали универсальность проведенных в какой-либо стране процедур банкротства³.

Высказывается мнение, что оптимальное решение проблемы правового регулирования трансграничной несостоятельности — механизм, основанный на сочетании основного и вторичного производств по делу о несостоятельности. «Смешанная» процедура трансграничной несостоятельности может заключаться в том, что классификация и удовлетворение требований кредиторов осуществляются по закону территориального производства, а принятие стратегических решений о судьбе предприятия должника — согласно законодательству страны, где открыто универсальное основное производство. Такой подход по существу закреплён в праве ЕС⁴.

¹ Rasmussen R. K. Resolving Transnational Insolvencies Through Private Ordering // 98 Mich. L. Rev. 2000

² Попондуло В. Ф., Панзани Л. Рекомендации в отношении трансграничного банкротства. (Материалы международной конференции по трансграничному банкротству) Проект Тасис «Эффективность процедур банкротства» // URL: http://www.Aldana.ru/files/fl_10pdf

³ Ануфриева Л. П. Международное частное право: В 3-х т. Т. 3 : учебник. М., 2000.

⁴ Хайрзоев В. В. Некоторые проблемы правового регулирования трансграничной несостоятельности (банкротства) // Право и политика. 2006. № 7.

Во Франции и Италии для осуществления процедур банкротства признается назначение иностранным судом конкурсного управляющего. Конкурсный управляющий не может непосредственно исполнить решение иностранного суда. Он не может обратиться на имущество иностранного предприятия без судебного приказа национального судьи. Для исполнения решения иностранного суда управляющий должен иметь экзекватуру национального суда. Прежде чем национальный суд выдаст экзекватуру, управляющий смотрит, не подан ли против такого предприятия иск и не открыто ли уже производство по делу о банкротстве.

17.3. Коллизионные проблемы трансграничной несостоятельности

Основная проблема регулирования трансграничного банкротства — вопрос о применимом праве. Процедуры банкротства по большей части представляют собой вопросы процесса, поэтому процессуальное и материальное право страны суда (страны открытия производства — *lex fori concursus*) регулирует большинство вопросов. Однако *lex fori concursus* не всегда адекватно может решить проблемы оснований для признания статуса и круг полномочий управляющего, отнесения имущества, находящегося за границей, к конкурсной массе, очередность в удовлетворении кредиторов. Кроме того, есть правоотношения, объективно отделяемые от банкротства, например обязательства должника перед кредиторами¹. Применимое к таким отношениям материальное право определяется на основе коллизионных норм *lex fori concursus*.

В 2005 г. ЮНСИТРАЛ приняла *Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности* в качестве справочного документа при подготовке новых законов и правил. Рекомендации Руководства не предназначены для включения в национальное законодательство в существующем виде. Этот документ входит в систему *lex mercatoria*.

В Руководстве подчеркивается, что в процессе о несостоятельности наиболее сложные проблемы возникают относительно права, которое будет применяться к вопросам действительности и юридической силы прав в активах должника, к режиму таких активов, прав или требований иностранных сторон. В производстве о трансграничной несостоятельности государство суда обычно применяет свои нормы МЧП (коллизионные нормы) для определения, какое право

¹ Леанович Е. Б. Развитие международно-правового регулирования трансграничного банкротства. http://evolutio.info/index.php?option=com_content&task=view&id=713&Itemid=55

применимо к вопросам действительности и юридической силы прав или требований, к их режиму в рамках процесса. В целом производство по делу о несостоятельности, как правило, регулируется правом государства, в котором оно возбуждено (*lex fori concursus*), но во многих государствах приняты исключения из применения этого права.

Типичной является ситуация, когда вопросы *открытия, ведения, завершения производства и управления* им регулируются *lex fori concursus*. Эти вопросы включают:

- определение должников, к которым могут применяться нормы законодательства о несостоятельности;
- определение сторон, которые могут ходатайствовать об открытии производства по делу о несостоятельности;
- определение условий, которые должны быть удовлетворены;
- последствия открытия производства, включая объем применения моратория;
- организацию управления имущественной массой;
- полномочия и функции участников;
- правила относительно приемлемости требований;
- приоритет и очередность требований;
- правила распределения.

Для определения *последствий несостоятельности относительно действительных прав и требований* предусматриваются исключения из применения *lex fori concursus*. Цель исключений состоит не в том, чтобы изменить право, применимое к вопросам о действительности и исковой силе (которое определяется на основе коллизионных норм суда), а изменить право, применимое к последствиям несостоятельности. Вместо *lex fori concursus* последствия о несостоятельности могут регулироваться правом, применимым к вопросу о действительности и юридической силе обязательств. Последствия о несостоятельности для права на зачет могут определяться не *lex fori concursus*, а законом, применимым к праву на зачет.

Платежные или расчетные системы и регулируемые финансовые рынки следует исключить из сферы применения *lex fori concursus*. В результате обращения к праву, применимому к системе или регулируемому рынку, можно избежать вмешательства в действие платежных и расчетных механизмов, что позволяет избежать возникновения системных рисков. Последствия производства по делу о несостоятельности для прав и обязательств участников платежной или расчетной системы либо регулируемого финансового рынка должны регулироваться исключительно правом, применимым к такой системе или рынку.

Другие исключения из применения *lex fori concursus* связаны с правом, применимым к платежным системам, трудовым договорам, положениям о расторжении сделок и правам собственности. В некоторых законодательствах устанавливаются исключения из применения *lex fori concursus* для охраны прав или интересов, особо защищаемых иностранным законодательством. Например, в отношении трудовых договоров предусматриваются специальные (часто императивные) защитные меры в виде создания финансовой системы безопасности для работников, установления ограничений на расторжение или изменение трудовых договоров в случае несостоятельности. Обоснование таких положений — защита разумных ожиданий работников в отношении их трудового контракта, принцип «защиты слабой стороны».

В 2009 г. в рамках ЮНСИТРАЛ (Рабочая группа V) подготовила Проект комментариев ЮНСИТРАЛ по сотрудничеству, сношениям и координации в процессе производства по делам о трансграничной несостоятельности. В Проекте отмечается, что когда в производство по делу о несостоятельности вовлечены стороны или активы, находящиеся в разных государствах, могут возникать сложные вопросы выбора правовой нормы, которая должна применяться к вопросам действительности и юридической силы прав в таких активах или требований в отношении этих активов; к режиму этих активов, к правам или требованиям сторон, находящихся за пределами государства, где было открыто производство о несостоятельности. Производство по делу о несостоятельности, как правило, регулируется правом того государства, в котором оно возбуждено (*lex fori concursus*), но во многих государствах приняты исключения из этого правила. Число таких исключений, а также их охват и принципиальное обоснование неодинаковы в разных странах. Различия в количестве и сфере применения таких исключений создают неопределенность и непредсказуемость для сторон, участвующих в производстве по делу о трансграничной несостоятельности. Конкретное решение в законодательстве о несостоятельности вопросов выбора правовой нормы может способствовать уяснению последствий производства по делам о несостоятельности для прав и требований сторон.

Однако в большинстве государств отсутствуют формально закрепленные коллизионные нормы, прямо относящиеся к решению вопросов трансграничной несостоятельности. Если в применимом законодательстве отсутствуют четкие правила на этот счет, то спора о применимом праве можно попытаться избежать с помощью соглашения, указав в нем, каким правом регулируются те или иные аспекты. Вопросы применимого права рассматриваются во многих соглашениях в связи с такими проблемами, как режим требований,

право на зачет и обеспечение, применение положений о расторжении сделок, использование активов и распоряжение ими, распределение поступлений от продажи активов должника.

При выборе права, применимого к таким вопросам, используются разные подходы. Один из них заключается в применении права государства суда, за исключением случаев, когда доктрина вежливости диктует применение иного права. В других соглашениях указывается, что эти вопросы должны решаться судом, рассматривающим дело, путем анализа, основанного на национальных коллизийных нормах, либо в соответствии с правом, регулирующим основное обязательство. Так, применительно к положениям о расторжении сделок должника в соглашении может предусматриваться использование права того государства, на чьей территории расположены субъекты, которым передавались активы. При этом может быть оговорено, что если право, регулирующее основное обязательство, не содержит четких положений или является правом государства, не участвующего в соглашении, то при определении судов, компетентных решать данный вопрос, должны применяться коллизийные нормы, действующие в одном из соответствующих государств. Согласно еще одному подходу уточняется, что если применение законодательства вовлеченных в дело стран ведет к противоречивым результатам, то следует применять коллизийные нормы третьей страны.

В процессе производства по делу о несостоятельности между сторонами может быть заключено несколько соглашений. При этом в предварительном соглашении может быть зафиксировано намерение сторон попытаться выработать последующее соглашение — например, о режиме требований, — в котором указано право, применимое к требованиям каждого должника и его соответствующих кредиторов в рамках другого производства.

Сотрудничество более всего необходимо в тех областях, где можно ожидать возникновения коллизий. Один из способов их предотвращения — достижение договоренности об ответственности каждой из сторон или, по меньшей мере, сотрудничестве в упомянутых областях.

Гаагская конвенция о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (2005), разграничивает право Конвенции (*lex causae*) и применимое право о несостоятельности (*lex concursus*) в контексте процедуры несостоятельности права, которые являются действительными и были оформлены в соответствии с Конвенцией, должны соблюдаться в рамках процедуры несостоятельности. Однако такие права не исключаются

из сферы действия общих норм о несостоятельности (например, очередность удовлетворения требований, принудительное соблюдение прав и признание недействительными сделок, совершенных с целью обмана кредиторов).

Конвенция 2005 г. применяется ко всем вопросам, касающимся событий, имевших место до открытия процедуры несостоятельности (прямая продажа или предоставление обеспечительного интереса). Суд по делам о несостоятельности или управляющий конкурсной массой не могут отказать в признании применимого права просто потому, что данное право не было установлено или окончательно оформлено в соответствии с *lex concursus*.

Lex concursus определяет, в какой мере правами можно воспользоваться в рамках процедуры несостоятельности. Например, обеспечительный интерес, оформленный в соответствии с Конвенцией в течение «подозрительного периода», может быть признан недействительным как «предпочтение» или «мошенническая передача». Приоритет такого интереса, существовавший до открытия процедуры несостоятельности, может быть заменен нормой законодательства о несостоятельности страны суда, которая регулирует очередность удовлетворения требования в той же степени, что и применительно к обеспечительному интересу.

Наиболее взвешенным представляется подход, сочетающий *lex fori concursus* и общий статут сделки:

— сделка не подлежит расторжению при несостоятельности, если она не подлежит расторжению согласно праву государства, в котором открыто производство о несостоятельности, и праву, регулирующему сделку;

— сделка может быть расторгнута, если такое расторжение может быть произведено либо согласно праву государства суда, либо согласно праву, регулирующему сделку.

Принципиальные соображения, лежащие в основе исключений из применения *lex fori concursus*, должны оцениваться с учетом других соображений, являющихся ключевыми для производства по делу о несостоятельности (максимальное повышение стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов; равный режим для всех кредиторов, находящихся в одинаковом положении). Применение права государства суда в производстве о несостоятельности позволяет избежать дорогостоящих и длительных судебных тяжб. Во многих случаях применение *lex fori concursus* к вопросам последствий несостоятельности может сократить издержки и расходы, т.е. максимально повысить стоимость имущественной массы в интересах всех кредиторов.

17.4. Национально-правовое регулирование отношений трансграничного банкротства

Практика транснациональных банкротств показывает, что основная идея всех современных систем правового регулирования несостоятельности заключается в том, что гораздо целесообразнее сохранить действующее предприятие, чем распродать его по частям. С этой точки зрения страны ЕС можно разделить на две группы, каждой из которых свойственна своя модель правового регулирования: рыночно-ориентированная и социально-ориентированная.

Законодательство стран, придерживающихся *рыночно-ориентированной* модели регулирования, подходит к проблеме несостоятельности как к проблеме всех участников рынка в целом. Роль правового регулирования — предотвратить снижение ценности имущественного комплекса должника вследствие односторонних действий кредиторов по взысканию долгов. Данная модель воспринята Германией, Данией, Ирландией.

Законодатель в странах, придерживающихся *социально-ориентированной* модели регулирования, видит в несостоятельности проблему распределения убытков и потерь среди членов общества (не только лиц, участвующих в производстве по делу, но и тех, кто прямо не принимает участия). Интересы кредиторов подчиняются общей политике, проводимой в отношении несостоятельного должника. Эта модель воспринята Францией, Италией, Португалией, Швецией.

Национально-правовое регулирование трансграничной несостоятельности условно можно свести к следующим моделям:

1. В рамках общего регулирования конкурсного производства. В законодательство о банкротстве включаются отдельные специальные нормы, посвященные решению отдельных вопросов конкурсных отношений, связанных с иностранным правопорядком (Россия, Италия). На данный момент эта модель устарела и в наименьшей степени соответствует современным задачам регламентации трансграничной несостоятельности.

2. В рамках общего регулирования конкурсного производства, но в законодательство о банкротстве включаются целые разделы, посвященные решению комплекса наиболее важных вопросов конкурсных отношений, связанных с иностранным правопорядком (Грузия, США, ФРГ, Испания). Это более современная модель регулирования; однако и такой путь не представляется оптимальным.

3. Принятие отдельных законов, регулирующих наиболее важные вопросы международных банкротств (Япония), или отдельных законов, целиком посвященных регулированию института трансгра-

ничной несостоятельности (Румыния, Великобритания). Еще более высокий стандарт нормативной регламентации. Возможно, ввиду особо сложного, комплексного характера данного института этот подход представляется современному законодателю наиболее приемлемым.

4. В акты кодификации МЧП/МГП включаются отдельные нормы, посвященные регулированию трансграничной несостоятельности (Перу, Венесуэла). Такой подход свидетельствует о признании института трансграничной несостоятельности частью МЧП/МГП. Как правило, эти нормы разрешают вопросы юрисдикции и признания иностранных решений.

5. Включение отдельных разделов, посвященных регулированию трансграничной несостоятельности, в общие акты автономной кодификации международного частного права (Швейцария, Бельгия, Чехия). Оптимальное законодательное решение; самый высокий стандарт регулирования.

Первая модель реализована в российском законодательстве. В России юридическую основу регулирования трансграничной несостоятельности, по идее, составляют международные договоры о правовой помощи. К настоящему времени Россия не подписала ни одного специального международного договора, посвященного вопросам трансграничного банкротства. Федеральный закон от 26 октября 2002 № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» (далее — Закон о банкротстве) предусматривает, что при отсутствии международных договоров решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом (ст. 1).

Термин «трансграничная несостоятельность» в российское законодательство был впервые введен в 2002 г. Законом о банкротстве. Статья 29 (ч. 4) Закона декларирует «оказание поддержки саморегулируемым организациям и арбитражным управляющим в ходе процедур банкротства, связанных с вопросами трансграничной несостоятельности». Понятие «трансграничная несостоятельность» в Законе о банкротстве не раскрывается.

Российским и иностранным кредиторам, участвующим в производстве по делу о банкротстве, предоставляются равные права. Статья 131 (ч. 1) Закона о банкротстве предусматривает включение в конкурсную массу должника всего имущества, вне зависимости от его нахождения, в том числе за рубежом.

Если российская компания является материнской по отношению к иностранной, то возбуждение дела о несостоятельности российской компании в соответствии с российским законодательством не служит

основанием для возбуждения дела о банкротстве иностранной компании: такие основания определяются в соответствии с применимым иностранным правом. Российский суд некомпетентен объявить иностранную компанию, зарегистрированную за рубежом, банкротом. К зарубежным активам российской компании должно применяться законодательство того государства, на территории которого находится имущество (если компания владеет им непосредственно). Если речь идет о дочерней компании российского юридического лица, либо о владении российской компанией долей или акциями иностранного юридического лица, то для выяснения особенностей возбуждения дела о банкротстве дочерней компании и процедуры отчуждения доли или акций иностранного юридического лица должно применяться соответствующее иностранное законодательство. Одновременно российское законодательство никак не решает вопросы несостоятельности трансграничных компаний, имеющих имущество и организационную структуру на территории одновременно нескольких государств¹.

Закон о банкротстве (ч. 6 ст. 1) предусматривает возможность признания решений иностранных судов государств по делам о несостоятельности. Закон о банкротстве содержит специальные правила признания подобных актов. Иностранный конкурсный управляющий должен обратиться в суд, компетентный для выдачи экзекютуры, и получить соответствующее определение о признании без последующего получения исполнительного листа. Такая позиция в целом соответствует положениям Типового закона ЮНСИТРАЛ: признание иностранного производства осуществляется не автоматически, а посредством направления ходатайства, отвечающего минимальным формальным требованиям (ст. 15). Заявление удовлетворяется либо не удовлетворяется, а иностранное производство признается в качестве основного или неосновного (ст. 17).

Коллизионное регулирование трансграничной несостоятельности в российском МЧП полностью отсутствует. Нет ни одной однозначно сформулированной коллизионной нормы, которая определяла бы статут трансграничной несостоятельности; нет и правил, которые отграничивали бы ее от других коллизионных привязок. В отечественной литературе присутствует мнение, что Закон о банкротстве является одним из основных актов, нормы которого составляют *lex fori concursus*². К сожалению, положения Закона не позволяют определить ни пределы применения *lex fori concursus* (как российского,

¹ Ярков В., Медведев И., Трушников С. Некоторые проблемы интернационализации цивилистического процесса и гражданских юрисдикций в России // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 1.

² Конкурсное производство : учебно-практич. курс. М., 2010.

так и иностранного), ни отграничить его применение от других коллизионных начал. Какое право должно применяться для регулирования трудовых отношений, связанных с банкротством? Как должно устанавливать право, применимое к вещным правам должника, — на основе ст. 1205 или ст. 1202 ГК РФ? Будет ли это право российским или иностранным в отношении части конкурсной массы российского должника, которая находится за рубежом¹?

В отечественной доктрине высказывается мнение, что единственной коллизионной нормой, которая может рассматриваться в качестве адекватной к ситуациям трансграничной несостоятельности, является подп. 4 п. 2 ст. 1202 ГК РФ (применение личного закона юридического лица к вопросам его создания, реорганизации и ликвидации)². Такая трактовка представляется вполне корректной, поскольку банкротство — это специальный порядок ликвидации юридического лица (ч. 1 ст. 65 ГК РФ, ч. 3 ст. 149 Закона о банкротстве).

Одновременно следует отметить, что одна норма ст. 1202 ГК РФ не способна обеспечить необходимое коллизионно-правовое регулирование отношений трансграничной несостоятельности, в частности, эта норма не может применяться к правоотношениям, возникающим при проведении реабилитационных процедур. Практически общепризнанно, что статут трансграничной несостоятельности определяется по *lex fori concursus*, который является основной, но далеко не единственной коллизионной привязкой, определяющей право, применимое к международному банкротству.

К настоящему времени в отечественной доктрине разработан целый комплекс рекомендаций по приведению российского конкурсного законодательства в соответствие с мировыми стандартами³:

1. Регулирование отношений, связанных с трансграничной несостоятельностью, должно осуществляться путем принятия отдельного федерального закона на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности. Это позволит регулировать данные отношения с определенной группой стран, в частности странами системы общего права, при условии инкорпорирования ими правил Типового закона в национальное законодательство.

2. Возможна подготовка и заключение двусторонних соглашений между Россией и другими странами. Уместно использовать опыт стран, имеющих такие соглашения. Например, Конвенция между Францией и Италией 1930 г. предусматривает, что судебная проце-

¹ Рягузов А. А. Правовое регулирование трансграничной несостоятельности : дис. канд. юрид. наук. М., 2008.

² Там же.

³ Попондопуло В. Ф. Международное коммерческое право : учеб. пособие. М., 2004.

дура, возбужденная в государстве по месту основного места нахождения должника, распространяется на территорию другой страны — участницы Конвенции, но запрещает возбуждение в этой стране другой процедуры.

3. Необходимо урегулировать отношения трансграничного банкротства в ГК РФ (в разд. VI «Международное частное право» определить право, подлежащее применению к отношениям трансграничного банкротства) и в Законе о банкротстве (определить исключения из правила о взаимности; установить возможность и условия открытия отдельного производства, затрагивающего находящееся внутри страны имущество иностранного должника; предусмотреть меры обеспечения требований российских кредиторов при банкротстве иностранного должника за счет его имущества, находящегося в России).

Вторая модель закреплена в законодательстве ФРГ — гл. 11 Положения о несостоятельности (1994) и ст. 102 Вводного закона к нему. Решения иностранных судов признаются на началах взаимности — «германские суды могут признавать иностранные судебные решения в отношении активов, находящихся на территории Германии». Признанию подлежат и само иностранное производство по делу о банкротстве, и иностранные решения в отношении обеспечительных мер, и иные судебные акты, принятые по делу. Признание иностранных производств не исключает открытия отдельного производства, ограниченного находящимися в Германии активами. В признании может быть отказано в случае нарушения иностранным судом правил международной подсудности либо если такое признание ведет к результату, явно несовместимому с «основополагающими принципами германского права». Исполнение судебных актов, принятых в ходе иностранного производства, возможно, если их допустимость будет признана решением немецкого суда. Иностранные кредиторы, участвующие в производстве о несостоятельности на территории ФРГ, имеют равные права с немецкими кредиторами.

Производство по делу о трансграничной несостоятельности и его последствия регулируются *lex fori concursus*. В немецкой литературе утверждается, что *lex fori concursus* — это двусторонняя коллизионная норма, подчеркивающая универсальный характер немецкого права в случае возбуждения процедуры в Германии и одновременно признающая действие иностранного права, когда процедура возбуждается за рубежом. При этом сфера действия *lex fori concursus* ограничена. Договоры о вещных правах на недвижимость и сами права на недвижимое имущество регулируются *lex rei sitae*. Статус морских и воздушных судов определяется правом страны, в которой ведется

соответствующий реестр. Перечень исключений из *lex fori concursus* имеет открытый характер.

Аналогичный подход воспринят в Грузии — Закон «О производстве по делу о неплатежеспособности» (2007) (гл. VII «Производство по делу о неплатежеспособности за рубежом»). Производство по делу о неплатежеспособности за рубежом должно быть признано в отношении находящихся в Грузии недвижимого имущества и кредиторов, кроме случаев, когда: а) суд, рассмотревший дело о неплатежеспособности, не правомочен согласно законодательству Грузии; б) производство по делу о неплатежеспособности за рубежом противоречит существенным принципам законодательства Грузии, в частности основным правам лиц. Порядок признания и исполнения решения, вынесенного в результате производства по делу о неплатежеспособности за рубежом, определяется Законом о МЧП Грузии (ст. 54).

При признании дела о неплатежеспособности, производство по которому было осуществлено за рубежом, возможно обособленное производство в Грузии (ст. 55):

1. Если должник, в отношении имущества которого за рубежом открыто производство по делу, руководит филиалом на территории Грузии, который самостоятельно заключает сделки, или объектом, производящим сельскохозяйственную продукцию. Обособленное производство касается только находящегося в Грузии имущества должника. Право участвовать в нем имеют только те кредиторы, требования которых связаны непосредственно с деятельностью филиала или объекта, производящего сельскохозяйственную продукцию.

2. Право на подачу заявления об открытии обособленного производства по делу о неплатежеспособности имеет наделенное соответствующим полномочием лицо, назначенное по производству по делу о неплатежеспособности за рубежом.

3. Кредиторы, участвующие в производстве по делу о неплатежеспособности за рубежом, в отношении части своих требований, не удовлетворенных при производстве по делу о неплатежеспособности за рубежом, могут участвовать в обособленном производстве по делу о неплатежеспособности в Грузии только в случае обоснования в суде своего интереса.

4. Для обособленного производства по делу о неплатежеспособности назначается опекун, который сотрудничает с имеющим соответствующие полномочия лицом, назначенным по производству по делу о неплатежеспособности за рубежом.

5. После прекращения обособленного производства по делу о неплатежеспособности оставшееся имущество возвращается имеющему соответствующее полномочие лицу, назначенному по производству по делу о неплатежеспособности за рубежом.

Вторая модель закреплена и в современном законодательстве Испании — Закон о конкурсном производстве (2003) содержит разд. IX «Правила международного частного права». Подход испанского законодателя основан на принципе универсальности. Признание иностранного производства в качестве основного не препятствует возбуждению процедуры в отношении активов испанских должников. Отсутствие взаимности — одно из оснований для отказа в признании иностранного судебного акта, принятого по делу о банкротстве. К процедуре, возбужденной в Испании, применяется *lex fori concursus*. Признание иностранного судебного акта осуществляется посредством экзекватуры.

Второй модели придерживается и *федеральное законодательство США*. На федеральном уровне процедуры банкротства регулирует Кодекс законов о банкротстве (титул 11 Свода федеральных законов США). Конгресс США в 1978 г. ввел в действие разд. 304 Кодекса, который в 2005 г. был пересмотрен и заменен гл. 15 «Вспомогательные процедуры и другие международные дела». Глава 15 содержит специальный раздел, посвященный сотрудничеству американских и иностранных судов для координации процедур, касающихся одного и того же должника. Предусматриваются взаимное признание иностранных судебных процедур и возможность возбуждения производства о несостоятельности в отношении иностранных компаний.

Американский законодатель рассматривает иностранное производство (*foreign proceeding*) как производство, возбужденное в стране domicile, места нахождения, основного места ведения бизнеса или нахождения основных активов должника. Иностранным кредиторам предоставляются те же права, что и американским.

Закон суда по месту рассмотрения дела о банкротстве (*lex fori concursus*) применяется, если его применение не нарушает законы и публичный порядок США, и если иностранные суды действуют в соответствии с фундаментальными правилами процессуальной открытости и справедливости. Американские суды должны оценить законодательство иностранной юрисдикции, для которой испрашивается процессуальная поддержка, по следующим параметрам:

- 1) насколько иностранная юрисдикция относится к кредиторам справедливо;
- 2) насколько иностранная юрисдикция препятствует мошенническому сокрытию собственности должника;
- 3) защищены ли американские кредиторы против предвзятого рассмотрения их требований.

Особенность американской системы регулирования трансграничной несостоятельности — наличие института воздержания амери-

канских судов от международной юрисдикции и возможность применения концепции *forum non conveniens*. Воздержание от осуществления юрисдикции (отклонение заявления, отказ от рассмотрения дела или его приостановление) допускается в случаях:

1) такое воздержание более благоприятно интересам должника и кредиторов (например, при существенном противоречии национального и иностранного права);

2) иностранное производство уже признано в США;

3) такое воздержание служит целям, декларируемым американским законодательством о банкротстве.

Принцип *forum non conveniens* исходит из следующих предпосылок, определяемых в каждом конкретном случае:

1) целесообразность осуществления конкурирующей юрисдикции;

2) оценка причин выбора заявителем именно американской юрисдикции;

3) соблюдение баланса между интересом заявителя в выборе американской юрисдикции, интересами других сторон и публичным интересом в выборе юрисдикции и достижении справедливости.

Третья модель предусмотрена в Японии — Закон о признании иностранных производств о несостоятельности и сотрудничестве (2000). Этот Закон реализует принцип «усеченной универсальности». Иностранные производства признаются, но в определенных случаях (перечень исчерпывающий). Закон закрепляет возможность отмены такого признания (отдельно определены основания обязательной отмены и отмены по усмотрению суда).

Схожая модель закреплена в законодательстве Румынии — Закон о международном частном праве в области банкротства (2002). Само название Закона показывает, что румынский законодатель включает институт трансграничной несостоятельности в МЧП. Закон представляет собой чрезвычайно высокий стандарт регулирования и является логическим продолжением кодификации румынского МЧП (Закона МЧП). Общий подход основан на принципе универсальности. Закон 2002 г. содержит материальные, коллизионные и процессуальные нормы. Основная коллизионная привязка — *lex fori concursus*.

С определенной долей условности (ввиду специфики правовой системы) к странам, придерживающимся третьей модели, можно отнести и Великобританию. Основным документом, регулирующим вопросы международных банкротств, является Акт о несостоятельности (2000) (*Insolvency Act*). В 2006 г. вступили в силу Правила о трансграничной несостоятельности. Правила являются *lex specialis* по отношению к общим нормам английского права о трансграничной несостоятельности.

Международная подсудность определяется (по опровержимой презумпции) по месту нахождения центра основных интересов должника в стране его регистрации. В английский суд вправе обратиться иностранный кредитор, которому предоставляются права кредитора по английскому праву. Английский суд признает иностранное производство как «основное» или «неосновное». Производство, возбужденное в Англии, распространяется только на английское имущество должника. Все заявления (о признании иностранного производства, принятии обеспечительных и иных защитных мер) подаются с обязательным приложением аффидевитов.

В Великобритании возбуждение производства о несостоятельности может быть осуществлено против любой компании, учрежденной в любой стране. Такой подход вытекает из особенностей английской системы — возможность подчинить спор юрисдикции английского суда, исходя из факта «присутствия» ответчика на территории Англии (возможность вручения судебной повестки). Если дело о признании юридического лица несостоятельным начато по инициативе должника, английский суд наделяется компетенцией, когда истец либо находится в Англии, либо имеет там место постоянного пребывания, либо ведет дела (лично или через агента). Если ходатайство о признании несостоятельности возбуждается кредитором, то для признания компетенции английского суда требуется, чтобы должник присутствовал в Англии, был там домицилирован, имел жилой дом, предприятие или вел дела.

Четвертая модель характерна для законодательства латиноамериканских стран. Признание в Перу иностранного решения о несостоятельности должно производиться с соблюдением требований об уведомлении и публичности, предусмотренных в перуанском законе для банкротств внутреннего характера. Перуанский суд, который рассматривает вопрос о признании иностранного решения о несостоятельности, может распорядиться об обеспечительных мерах с момента представления ходатайства о признании.

Последствия несостоятельности, объявленной за границей и признанной в Перу, определяются по перуанскому закону в том, что касается имущества, расположенных в Перу, и прав кредиторов. Судья в соответствии с перуанским законом формирует, управляет и распределяет конкурсную массу в Перу, удовлетворяя права кредиторов, имеющих место жительства в Перу, и зарегистрированные в Перу требования согласно очередности, установленной в перуанском законодательстве.

Если в Перу не имеется проживающих кредиторов или зарегистрированных требований, или если после их удовлетворения у несостоятельного должника остается имущество, такое имущество пере-

дается управляющему по несостоятельности за границей с предварительным утверждением перед перуанским судьей правильности и очередности удовлетворения требований, реализованных за границей (ст. 2105 ГК Перу).

Венесуэльские суды обладают юрисдикцией рассматривать дела, вызванные предъявлением исков, относящихся к полному распределению имущества при банкротствах: 1) когда венесуэльское право является компетентным в соответствии с положениями настоящего закона регулировать существо тяжбы; 2) когда на территории Венесуэлы находятся имущества, которые образуют составную часть полностью распределяемых имущества (ст. 41 Закона о МЧП).

Пятая модель впервые была разработана в *Швейцарии* — Закон о МЧП 1987 г. (гл. 11 «Несостоятельность и мировое соглашение в конкурсном производстве»). Иностранное решение о несостоятельности, вынесенное в государстве места жительства должника, признается по запросу иностранного управляющего или одного из кредиторов. Если имущество находится в разных местах, суд, первым принявший дело к производству, обладает исключительной компетенцией. Местом нахождения прав требования несостоятельного должника считается место жительства его должника.

Швейцарский законодатель не подразделяет иностранные производства на основные и дополнительные. Территориальная подсудность внутри Швейцарии определяется по месту нахождения имущества иностранного должника. Возбуждение территориального производства в отношении швейцарских активов должника не предусматривается, однако признание иностранного решения имеет для находящегося в Швейцарии имущества определенные правовые последствия. К искам о признании недействительности сделок несостоятельного должника применяется швейцарское право.

Признание иностранного реестра требований кредиторов относится к ведению швейцарского суда, в компетенцию которого входит признание иностранного решения о несостоятельности должника. Компетентный суд должен убедиться в том, что кредиторы, имеющие место жительства в Швейцарии, были надлежащим образом включены в иностранный реестр.

Примеру Швейцарии последовал законодатель *Бельгии* — Кодекс МЧП 2004 г. (гл. XI «Производство по распределению имущества при банкротстве»). Трансграничная несостоятельность нормативно утверждается как самостоятельный институт МЧП. В Кодексе содержится небольшой глоссарий необходимых терминов:

— «рассмотрение банкротства» — это производство по распределению имущества при банкротстве;

— «основное рассмотрение» — это рассмотрение банкротства, которое затрагивает в целом имущество должника;

— «территориальное рассмотрение банкротства» — это рассмотрение банкротства, затрагивающее только то имущество должника, которое находится на территории государства, где начато рассмотрение.

Признание в Бельгии иностранного судебного решения, которое открывает основное производство, не затрагивает компетенции бельгийского суда по открытию территориального рассмотрения. Рассмотрение банкротства, открытого на территории Бельгии, и его последствия регулируются бельгийским правом. Бельгийское право определяет условия открытия рассмотрений, их проведение и закрытие. Без ущерба для применения бельгийского права (в отношении исков о ничтожности, аннулировании и неисполнимости актов, неблагоприятных для всех кредиторов) последствия открытия рассмотрений о банкротстве могут регулироваться иностранным правом. Применимое иностранное право:

1. Вещные права третьих лиц в отношении имущества, находящегося на территории другого государства, — право, подлежащее применению к этим вещным правам.

2. Права кредитора требовать присоединения его иска к иску должника, — право, подлежащее применению к иску должника о банкротстве.

3. Контракт, дающий право на приобретение или использование недвижимого имущества, — право, подлежащее применению к данному контракту.

4. Права и обязанности сторон в отношении системы платежа или финансового рынка, — право, подлежащее применению к этой системе или рынку.

5. Трудовые контракты и трудовые отношения — право, подлежащее применению к трудовому контракту.

6. Права должника на недвижимость, судно или самолет, которые подлежат регистрации в государственном реестре, — право, подлежащее применению к этим правам.

Бельгийский законодатель первым в мире закрепил в национальном праве такой широкий и детальный перечень коллизионных норм, применимых к международному банкротству. С точки зрения бельгийского законодателя, иное решение коллизионных вопросов может противоречить правам сторон. Иностранное судебное решение может не порождать никаких последствий в Бельгии, если при его вынесении вопросы применимого права были решены иначе, чем это установлено в Кодексе.

Иностранный суд, вынося решение, признание и исполнение которого будет истребовано в Бельгии, должен учитывать коллизи-

онные нормы бельгийского права. Подобный подход вообще характерен для романских стран (аналогичное требование к признанию и исполнению иностранных решений закреплено в законодательстве Франции). На практике это создает серьезные проблемы для признания иностранных актов о несостоятельности.

Схожая модель регулирования закреплена и в Чехии — проект Закона о МЧП содержит гл. 6 «Процедура банкротства» (§ 111—117). Чешский законодатель предусматривает специальное регулирование трансграничной несостоятельности финансово-кредитных организаций и страховых компаний.

17.5. Международно-правовое регулирование трансграничной несостоятельности

В области банкротства действуют *двусторонние соглашения о регулировании вопросов несостоятельности юридических и физических лиц*: франко-швейцарская конвенция (1869); бельгийско-голландское соглашение (1925); франко-итальянская конвенция (1930); германо-голландское соглашение (1962); франко-австрийская конвенция (1979). Общее в этих конвенциях — концепция единого производства. Подчеркивается, что осложнение судебного производства открытием параллельного разбирательства в суде другого государства не должно иметь места в связи с удвоением судебных расходов, увеличением длительности процесса и отсутствием возможности быстрого и результативного сотрудничества между судебными органами.

Судебная процедура, возбужденная в государстве по месту основного места нахождения должника, распространяется и на территорию стран, являющихся сторонами в договоре, но запрещает возбуждение в этих странах другой процедуры. Соглашения закрепляют признание юрисдикции домицилия или места основного ведения бизнеса, полномочий иностранного ликвидатора (управляющего).

Попытки разработать универсальное международное регулирование вопросов трансграничной несостоятельности предпринимаются в течение более 100 лет. Гаагской конференцией по МЧП в 1925 г. была подготовлена Конвенция о банкротстве (в силу не вступила); на региональном уровне известна Конвенция северных стран о банкротстве (1933).

Действующее конвенционное регулирование транснационального банкротства имеет место на региональном уровне. Кодекс Бустаманте (разд. IX) закрепляет смешанную систему конкурсного производства: «Если неплатежеспособный должник, по делам которого назначен конкурс или объявлена несостоятельность, имеет

только один домициль, может быть только одно охранительное производство по несостоятельности, только одна приостановка платежей, одно соглашение об отсрочке для всех его имуществ и обязательств в договаривающихся государствах. Если одно и то же лицо имеет больше чем в одном из договаривающихся государств различные предприятия, раздельные экономически, то может быть столько охранительных процедур по несостоятельности, сколько торговых предприятий» (ст. 414, 415).

Объявление банкротства или несостоятельности, произведенное в одном государстве, подлежит исполнению в других государствах по формам, установленным для судебных решений; оно влечет в отношении лиц, против которых произведено, все последствия решения, вступившего в законную силу (ст. 417). Полномочия и функции синдиков (управляющих), назначенных в одном из договаривающихся государств, имеют внеземельные (экстерриториальные) последствия в прочих государствах без необходимости выполнения каких-либо местных формальностей.

Любое производство ведется на основе *lex fori concursus*. Вещные иски и вещные права подчинены закону места нахождения вещей, и компетенции суда места нахождения вещи (ст. 420). Соглашение между кредиторами и банкротом или несостоятельным должником имеет внеземельные последствия, за исключением права на вещный иск кредиторов, которые не приняли этого соглашения. Восстановление банкрота в правах (реабилитация) имеет внеземельные последствия.

В 1990 г. принята Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства (в силу не вступила). Конвенция не опирается на принцип единого производства. Ее основные идеи — взаимное признание полномочий ликвидатора (конкурсного управляющего), особенно в отношении сбора активов; возможность параллельных (вторичных) производств в государствах по месту нахождения активов должника. Основное правило подсудности — преимущество отдается судам и другим органам государства-участника, где должник имеет центр деловой активности (место нахождения руководящих органов). Дополнительное правило подсудности — суды и другие органы государства-участника, на территории которого должник осуществляет ведение хозяйственной деятельности, также обладают компетенцией возбуждать производство по делу о банкротстве.

В рамках параллельных производств подлежат удовлетворению требования, обеспеченные имуществом должника, и иные требования приоритетных кредиторов (требования работников, налоговых органов). Вторичное банкротство регулируется правом того государства-участника, в котором открыто основное банкротство.

Положения данной Конвенции составили основу Конвенции ЕС о трансграничной несостоятельности (1995), Регламента Совета ЕС № 1346/2000 о производстве по делам о несостоятельности, Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997).

ЮНСИТРАЛ в сотрудничестве с Международной ассоциацией специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ) был подготовлен *Типовой закон о трансграничной несостоятельности* (1997) — законодательный текст, который государствам рекомендуется принять в качестве части своего национального законодательства. Этот Типовой закон входит в систему *lex mercatoria*.

Типовой закон рассчитан на ситуации, когда большинство кредиторов находятся в одном государстве, а активы — в нескольких. При равномерном распределении активов и кредиторов в нескольких государствах Закон может регулировать только информационный обмен между судами и иными компетентными органами, предоставление информации иностранным кредиторам¹.

Основная цель Типового закона — взаимодействие между судами различных государств, защита интересов всех кредиторов и должника. Производство по делу о банкротстве считается основным, если оно было инициировано в государстве, где находится центр деловой активности должника. В государстве по месту нахождения активов должника может быть возбуждено параллельное производство.

По месту нахождения центра деловой активности должника инициируется «основное производство». Это положение, как и положения о признании полномочий иностранного представителя или судебной помощи, свидетельствует о признании метода единого производства. Однако Типовой закон все же основан на методе параллельных производств.

В основе процедуры трансграничной несостоятельности лежит ее деление на основную и неосновную (ст. 2). Лицо, уполномоченное вести реорганизацию или ликвидацию должника, получает право напрямую обращаться к компетентным органам иностранных государств (ст. 5). Суд имеет право напрямую обращаться в суды или к уполномоченным лицам иностранных государств (ст. 25).

Типовой закон уравнивает в правах иностранных и местных кредиторов, обязывая суды принимать меры, необходимые для уведомления иностранных кредиторов. Иностранное уполномоченное лицо имеет право обратиться в суд с иском о признании иностранной процедуры. Суд выносит решение о признании иностранной процедуры в качестве основной либо неосновной (п. 2 ст. 17).

¹ Попондопуло В. Ф. Трансграничная несостоятельность // Международное коммерческое право : учеб. пособие. М., 2004.

Типовой закон не запрещает возбуждение процедуры несостоятельности (банкротства) в государстве, суд которого признал иностранную процедуру основной. Для этого достаточно соблюдения требований национального законодательства, касающихся начала такой процедуры. Типовой закон рассматривает признание иностранной процедуры в качестве основной как доказательство того, что должник является несостоятельным (ст. 31).

При параллельном производстве могут быть удовлетворены требования кредиторов, обеспеченные залогом имущества должника, а также другие требования или приоритетные кредиторы (работники, налоговые органы). Кредиторы, проживающие в государстве, в котором возбуждено параллельное производство, могут обратиться за удовлетворением своих требований за счет активов и кредитов должника, собранных в параллельном производстве. Эти кредиторы могут предъявить свои требования и в основном производстве.

Статус управляющего, правовое положение должника, порядок формирования конкурсной массы, другие процессуальные моменты определяются согласно *lex fori concursus*. Признание основного производства влечет автоматическое приостановление рассмотрения в судах признавшего государства всех требований в отношении имущества должника и исполнительных производств; устанавливается запрет на отчуждение активов должника. При признании основного производства параллельный конкурсный процесс ограничивается активами должника, находящимися в данном государстве.

17.6. Институт трансграничной несостоятельности в праве Европейского Союза

Наиболее детально институт трансграничной несостоятельности регламентируется в праве ЕС. Конвенция ЕС о трансграничной несостоятельности (1995) относится к сотрудничеству по вопросам банкротства в рамках ЕС и не распространяется на отношения государств — членов ЕС с третьими государствами. Конвенция максимально совмещает методы единого производства и вторичных производств, обеспечивает систему взаимодействия этих производств при трансграничной несостоятельности. Конвенция была ратифицирована всеми государствами — членами ЕС, кроме Великобритании, и в силу не вступила.

Основное производство открывается в месте центра деловой активности должника. Признание основного производства на территории всех членов ЕС означает распространение действия этого

производства на другие государства — члены ЕС. Признание основного производства на всей территории ЕС не исключает возможности открытия вторичных производств в государствах, в которых должник имеет свое учреждение или ведет деятельность.

Вторичное производство ограничивается активами, находящимися в соответствующем государстве. Оно может быть возбуждено раньше основного, если по праву государства вторичного производства условия для открытия производства наступили, а в государстве основного ведения бизнеса (возможного основного производства) такие условия еще не наступили. Подчиняя вторичные производства основному, Конвенция обеспечивает координацию между ними. Вторичное производство не является специальным типом производства, это обычное производство по делу о банкротстве, к которому применяется национальное законодательство о несостоятельности.

Применимым правом является право государства, возбудившего соответствующее производство. Активы должника, находящиеся за пределами государства, в котором возбуждено производство, этим производством не затрагиваются. Конвенция 1995 г. допускает во вторичное производство только тех кредиторов, чьи требования признаны в основном производстве.

В 1999 г. Европейский парламент принял Резолюцию по Конвенции 1995 г., в которой Комиссии было рекомендовано внести предложение о принятии Директивы или Регламента, регулирующих процедуры несостоятельности, затрагивающие компании, ведущие свою деятельность в нескольких государствах-членах. Регламент ЕС № 1346/2000 о процедурах несостоятельности вступил в силу в 2002 г. Частично он основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ (положение об основном и вторичном производстве). Фактически Регламент воспроизводит текст Конвенции 1995 г., за исключением положений о толковании Конвенции Судом ЕС. В Преамбуле Регламента указано, что эффективная процедура трансграничной несостоятельности необходима для надлежащего функционирования единого рынка. Предприятия не должны иметь возможность переводить активы из одного государства-члена в другое в целях выбора наиболее благоприятного режима процедур банкротства (*forum shopping*).

Регламент действует в отношении как физических, так и юридических лиц, но не затрагивает юридические лица публичного права и не применяется к процедурам несостоятельности страховых организаций, кредитных учреждений, инвестиционных компаний, коллективных инвестиционных предприятий. Место рассмотрения дела о банкротстве в суде основного (первичного) производства определяется по принципу приоритета суда государства, в котором долж-

ник имеет центр основных интересов. Центр основных интересов — это страна, в которой расположена наибольшая часть имущественного комплекса или сконцентрирована экономическая активность должника. Если такой центр определить не удастся, местом рассмотрения спора будет место нахождения зарегистрированного офиса, для физического лица — место его проживания.

Условие применения Регламента — нахождение «центра основных интересов» несостоятельного должника на территории любого договаривающегося государства. Ключевое понятие Регламента — «центр основных интересов лица». Толкование этого понятия — компромисс между теориями оседлости, инкорпорации и эффективного места деятельности. Центр основных интересов понимается в том смысле, что только в этом государстве может быть открыто основное производство.

Суды *ex officio* должны контролировать применение критериев определения подсудности с учетом следующих презумпций¹:

- местом основных интересов юридического лица считается место нахождения зарегистрированного офиса. Если компания зарегистрирована по почтовому ящику, то местом основных интересов такой компании считается местонахождение ее центрального органа или штаб-квартиры;
- местом основных интересов коммерсанта считается юридический адрес, а некоммерсанта — место их обычного проживания.

При этом установление центра основных интересов должно производиться в каждом отдельном случае исходя из конкретного набора обстоятельств по делу. Регламент не содержит прямо выраженного правила относительно разрешения коллизии юрисдикции, если в двух и более государствах будут открыты основные производства. По общему правилу, приоритет следует отдать производству, хронологически открытому ранее.

При открытии производства суд рассматривает ходатайство кредиторов, в котором они должны обосновать, почему в суд именно этого государства были заявлены требования о признании должника неплатежеспособным. Если суд сочтет обоснование кредиторов убедительным, документально подтвержденным и правомерным, он открывает производство по соответствующему делу. Если доводы кредиторов расценены судом как неосновательные, он должен передать дело в суд другой страны в рамках правила о domicilio.

Процедура несостоятельности протекает на двух уровнях: универсальном и территориальном. Универсальная модель предполагает единую процедуру несостоятельности, объединяющую все

¹ Кулешов В. Банкротство по нормам Европейского союза // Бизнес-адвокат. 2001. № 11.

активы должника, находящиеся в разных странах, взаимное признание государствами — членами ЕС последствий такой процедуры. Территориальная модель охватывает только активы должника, находящиеся на территории конкретного государства ЕС; последствия несостоятельности наступают лишь на его территории. Допускаются параллельные процедуры несостоятельности одновременно в нескольких государствах в соответствии с их национальным законодательством.

Применимое право — законодательство государства, в котором возбуждена как основная, так и вторичная процедуры. Право, применимое во вторичном производстве, определено Регламентом как синтез единых правил и норм национального законодательства страны места вторичного производства. Национальное законодательство определяет:

- очередность кредиторских требований;
- правовые последствия заключения сделок и контрактов;
- способы реализации имущества должника, составляющего конкурсную массу.

Решение суда или иного компетентного органа государства о возбуждении основной процедуры несостоятельности подлежит немедленному признанию во всех договаривающихся государствах с момента его вынесения без каких-либо формальностей. Под признанием решения иностранного суда понимается признание его компетенции на вынесение данного решения и правовых последствий решения на территории других государств. Решение суда об открытии вторичного производства признается только на территории государства места вторичного производства; с его изданием действие правовых последствий основного производства на территории данного государства прекращается.

Любое государство — член ЕС может отказать в признании производства по делу о банкротстве, открытого в другом государстве, или отказать в исполнении постановления суда, принятого в связи с таким производством, если последствия такого признания или исполнения явным образом противоречат государственной политике страны, ее основополагающим принципам или конституционным правам и свободам граждан.

Суд ЕС занимается вопросами трансграничной несостоятельности при рассмотрении дел, переданных ему для вынесения решений преюдициального характера. Прежде всего это вопросы признания иностранного решения о несостоятельности и его правовых последствий на территории других государств — членов ЕС. Решения национального суда, открывшего производство по делу о несостоятельности, касающиеся ведения и закрытия производства, подлежат авто-

матическому признанию и могут быть принудительно исполнены в соответствии с положениями Брюссель I на территории всех государств ЕС. Положения Регламента относительно автоматического признания и принудительного исполнения решений суда, открывшего дело о несостоятельности, применяются к решениям, вытекающим непосредственно из производства по делу о несостоятельности или непосредственно связанным с ним, даже если они вынесены другим судом.

Важное место в практике Суда ЕС занимают вопросы, связанные с применением принципа единства производства по делу о несостоятельности. Суд определил критерии, позволяющие судить о вынесении судебного акта в рамках единого производства по делу о несостоятельности:

1. В основании судебного акта должен лежать закон, регулирующий правоотношения, связанные с банкротством или процедурой ликвидации несостоятельного должника.

2. Судебный акт должен быть вынесен судом, который принял решение об открытии процедуры банкротства или ликвидации имущества должника.

3. Судебный акт должен быть вынесен по заявлению ликвидатора, назначенного судом и уполномоченного действовать от имени и в интересах всех кредиторов с целью удовлетворения их требований при соблюдении принципа равенства.

4. Судебный акт должен быть вынесен в пользу всех кредиторов, что происходит, когда ликвидатор доказывает правомерность своих претензий об истребовании активов в конкурсную массу, право на которую имеют все кредиторы в целом.

5. Универсальная процедура охватывает все производства, открытые в отношении должника, которые непосредственно вытекают или тесным образом связаны с производством по делу о несостоятельности.

Суд ЕС уделяет большое внимание применению Директивы № 80/987/ЕЕС о сближении законодательств государств-членов в отношении защиты наемных работников в случае несостоятельности их работодателя (1980). Основная цель Директивы — гарантия минимального уровня защиты наемных работников от невыплаты заработной платы в случае банкротства их работодателя. Суд ЕС установил критерий, в соответствии с которым должен определяться компетентный орган государства, ответственный за урегулирование непогашенной задолженности по заработной плате и приравненным к ней выплатам. Критерием определения такого органа следует считать место заключения трудового контракта между работником и работодателем-банкротом.

Практика Суда ЕС свидетельствует об утверждении на территории государств-членов общего правила, — процедура несостоятельности в целом подчиняется праву страны суда (*lex fori concursus*). Исключения из этого правила:

1. Обязательства по сделкам должника должны исполняться в нескольких государствах.
2. Обязательства должника имеют отношение к вещным правам.
3. Кредитор имеет право на зачет требований. К зачету будет применяться право, регулирующее основное обязательство.
4. Обязательства связаны с платежными системами и финансовыми рынками. К таким обязательствам применяется право, применимое к самим платежным системам и финансовым рынкам.
5. Обязательства связаны с трудовыми отношениями в части их длительности, прекращения, правами и обязанностями сторон по трудовым контрактам. К ним применимо право, регулирующее трудовые отношения. Вопросы очередности выплат регулируются правом, применимым к основной процедуре.

Контрольные вопросы

1. Как можно определить понятие и специфику транснационального банкротства?
2. В чем заключаются особенности производства по делам о трансграничной несостоятельности?
3. В чем заключаются коллизионные проблемы трансграничной несостоятельности?
4. Как осуществляется национально-правовое регулирование отношений трансграничного банкротства?
5. Как осуществляется международно-правовое регулирование трансграничной несостоятельности?
6. Что представляет собой институт трансграничной несостоятельности в праве ЕС?

Международный коммерческий арбитраж

В результате освоения этой темы студент должен:

знать

— правовую природу международного коммерческого арбитража, его понятие и виды;

— понятие арбитражного соглашения;

— взаимоотношения международного коммерческого арбитража и государственных судов;

— признание и принудительное исполнение иностранных арбитражных решений;

— международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража;

уметь использовать полученные знания в учебном процессе и в практической деятельности;

владеть навыками работы с российскими и иностранными нормативными правовыми актами, документами международно-правового характера, научной литературой и аналитическими материалами.

18.1. Правовая природа международного коммерческого арбитража, его понятие и виды

Международный коммерческий арбитраж (МКА) — особый механизм рассмотрения международных коммерческих споров. Стороной

спора может быть государство, но спор по своему содержанию имеет частноправовой характер и второй стороной обязательно выступает лицо частного права: «Предметом арбитражного разбирательства может быть любой спор имущественного характера. Если в качестве одной из сторон арбитражного соглашения выступает государство, государственное предприятие или подведомственная государству организация, эта сторона не вправе ссылаться на свой закон с целью оспаривания подведомственности спора арбитражу или своей способности участвовать в арбитражном процессе в качестве стороны» (ст. 177 Закона о МЧП Швейцарии).

МКА (третейский суд) — это суд, избранный в соответствии с волей сторон для разрешения спора между ними. Спор рассматривается независимым арбитром, избранным сторонами на основе его профессиональных качеств в целях вынесения окончательного и обязательного для сторон решения. МКА изымает споры по вопросам толкования и исполнения коммерческих контрактов из компетенции национальных судов общей и специальной юрисдикции. Наиболее существенным аспектом юридической природы арбитража является его негосударственный характер. Арбитраж — это третейский суд, компетентный рассматривать спор только в случае наличия арбитражного соглашения сторон, т.е. в случае явно выраженного согласия субъектов спора. Суд — это орган государственной судебной системы, наделенный компетенцией в силу прямого указания национального права, а не в силу частного соглашения¹.

Третейское разбирательство в МКА следует отличать от третейского разбирательства споров между государствами на основе норм международного публичного права специальными международными судебными органами (Международный Суд ООН, Постоянная палата Третейского суда, арбитражи *ad hoc*, созданные для разбирательства конкретного межгосударственного спора). В свою очередь, от международного коммерческого арбитража, рассматривающего вопросы о праве, необходимо отличать специальный арбитраж по техническим вопросам (по проверке цены и доброкачественности товара), имеющий значение экспертизы и являющийся предпосылкой для передачи дела на рассмотрение третейского суда. Арбитраж как третейский суд по вопросам права и технический арбитраж — это разные понятия.

Отличительная особенность МКА — его характер как *третейского суда*, т.е. суда, создаваемого на основе автономии воли сторон и имеющего негосударственную природу. Термины «МКА» и «третейский суд» являются синонимами. Указание «третейский суд» подчеркивает негосударственную природу МКА: это негосударственная, обще-

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

ственная организация, несмотря на то что она создается и функционирует на основе национального права.

Нужно иметь в виду, что в нашей стране термин «третейский суд» в основном означает третейский суд, находящийся на территории РФ (ст. 230 АПК РФ). Как правило, МКА с местом проведения разбирательства за рубежом обозначается термином «иностранный арбитраж». Термины «третейский суд» и «иностранный арбитраж» недвусмысленно разграничиваются российским законодателем во многих нормах АПК РФ (ст. 31, 32, п. 8, 9 ст. 38).

Термин «МКА» (точно так же, как термины МЧП и МГП) имеет условный характер. «Международный» означает наличие в деле юридической связи с иностранным правопорядком и относится к характеру рассматриваемых споров — они возникают из международной коммерческой сделки. МКА учреждается в соответствии с национальным правом. Его деятельность — это деятельность национального правоприменительного органа на основе норм национального законодательства.

МКА — особое, специфическое явление правовой реальности, которое имеет смешанную (материально-процессуальную) природу¹. МКА — самостоятельная отрасль в системе МЧП; одновременно МКА в наибольшей степени связан с МГП. МГП — это рассмотрение гражданско-правовых споров, связанных с иностранным правопорядком, в государственных правоприменительных органах. МКА — это рассмотрение определенной категории гражданско-правовых споров (международных коммерческих споров) в негосударственных третейских судах. Исполнение решений МКА находится в компетенции государственных судебных органов.

Кроме МКА международные коммерческие споры могут рассматриваться:

- в системе специализированных государственных (хозяйственных, торговых) судов;
- в национальных (внутренних) третейских судах;
- в национальных государственных судах общей юрисдикции.

Принципиальное отличие разбирательства споров в МКА от всех остальных способов рассмотрения подобных споров в том, что МКА специально создан для разбирательства споров из международных коммерческих отношений, а потому в наибольшей степени компетентен по данным вопросам. Его преимущества:

- 1) обращение в МКА дает сторонам возможность не подчиняться строго регламентированному национальному правопорядку в отно-

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

шении юрисдикции определенных правоприменительных органов, применимого права и процедуры рассмотрения споров;

2) процедура арбитражного разбирательства отличается простотой, она не урегулирована многочисленными процедурными нормами, регламентирующими судебную процедуру. Для МКА характерно относительно быстрое разбирательство;

3) арбитраж относительно дешев. В судах многих государств расходы на ведение процесса очень высоки (обязательное адвокатское представительство, институт судебного залога);

4) рассмотрение споров в МКА происходит в закрытом заседании, что гарантирует соблюдение коммерческой тайны. Арбитры обязаны сохранять тайну информации о рассмотренных спорах;

5) арбитраж — демократичный институт. Стороны могут влиять на все стадии арбитражного разбирательства: согласие сторон — обязательное условие обращения в арбитраж. Стороны имеют право на свободный выбор арбитров, процедуры, места и языка арбитражного разбирательства. Стороны могут изъять спор из сферы действия «писаного» права и потребовать решить его на основе принципов справедливости и доброй совести (*ex aequo et bono*);

6) арбитраж более компетентен, поскольку арбитры не должны иметь юридического образования, а избираются из числа квалифицированных специалистов в различных областях коммерческой деятельности;

7) фундаментальный принцип арбитража — окончательный и обязательный характер арбитражного решения (*res iudicata*). Арбитражное решение не подлежит изменению, не может быть пересмотрено по существу и должно исполняться в принудительном порядке. В Руководстве по арбитражу, изданном МТП, подчеркивается, что арбитражные решения обязательны для сторон, имеют силу закона и могут быть принудительно исполнены сходным с принудительным исполнением судебных решений путем.

МКА не является элементом государственной судебной системы и в своей деятельности не зависит от нее. Обращение сторон в арбитраж исключает рассмотрение спора в государственных судах. Если при наличии арбитражного соглашения одна из сторон обращается в суд, то суд либо по собственной инициативе, либо по требованию другой стороны должен отказать в принятии искового заявления или прекратить начатое производство по делу.

Государственные правоприменительные органы не вправе вмешиваться в деятельность МКА. Однако нельзя говорить о его изоляции от государственной судебной системы. В законодательстве предусмотрены процессуальные действия, связанные с исполнением арбитражных решений и выполняемые государственными судами:

— осуществление принудительных мер по предварительному обеспечению иска;

— принудительное исполнение арбитражного решения. Если арбитражное решение не исполняется сторонами добровольно, только национальные судебные органы имеют полномочия по его принудительному исполнению.

Основные источники права, регулирующие вопросы МКА, — международные договоры и национальное законодательство.

Национальное законодательство в сфере МКА в основном имеет следующие формы:

- в общем законодательстве об арбитраже включаются отдельные нормы или специальный раздел, посвященные вопросам МКА (Великобритания, Швеция);
- в гражданско-процессуальное законодательство включаются отдельные нормы или специальный раздел, посвященный МКА (Франция, ФРГ);
- действует специальный закон о МКА (Россия, Украина, Азербайджан);
- вопросы МКА регулируются общим актом кодификации МЧП (Швейцария, Румыния, Турция, Чехия).

В России в настоящее время действует Закон о МКА.

Единственный *универсальный международный договор* — это Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (1958). В основном правовой статус МКА регулируется на *региональном уровне*: Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (1961); Европейская конвенция о введении Единообразного закона об арбитраже (ETS № 56) (1966), Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже (1975).

В системе источников права, регулирующих деятельность МКА, необходимо отметить документы, включаемые в *lex mercatoria*: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985, ред. 2006), Типовой арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (2010), Арбитражный регламент Европейской экономической комиссии ООН (1966).

Главный источник права в сфере МКА — автономия воли сторон, затрагивающая и материальные, и процессуальные аспекты арбитража.

Виды МКА: институционный и изолированный.

Институционный, или постоянно действующий арбитраж создается при торговых (торгово-промышленных) палатах, биржах, ассоциациях, союзах. Это постоянно действующие организации, выполняющие административно-технические, консультативные и кон-

трольные функции. Создаваемые при них МКА работают постоянно, имеют свой устав и правила процедуры. Основа функционирования институционального арбитража — специальный национальный закон и регламент соответствующего МКА.

Арбитражное разбирательство основано на процедуре, установленной в регламенте. Есть список постоянных арбитров. Этот вид МКА наиболее предпочтителен при разбирательстве сложных дел, связанных с запутанными и трудно разрешимыми разногласиями, проблемами применимого права. Институционные арбитражи функционируют практически во всех государствах (Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты, Американская арбитражная ассоциация, Лондонский международный третейский суд).

Изолированный (разовый) арбитраж или арбитраж ad hoc (третейский суд ad hoc) создается сторонами для рассмотрения конкретного дела; после окончания разбирательства и вынесения решения прекращает свое существование. Стороны выбирают место проведения арбитража, устанавливают правила избрания арбитров и арбитражную процедуру. Изолированный арбитраж основан на практически неограниченной автономии воли сторон. Это наиболее эффективное средство разбирательства споров, связанных с фактическими обстоятельствами (проверкой качества товаров, определением их цены).

В изолированном арбитраже часто применяются типовые арбитражные регламенты: Арбитражный регламент Европейской экономической комиссии ООН, Типовой арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. Они имеют факультативный характер и применяются при наличии ссылки на них в соглашении сторон. Стороны вправе договориться о внесении любых изменений в правила регламентов.

В настоящее время наиболее широко распространенной является концепция МКА как института, не связанного ни национальным правом какого-либо государства, ни международными договорами; свободного решать споры на основе принципов морали и справедливости, общих принципов права, международного коммерческого права или правовых обычаев. Доктрина МКА как негосударственного образования, свободного от применения национального и международного права и основанного только на автономии воли сторон, поддерживается МТП.

18.2. Арбитражное соглашение

Арбитражное соглашение представляет собой основу компетенции МКА. Специфика МКА заключается в добровольности обращения в арбитраж и одновременно — в обязательности арбитражного

соглашения. Арбитраж может принять дело к производству только при наличии соглашения сторон. Особенность арбитражного соглашения: оно строго обязательно для сторон, которые не могут уклониться от передачи спора в арбитраж. Суд общей юрисдикции не вправе ни отменить арбитражное соглашение, ни пересмотреть решение арбитража по существу.

Арбитражное соглашение — это соглашение, выражающее волю сторон о передаче споров в арбитраж. Соглашение может иметь в виду все или только определенные споры; споры, которые уже возникли или которые могут возникнуть в будущем: «Арбитражное соглашение — это соглашение сторон о подчинении всех или отдельных споров, которые возникли или возникнут на основании отношений договорного или недоговорного характера» (ст. 1029.1 ГПК ФРГ). Арбитражное соглашение — это соглашение сторон о передаче в арбитраж всех или определенных споров, которые возникли или могут возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет (п. 1 ст. 7 Закона о МКА РФ).

Арбитражные соглашения могут быть нескольких видов:

— *арбитражная оговорка* — соглашение сторон контракта, непосредственно включенное в его текст, об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть из данного контракта. Это условие о передаче дела в арбитраж в случае возникновения спора в будущем, которое предусматривает юрисдикцию определенного арбитража. Арбитражная оговорка направлена в будущее и имеет перспективный характер. Арбитражная оговорка является наиболее распространенным видом арбитражного соглашения, своеобразным обеспечительным средством выполнения договорных обязательств;

— *третейская запись* (арбитражный компромисс) — отдельное от основного контракта соглашение сторон об арбитражном разбирательстве уже возникшего спора. Третейская запись направлена в прошлое и имеет ретроспективный характер. Это наиболее предпочтительный вид арбитражного соглашения, так как соглашение сторон об арбитраже заключается, когда разногласия уже возникли и стороны представляют характер спора. На практике заключение третейской записи является трудно достижимым, поскольку при возникновении спора интересы сторон, как правило, являются противоположными;

— *арбитражный договор* — самостоятельное соглашение между сторонами об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть в будущем в связи с данным контрактом или группой контрактов, или в связи с совместной деятельностью в целом. На практике арбитражный договор встречается довольно редко, —

в основном если этого требует национальное законодательство (арбитражный договор по одному контракту), либо если между сторонами существуют устойчивые и разнообразные внешнеэкономические связи.

Все три вида арбитражного соглашения по сути ничем не отличаются, имеют одинаковую юридическую силу: это формы одного и того же явления — соглашения сторон об арбитражном разбирательстве. Национальные законы и международные договоры не проводят различий между отдельными видами арбитражных соглашений и используют для них единый термин «арбитражное соглашение». В Нью-Йоркской конвенции 1958 г. упоминаются все три вида арбитражных соглашений, которые имеют одинаковую юридическую силу.

Арбитражные соглашения делятся на безотзывные и зависимые¹. Если государственный суд, в который поступил иск, обнаружив наличие действительного арбитражного соглашения, по собственной инициативе обязан прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж, такое арбитражное соглашение имеет безотзывный характер (США). Если арбитражное соглашение является зависимым, государственный суд обязан принять дело к производству даже при наличии действительного арбитражного соглашения. Чтобы исключить компетенцию государственного суда, сторона в споре должна совершить процессуальное действие — заявить отвод государственному суду (Россия, Нью-Йоркская и Европейская конвенции).

Юрисдикция арбитража может быть основана на правилах международного договора — арбитражном соглашении между государствами. Межгосударственный договор обязателен и для национальных участников коммерческих споров, и для арбитражных органов, указанных в договоре. При наличии международного договора стороны не могут уклониться от передачи спора в арбитраж, и именно в тот, который указан в договоре. Арбитраж, в свою очередь, не может отказать в рассмотрении спора, ссылаясь на отсутствие специального соглашения сторон.

Арбитражное разбирательство международных коммерческих споров без наличия арбитражного соглашения предусмотрено в двусторонних договорах РФ с другими государствами о взаимном поощрении и защите инвестиций. В Договоре между Россией и Венгрией (1995) закреплено правило: споры между инвестором и принимающей стороной, возникающие в связи с капиталовложениями, рассматриваются путем переговоров. Если в течение шести месяцев спор

¹ Салтzman Н. Д. Признание и приведение в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений в Штате Нью-Йорк // URL: <http://lawfirm.ru/article/index.php?id=165>

не будет решен таким образом, инвестор имеет право передать дело на рассмотрение:

- в арбитраж принимающего государства (арбитраж понимается в широком смысле — не только МКА, но и государственный арбитраж или даже компетентный суд общей юрисдикции);

- в Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты;

- в арбитраж *ad hoc*, созданный в соответствии с Типовым арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

Сходные положения закреплены в Договоре между Россией и Швецией (1995), но инвестору предоставлен только один способ разрешения споров: создание арбитража *ad hoc*. Эти международные договоры не ставят передачу инвестором спора в арбитраж в зависимость от наличия арбитражного соглашения между сторонами.

По своей юридической природе арбитражное соглашение является частноправовым договором, носящим самостоятельный характер по отношению к основному контракту¹. *Юридически автономный, самостоятельный характер* по отношению к основному контракту является принципиальной особенностью арбитражного соглашения. Арбитражное соглашение обладает правовой самостоятельностью, автономностью, поэтому его судьба и юридическая действительность не зависят от действительности основного контракта. Особое значение это положение имеет, если юрисдикция арбитража оговорена в тексте контракта в виде арбитражной оговорки, т.е. арбитражное соглашение — составная часть договора.

Исходя из общих принципов теории договорных обязательств, признание основного контракта недействительным автоматически может привести к признанию недействительности любой из его частей (в том числе арбитражной оговорки). Стороны лишаются права на независимое арбитражное разбирательство, включая рассмотрение вопроса о действительности контракта и вытекающих из него обязательств. Однако основополагающим принципом МКА выступает юридическая автономность арбитражного соглашения и принципиальная добровольность арбитражного разбирательства.

Признание контракта недействительным не приводит к аннулированию арбитражного соглашения, не лишает арбитров права рассматривать вопросы, связанные с недействительностью контракта. Этот принцип закреплен в большинстве национальных законов, в международных соглашениях, в арбитражной практике: «Действительность арбитражного соглашения не может быть оспорена на том основании, что основной договор недействителен или что арбитражное

¹ Слипачук Т. В. Арбитражное соглашение: современные проблемы и тенденции / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. статей / под ред. А. С. Комарова. М., 2007.

соглашение касается еще не возникшего спора» (ст. 178.3 Закона о МЧП Швейцарии).

Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) при Торгово-промышленной палате РФ придерживается практики, что действительность арбитражного соглашения не может быть опровержена недействительностью основного контракта. Арбитражное соглашение представляет собой материально-процессуальный договор, не зависимый от основного материально-правового договора. Вопрос о действительности или недействительности материально-правового договора не затрагивает материально-процессуального соглашения, которое юридически действительно само по себе. Арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Решение третейского суда о ничтожности договора не влечет недействительности арбитражной оговорки.

Признание юридической самостоятельности арбитражного соглашения привело к формированию специальных коллизионных норм, определяющих, по закону какого государства должны рассматриваться спорные вопросы, связанные с арбитражным соглашением. Генеральная коллизионная привязка — право, избранное сторонами, субсидиарные — закон существа отношения (*lex causae*), право места проведения арбитража (*lex arbitri*), закон места жительства суперарбитра, закон государства места вынесения решения (*lex loci arbitri*): «При отсутствии указания сторон арбитражное соглашение регулируется правом, применимым к основному договору или, если по такому праву арбитражное соглашение является недействительным, правом страны места осуществления арбитражного разбирательства» (ст. 3121 ГК Квебека). К «третейскому соглашению» возможно применение права основного договора; при недействительности арбитражного соглашения к нему применяется право места его заключения; если невозможно определить место заключения договора, применяется право места нахождения третейского суда (ст. 1.37.7 ГК Литвы).

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. и Европейская конвенция 1961 г. устанавливают специальные коллизионные правила для определения действительности арбитражного соглашения (автономия воли сторон и право места вынесения арбитражного решения). Те же коллизионные привязки закреплены в российском Законе о МКА (ст. 36): недействительность арбитражного соглашения может быть признана по закону, которому стороны подчинили это соглашение, а при отсутствии такого указания — по закону государства, где решение было вынесено. Закон о МЧП Швейцарии (ст. 182.2) предусматривает три коллизионные привязки для решения вопроса о действительности

сти арбитражного соглашения — автономию воли, закон существа отношения, право места проведения арбитража (закон суда — швейцарское право): «Арбитражное соглашение действительно по существу, если оно отвечает требованиям права, избранным сторонами, либо права, применимого к спорному правоотношению, в частности — права, применимого к основному договору, либо швейцарского права».

Теория автономности (независимости) арбитражной оговорки связана с доктриной «компетенции компетенции», согласно которой МКА сам вправе решить вопрос о своей компетенции или о ее отсутствии. Арбитраж может сам вынести постановление о своей компетенции, в том числе по любым возражениям относительно наличия и действительности арбитражного соглашения (п. 1 ст. 16 Закона о МКА). В свою очередь, с теорией «компетенции компетенции» связана «доктрина арбитрабельности»¹.

Юрисдикция МКА презюмирует *действительность арбитражного соглашения*. Арбитражное соглашение является юридически действительным только при «*арбитрабельности*» международного коммерческого спора. Общие основания для признания арбитражного соглашения действительным (арбитрабельным):

- надлежащая правосубъектность сторон;
- добровольность волеизъявления сторон;
- допустимость спора в качестве предмета арбитражного разбирательства;
- надлежащая форма арбитражного соглашения.

Арбитрабельность может быть субъективной, объективной и формальной².

Субъективная арбитрабельность — это способность лица быть субъектом третейского соглашения, т.е. иметь право заключать соглашение о передаче гражданско-правового спора на разрешение третейского суда. Субъективная арбитрабельность неразрывно связана с материальной и процессуальной правосубъектностью лица, относится к его личному статусу и определяется его личным законом. Добровольность волеизъявления сторон предполагает выражение подлинного намерения сторон обратиться в арбитраж, свободное от обмана, угроз, ошибки или заблуждения.

Объективная арбитрабельность указывает, какие виды споров могут быть предметом арбитражного соглашения. Арбитрабельность спора, переданного на рассмотрение МКА, определяется в соответ-

¹ Скворцов О. Ю. К вопросу об арбитрабельности международных коммерческих споров // Журнал международного частного права. 2008. № 3.

² Юрьев Е. Е. Условия действительности арбитражного соглашения // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 6.

ствии с законом государства, чей арбитраж рассматривает спор. Этот принцип вытекает из положений ст. II и V Нью-Йоркской конвенции (но прямо там не закреплён). Однако привязка к праву страны суда не является универсальным правилом.

В доктрине признается наличие юридической (опровержимой) презумпции объективной арбитрабельности всех споров, подпадающих в сферу действия национального законодательства об арбитраже. Эта презумпция может быть опровергнута законодательно установленным запретом на передачу конкретного типа споров на рассмотрение третейского суда¹. Европейская конвенция предусматривает, что суд, в котором возбуждено дело о наличии или действительности арбитражного соглашения, может не признать его действительным, если по закону его страны спор не может быть предметом арбитражного разбирательства (п. 2 ст. VI). В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано, если по законам этого государства объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства (п. 2 ст. V).

Арбитражное соглашение — это материально-правовой договор с процессуальным содержанием и процессуально-правовыми последствиями. Процессуальные последствия арбитражного соглашения связаны с проблемой компетенции арбитража — МКА не может выходить за рамки полномочий, определенных для него сторонами арбитражного соглашения. При рассмотрении конкретного спора арбитраж должен вынести решение о своей компетенции рассматривать данный спор. Основа такого решения — установленная законом общая компетенция арбитража и арбитражное соглашение сторон: «Арбитражный суд самостоятельно решает вопрос о своей компетенции. Арбитраж компетентен, даже если спор по одному и тому же основанию между теми же сторонами передан в государственный суд или в другой арбитраж. Заявление об отсутствии у арбитражного суда компетенции может быть сделано только до представления возражений по иску. По общему правилу арбитражный суд выносит решение о своей компетенции путем принятия процессуального постановления» (ст. 186 Закона о МЧП Швейцарии).

Решение о компетенции выносится по инициативе арбитража или при наличии возражения сторон относительно существования, содержания и действительности арбитражного соглашения. Вопрос о компетенции арбитража может быть рассмотрен в ходе арбитражного разбирательства по заявлению любой стороны о выходе какого-

¹ Нестеренко А. В. Критерии арбитрабельности споров по законодательству Российской Федерации // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4.

либо вопроса за пределы компетенции арбитража. Решение арбитража о компетенции не является окончательным.

Формальная арбитрабельность — это надлежащая форма арбитражного соглашения. По общему правилу требуется письменная форма арбитражных соглашений: «Форма арбитражного соглашения подчиняется праву страны места арбитража. Достаточно, однако, чтобы были соблюдены требования к форме арбитражного соглашения, установленные правом, которому подчиняется арбитражное соглашение» (ст. 40 Закона о МЧП Польши). В отсутствие выбора права форма арбитражного соглашения определяется законом, применимым к другим элементам арбитражного соглашения (§ 117.2 проекта Закона о МЧП Чехии). Имеющим силу арбитражным соглашением может быть признана часть письменного документа, на который делается ясно выраженная ссылка в договоре, либо коносамент, в котором имеется ссылка на имеющееся в договоре чартера арбитражное соглашение (ст. 1031.1 ГПК ФРГ). Российское право требует совершения арбитражного соглашения в письменной форме под угрозой признания его недействительным (п. 2 ст. 7 Закона о МКА).

В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. признаются только письменные арбитражные соглашения. Термин «письменное соглашение» подразумевает арбитражную оговорку, включенную в контракт, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами либо содержащееся в обмене письмами и телеграммами. В Европейской конвенции под арбитражным соглашением понимается арбитражная оговорка в письменной сделке или отдельное соглашение, подписанное сторонами. Однако в отношениях между государствами, ни один из законов которых не требует письменной формы для арбитражного соглашения, арбитражное соглашение заключается в форме, разрешенной данными законами (п. 2 ст. 1). Таким образом, арбитражные соглашения могут быть заключены в любой форме, если закон ни одного из государств-участников не требует обязательной письменной формы.

В законодательстве некоторых государств допускается устная форма арбитражного соглашения — Закон Швеции об арбитраже (1999) не устанавливает требований относительно письменной формы арбитражного соглашения¹. Подобные различия являются источником многочисленных проблем, связанных с толкованием и признанием действительности арбитражного соглашения.

Попытка разрешить противоречия национальных законов относительно формы арбитражных соглашений предпринята в Типовом законе о международном коммерческом арбитраже в ред. 2006 г. Статья 7 устанавливает общее правило: арбитражное соглашение

¹ Ануфриева Л. П. Международное частное право : учебник. В 3-х т. Т. 3. М., 2000.

заключается в письменной форме. Условия, при соблюдении которых соглашение считается заключенным в письменной форме:

- соглашение содержится в документе, подписанном сторонами;
- соглашение заключено путем обмена письмами, телеграфными, телетайпными и иными сообщениями, обеспечивающими фиксацию такого соглашения;
- соглашение заключено путем обмена исковыми заявлениями и отзывами на иск, в которых одна сторона утверждает наличие такого соглашения, а другая не возражает против этого;
- в контракте имеется ссылка на документ, содержащий арбитражную оговорку, но при условии, что договор заключен в письменной форме и соответствующая ссылка делает оговорку частью контракта.

Содержание арбитражного соглашения зависит от воли сторон, которые самостоятельно определяют его элементы:

- выбор арбитражного способа рассмотрения споров;
- выбор вида арбитража. Если определена компетенция институционного арбитража, необходимо указать его точное наименование. Без этого соглашение будет недействительным;
- выбор места проведения арбитража. При установлении компетенции институционного арбитража место его нахождения указывать не обязательно. Разбирательство будет проходить по месту официальной резиденции институционного арбитража, если арбитры с учетом обстоятельств дела не выберут иного места. Для изолированного арбитража необходимо точное указание места его проведения;
- выбор языка арбитражного разбирательства. Для институционного арбитража этот элемент не обязателен. При отсутствии специальных указаний арбитраж рассматривает дело на своем родном языке. Для изолированного арбитража желательного указать язык разбирательства. общепринятое правило — если стороны не владеют языком, на котором ведется арбитражное разбирательство, они обеспечиваются переводчиками за свой счет;
- установление числа арбитров (один или три). В институционном арбитраже при отсутствии указаний сторон этот вопрос решается в соответствии с регламентом арбитража. В изолированном арбитраже указание числа арбитров имеет существенное значение;
- определение порядка арбитражной процедуры (выбор, назначение и отвод арбитров, начало разбирательства и его процедура, порядок представления документов и других доказательств, форма разбирательства — устная или на основе письменных документов).

Институционный арбитраж, как правило, разбирает спор по законам своей страны и в соответствии со своим регламентом.

Компетенция МКА определяется сторонами спора в арбитражном соглашении. Арбитражное соглашение наделяет компетенцией изолированный арбитраж и может ограничить общую компетенцию институционного арбитража, определенную в его регламенте. Вопрос, обладает ли арбитраж компетенцией для разрешения конкретного спора, решает сам арбитраж. В случае признания себя компетентным МКА не вправе выйти за пределы своей компетенции, определенной в арбитражном соглашении. Заявление об отсутствии у третейского суда компетенции может быть сделано не позднее представления возражений по иску.

Европейская конвенция 1961 г. устанавливает, что отвод арбитражного суда по неподсудности, если он основан на том, что вопрос превышает полномочия арбитра, должен быть заявлен в арбитражном суде не позднее, как только в ходе арбитражного процесса будет поставлен вопрос, который, по мнению выдвигающей возражение стороны, выходит за пределы компетенции арбитра. Арбитражный суд, против которого заявлен отвод о неподсудности, не должен отказываться от разбирательства дела и имеет право сам вынести решение по вопросу о своей компетенции, с тем, однако, что указанное решение арбитражного суда может быть впоследствии обжаловано в компетентном государственном суде в соответствии с законом страны суда (ст. V).

На территории РФ в случае вынесения третейским судом или МКА определения о наличии у него компетенции по разрешению конкретного спора, данное определение может быть оспорено любой из сторон в арбитражном суде РФ (ст. 235 АПК РФ). При этом арбитражный суд проверяет компетенцию третейского суда не только с точки зрения объема арбитражного соглашения, но и с позиции арбитрабельности конкретного спора, т.е. юридической допустимости заключения арбитражного соглашения. Если арбитражный суд приходит к выводу о неарбитрабельности спора, он выносит определение об отмене постановления третейского суда о наличии у него компетенции (ч. 4 ст. 235 АПК РФ).

Отличительная особенность арбитража заключается в почти неограниченном праве сторон на самостоятельное установление *процедуры разрешения спора*, поэтому большинство норм, определяющих процесс третейского разбирательства, имеют диспозитивный характер и применяются только тогда, если стороны не предусмотрели иного. В практике МКА господствует «теория процессуальной децентрализации» — процессуальное право страны места проведения

арбитража не может связывать процедуру арбитражного разбирательства, поведение сторон и арбитров.

В арбитражном соглашении стороны вправе предусмотреть любые правила арбитражной процедуры, даже если они обращаются в институционный арбитраж. Пределы этой свободы — императивные нормы национального права и оговорка о публичном порядке государства, на территории которого арбитраж осуществляет свою деятельность: «Стороны могут урегулировать арбитражную процедуру непосредственно или путем отсылки к арбитражному регламенту; кроме того, они могут подчинить арбитражную процедуру избранному ими процессуальному закону. Если стороны не урегулировали арбитражную процедуру, она при необходимости устанавливается арбитражным судом непосредственно или путем отсылки к закону или арбитражному регламенту. Независимо от избранной процедуры арбитражный суд должен обеспечить сторонам процессуальное равенство и возможность излагать свою позицию в ходе состязательного процесса» (ст. 182 Закона о МЧП Швейцарии).

При выборе изолированного арбитража стороны обязаны установить правила арбитражной процедуры. Возможные варианты: подробное установление арбитражной процедуры в самом арбитражном соглашении; обращение к одному из типовых регламентов; обращение к регламенту какого-либо институционного арбитража.

Если стороны не решили процедурные вопросы в арбитражном соглашении, это не лишает их права на третейское разбирательство. Назначенные арбитры будут руководствоваться теми процессуальными нормами, какие они сами определяют. В законодательстве некоторых государств предписывается применение процессуальных правил места рассмотрения спора: «Арбитражный процесс регулируется правом страны места осуществления арбитражного разбирательства, если только стороны не избрали право другой страны либо институционный или специальный арбитражный регламент» (ст. 3133 ГК Квебека).

Арбитры назначаются, отзываются и заменяются в соответствии с соглашением сторон. При отсутствии такого соглашения арбитры могут назначаться, отзываться и заменяться судом по месту арбитража (ст. 179 Закона о МЧП Швейцарии). Арбитром может быть иностранный гражданин, уполномоченный на совершение подобных юридических действий по закону страны его гражданства. Достаточно, однако, если такое лицо обладает необходимой квалификацией в соответствии с законодательством Чехии (§ 118 проекта Закона о МЧП Чехии). Арбитру может быть заявлен отвод, если:

— он не отвечает требованиям, о которых договорились стороны;

— налицо основание отвода, предусмотренное принятым сторонами арбитражным регламентом;

— имеются обстоятельства, дающие основания сомневаться в его независимости.

Сторона вправе заявить отвод арбитру, назначенному ею или с ее участием, только по основаниям, о наличии которых она узнала после назначения арбитра. Арбитражный суд и другая сторона должны быть незамедлительно информированы об основаниях отвода.

18.3. Взаимоотношения международного коммерческого арбитража и государственных судов. Обеспечительные меры

Процессуально-правовым последствием арбитражного соглашения является *исключение юрисдикции государственного суда*. В доктрине отмечается *дерогационный эффект арбитражного соглашения*, который означает исключение споров, охватываемых арбитражным соглашением, из юрисдикции государственных судов¹. В случае обращения одной из спорящих сторон в суд в нарушение арбитражного соглашения суд обязан отказаться от рассмотрения спора, признав себя некомпетентным. Арбитражное соглашение обязательно для сторон, и они не могут уклониться от передачи спора в арбитраж. Таким образом, арбитражное соглашение лишает суд его юрисдикции (ст. 134, 135 ГПК РФ; ст. 148 АПК РФ). Государственный суд не вправе ни отменить, ни пересмотреть арбитражное решение по существу.

В данном случае используется *формула об отводе государственного суда по неподсудности*. Виды некомпетентности государственного суда:

— *абсолютная некомпетентность* — суд по своей инициативе должен признать себя некомпетентным и отказать в возбуждении судопроизводства в случае обращения в суд при наличии действительного арбитражного соглашения (Китай, Венгрия, Чехия);

— *относительная некомпетентность* — суд признает себя некомпетентным только при заявлении отвода. Если ответчик не представляет в суд возражений против судебного рассмотрения спора, это расценивается как молчаливое признание компе-

¹ Костин А. А. Порядок принятия решений МКАС при ТПП РФ: сравнительно-исторический анализ / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. статей / под ред. А. С. Комарова. М., 2007.

тенции государственного суда и отказ от арбитражного соглашения (Великобритания, ФРГ, Россия).

Государственный суд связан соглашением сторон о третейском разбирательстве дела (т.е. соглашением сторон о подсудности) и о возможности рассмотрения дела по существу. Одновременно везде действует *принцип эстоппеля* — стороны теряют право ссылаться на прежнее соглашение (арбитражное соглашение), если молчаливо соглашались на изменение подсудности и рассмотрение дела в государственном суде.

Правило об отказе в приеме и рассмотрении искового заявления применяется и в том случае, если стороны арбитражного соглашения обратились с иском в арбитраж, но не в тот, компетенция которого была согласована в контракте. Например, арбитражная оговорка была сделана в пользу Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ, а истец обратился в Арбитражный суд г. Москвы. В такой ситуации Арбитражный суд г. Москвы должен признать себя некомпетентным и отказать в приеме искового заявления. Однако на практике российские государственные арбитражные суды не всегда учитывают волю сторон, выраженную в арбитражном соглашении, и принимают к рассмотрению дела, которые им неподсудны в соответствии с условиями договора.

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. закрепляет принцип, согласно которому суд при наличии арбитражного соглашения должен направить стороны в арбитраж, если (п. 3 ст. II):

- иск касается вопросов, по поводу которых стороны заключили арбитражное соглашение;
- любая из сторон ходатайствует об арбитражном рассмотрении спора;
- у суда нет оснований признать арбитражное соглашение недействительным, утратившим силу или неисполнимым.

Европейская конвенция 1961 г. уделяет внимание этому вопросу в специальной ст. VI «Подсудность государственным судам», формулирующей правило об отводе государственного суда по неподсудности: «Отвод государственного суда по неподсудности, основанный на наличии арбитражного соглашения и заявленный в государственном суде одной из сторон арбитражного соглашения, должен быть заявлен под угрозой утраты права на отвод за пропуском срока до или в момент представления первого возражения по существу иска, в зависимости от того, рассматривает ли закон страны суда такой отвод как вопрос материального или процессуального права» (п. 1 ст. VI).

При вынесении решения о наличии или действительности арбитражного соглашения суды должны руководствоваться (п. 2 ст. VI):

- по вопросам правоспособности сторон — законом, применимым к регулированию этих вопросов;
- по всем иным вопросам:
 - законом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;
 - при отсутствии выбора сторон — законом страны, в которой должно быть вынесено решение;
 - при отсутствии выбора права и если в момент, когда вопрос представлен на разрешение суда, невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, — законом, применимым в силу коллизионной нормы суда, в котором возбуждено дело.

Если одна из сторон в арбитражном соглашении подала заявление с просьбой об арбитраже, то государственный суд, в который может обратиться другая сторона с иском об отсутствии, недействительности или утрате силы арбитражным соглашением, должен отложить вынесение решения по вопросу о компетенции арбитражного суда до тех пор, пока арбитражный суд не вынесет решения по существу дела, если у государственного суда нет достаточных оснований для отступления от этого правила (п. 3 ст. VI).

Типовой закон о международном коммерческом арбитраже (ред. 2006) содержит существенное дополнение — решение судом этих вопросов не препятствует арбитражу начинать арбитражное разбирательство, продолжать и заканчивать его, выносить решение по существу спора.

Закон о МКА устанавливает, что суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 1 ст. 8). Если при наличии арбитражного соглашения одна из сторон обратилась с иском в государственный суд, а ответчик до своего первого заявления по существу спора не возразил против этого, то государственный суд имеет право и обязан рассматривать спор. Если ответчик до своего первого заявления по существу спора ссылается на арбитражное соглашение, заключенное в законной форме и являющееся действительным, то государственный суд должен оставить иск без рассмотрения.

Относительная некомпетентность государственного суда закреплена в ст. 148 АПК РФ — государственный арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения, если:

- имеется соглашение участвующих в деле лиц о передаче данного спора в третейский суд, если любая из сторон, возражая против

рассмотрения дела в государственном арбитражном суде, не позднее своего первого заявления по существу спора заявить ходатайство о передаче спора на рассмотрение третейского суда;

— стороны заключили соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда во время судебного разбирательства до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дела по существу, и если любая из сторон заявит возражение в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде.

В российской доктрине высказывается мнение, что в России дерогационный эффект арбитражного соглашения может быть достигнут при соблюдении ряда условий, необходимых для того, чтобы государственный суд направил стороны в МКА:

- одна из сторон спора ходатайствует перед государственным судом о передаче дела в арбитраж; суд не может принять такое решение по собственной инициативе;
- арбитражное соглашение предусматривает вынесение арбитражного решения за рубежом или его действие должно распространяться на спор, арбитражное решение по которому не может считаться внутренним в стране, государственный суд которой рассматривает вопрос о передаче спора в арбитраж;
- иск должен относиться к вопросу, входящему в предмет арбитражного соглашения;
- арбитражное соглашение должно быть заключено в надлежащей форме;
- арбитражное соглашение не должно быть недействительным, утратившим силу или неисполнимым;
- предмет спора должен быть предметом арбитражного разбирательства в соответствии с применимым правом, определить которое также обязан государственный суд, решающий вопрос о направлении сторон в МКА.

Если государственный суд сочтет, что хотя бы одно из шести предварительных условий не выполнено, он может рассмотреть спор по существу¹.

Правовое регулирование МКА допускает *параллельное рассмотрение* дела по существу в арбитраже, и в государственном суде. Это положение закреплено в законодательстве отдельных государств: «В случае, когда стороны, участвующие в судебном разбирательстве, заключили арбитражное соглашение, на которое одна из сторон ссылается в судебной инстанции, данный судебный орган рассматривает

¹ См.: Карабелников Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. М., 2008.

вопрос о своей компетенции. Судебная инстанция продолжает судебное разбирательство с целью принятия решения, если:

- а) ответчик представил возражения по существу дела без какой-либо оговорки, основанной на арбитражном соглашении; либо
- б) арбитражное соглашение недействительно; либо
- с) арбитражный суд не может быть сформирован по причинам, которые с очевидностью вменяются ответчику по арбитражу в вину» (ст. 180 Закона о МЧП Румынии).

Обеспечительные меры в МКА — это способ правовой защиты, целью которого является гарантия прав сторон спора в арбитражном разбирательстве до вынесения окончательного арбитражного решения¹. Обеспечительные меры, принятые МКА, в отличие от обеспечительных мер, принимаемых судом, сами по себе не обладают исполнительной силой, поскольку МКА не наделен публично-властными полномочиями (т.е. правом решать вопрос о возможности применения принуждения). Обеспечительные меры, принятые МКА, обязательны только для сторон спора, связанных арбитражным соглашением, но не для третьих лиц.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ (ред. 2006) дополнен специальной главой, посвященной обеспечительным мерам (гл. IV(A) «Обеспечительные меры и предварительные постановления»). В Типовом законе определены категории обеспечительных мер (перечень исчерпывающий) (п. 2 ст. 17):

- 1) меры, направленные на поддержание или восстановление status quo ante, существовавшего до разрешения спора;
- 2) меры, принимаемые с целью предупреждения неизбежного ущерба или ущерба самому арбитражу;
- 3) меры, нацеленные на сохранение активов, за счет которых может быть исполнено последующее арбитражное решение;
- 4) меры, способствующие сохранению доказательств, которые могут относиться к делу и иметь существенное значение для урегулирования спора.

В настоящее время считается, что если стороны договорились о разрешении спора по существу в МКА, то этот арбитраж является «родным судом» и для принятия обеспечительных мер². Однако зачастую в силу природы МКА как общественной организации принятие им обеспечительных мер является невозможным. В национальном законодательстве, международных актах и доктрине отмечается преимущество *параллельной компетенции МКА и государственного*

¹ Лопатина Д. А. Правоприменительное значение обеспечительных мер, принятых международным коммерческим арбитражем // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 3.

² Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

суда принимать обеспечительные меры в поддержку арбитражного разбирательства. Обращение в суд с просьбой о принятии соответствующей обеспечительной меры не является несовместимым с арбитражным соглашением («концепция совместимости»). Это положение прямо закреплено в ст. 9 Типового закона ЮНСИТРАЛ.

Типовой закон в ред. 2006 г. устанавливает (ст. 17(J)): суд обладает такими же полномочиями выносить обеспечительные меры в связи с арбитражным разбирательством, независимо от того, находится ли место разбирательства в данном государстве, как и полномочия, которыми он обладает в связи с судопроизводством.

Национальное законодательство некоторых государств (Бельгия, Дания, Индия) и некоторые арбитражные регламенты (Арбитражный регламент МТП (1998), Регламент Лондонского международного арбитражного суда (1998)) предусматривают, что обращение в государственный суд с просьбой о принятии обеспечительных мер допустимо только в случае, если МКА не может самостоятельно принять соответствующую меру. В Типовом законе (ред. 2006) разработана целостная система, позволяющая в судебном порядке приводить в исполнение обеспечительные меры, предписанные МКА, который имел место как в государстве суда, приводящего эти меры в исполнение, так и за пределами этого государства¹.

Арбитражная обеспечительная мера признается имеющей обязательную силу и приводится в исполнение по обращению в компетентный суд независимо от страны, в которой она была вынесена (п. 1 ст. 17(H)). Суд государства, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение арбитражного решения, может распорядиться о предоставлении запрашивающей стороной надлежащего обеспечения, если такое решение необходимо для защиты прав третьих сторон (п. 3 ст. 17(H)). В признании и приведении в исполнение обеспечительной меры может быть отказано (п. 1 ст. 17(I)):

а) по просьбе стороны, против которой она направлена, если суд установит, что:

- одна из сторон в арбитражном соглашении была в какой-либо мере недееспособна; это соглашение недействительно по праву, избранному сторонами либо (в отсутствие выбора) по праву страны места вынесения решения;
- сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения;
- решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения, или содержит

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения;

- состав арбитражного суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или, в отсутствие такового, не соответствовали закону страны мест проведения арбитража;
- решение арбитража в отношении предоставления обеспечения в связи с принятой обеспечительной мерой не было выполнено;
- обеспечительная мера была отменена или приостановлена арбитражем, ее принявшим, или судом государства, в котором проводится арбитраж или в соответствии с законодательством которого была предписана эта обеспечительная мера;

б) если суд найдет, что:

- обеспечительная мера не совместима с полномочиями, предоставленными суду, если только суд не примет решения об изменении формулировки этой обеспечительной меры как это необходимо для приведения ее в соответствие с его собственными полномочиями;
- объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам данного государства;
- признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку данного государства.

Суд, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение обеспечительной меры, при вынесении определения не проводит рассмотрения существа обеспечительной меры (п. 2 ст. 17(I)). Это установление направлено на ограничение перечня обстоятельств, при которых суд может отказать в приведении в исполнение обеспечительной меры.

Национальное законодательство предусматривает возможность принудительного исполнения арбитражных обеспечительных мер. Основные подходы к роли государственных судов при приведении в исполнение арбитражных обеспечительных мер¹:

1. Непосредственное приведение в исполнение арбитражных обеспечительных мер, как если бы это были меры, принятые государственным судом (п. 3 ст. 9 Закона Эквадора «Об арбитраже и посредничестве» (1997)).

2. Содействие государственных судов приведению в исполнение арбитражных обеспечительных мер (Боливия, Египет, Великобритания, Греция, Сингапур, Швейцария, Зимбабве). В некоторых странах национальное законодательство распространяет на признание и приведение в исполнение арбитражных обеспечительных мер режим признания и приведения в исполнение окончательных арбитражных решений (Австралия, Хорватия, Франция, Бельгия, Дания, Ирландия, Мальта).

¹ Там же.

3. Преобразование решения МКА о принятии обеспечительной меры в решение государственного суда. Суд по ходатайству стороны арбитражного разбирательства может разрешить приведение в исполнение приказа арбитража о принятии обеспечительной меры. При этом суд вправе переформулировать арбитражный приказ, изменить его или дополнить, если это необходимо для приведения в исполнение обеспечительной меры (ст. 1041 кн. 10 ГПК ФРГ).

4. Принятие государственным судом собственного решения об обеспечительных мерах в поддержку арбитражного разбирательства на основе решения о таких мерах, принятого МКА (Кения, Новая Зеландия).

Закон о МКА устанавливает, что третейский суд по просьбе любой стороны может распорядиться о принятии обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые суд считает необходимыми. Сторона в коммерческом споре вправе обратиться и в суд общей юрисдикции, и в государственный арбитражный суд (ст. 90 АПК) с просьбой о принятии мер по предварительному обеспечению иска. Закон о МКА подчеркивает, что обращение в суд и вынесение судом определения о принятии обеспечительных мер полностью совместимо с арбитражным соглашением.

Однако российское законодательство ничего не говорит о возможности признания и приведения в исполнение арбитражных обеспечительных мер. В п. 26 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 7 июля 2004 г. № 78 «Обзор практики применения арбитражными судами предварительных обеспечительных мер» говорится, что определения иностранных судов о применении обеспечительных мер не подлежат признанию и принудительному исполнению на территории РФ. Российские суды склонны толковать текст данного письма расширительно, указывая, что термин «иностранное суды» включает в себя также иностранные арбитражи, а под «определением» следует понимать любые акты, предоставляющие обеспечительные меры¹.

18.4. Право, применимое арбитражем

В арбитражное соглашение может быть включена оговорка о применимом праве, которому подчиняется контракт. Выбор права адресован не столько арбитрам, сколько самим сторонам. Это указание, по закону какого государства будут определяться их права и обязан-

¹ Кандыба А. А. Обеспечительные меры и международный коммерческий арбитраж: практический аспект // Московский журнал международного права. 2005. № 1.

ности, независимо от того, возникнет ли необходимость арбитражного разбирательства дела¹.

Иногда оговорка о применимом праве подчиняет контракт не законам конкретного государства, а «праву справедливости» (*ex aequo et bono*), общим принципам права, международному коммерческому праву (*lex mercatoria*), международным торговым и деловым обычаям. В российском законодательстве закреплено положение — особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливается в законе о международном коммерческом арбитраже (абз. 2 п. 1 ст. 1186 ГК РФ).

Принцип автономии воли сторон — основополагающее начало арбитражного разбирательства. Третейский суд рассматривает спор в соответствии с теми нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых. Рассмотрение спора в МКА исключает применение отсылок обеих степеней. Любое указание на право какого-либо государства должно толковаться как отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

Во всех случаях МКА принимает решение в соответствии с условиями контракта и с учетом международных торговых обычаев: «Арбитражный суд выносит решение на основании правовых норм, избранных сторонами, а при отсутствии такого выбора — на основании правовых норм, с которыми дело имеет наиболее тесную связь. Стороны могут разрешить арбитражному суду выносить решение по справедливости» (ст. 187 Закона о МЧП Швейцарии). Право, применимое к спору, определяется самими сторонами. Если стороны не выбрали право, арбитр устанавливает применимое право в соответствии с положениями настоящего Закона (т.е. применяет чешские коллизионные нормы). Применение норм иностранного МЧП возможно только по прямому указанию сторон. Стороны вправе прямо обязать арбитров решать спор в соответствии с принципами справедливости (§ 119 проекта Закона о МЧП Чехии).

Если стороны не выбрали применимого права, третейский суд сам определяет применимое право в соответствии с коллизионными нормами, которые арбитраж считает нужными применить. По вопросу *коллизионного регулирования МКА* в доктрине отражены принципиально разные подходы, основанные на различном определении юридической природы арбитража:

1) *договорная теория* рассматривает арбитраж во всех его стадиях как единый процесс, основанный на воле сторон. В основе арби-

¹ Ануфриева Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук. М., 2004.

тражного соглашения лежит воля сторон передать спор на разрешение в арбитраж. Договорный характер такого соглашения определяет договорную природу самого арбитража. Предмет договора — выбор вида арбитража, времени и места проведения разбирательства, определение процедуры арбитражного разбирательства и материального права, подлежащего применению. По своей юридической природе арбитраж в целом аналогичен гражданско-правовому договору. Наличие связи с иностранным правопорядком порождает коллизионный вопрос, который разрешается на основании общих коллизионных принципов договорных обязательств. Все стадии арбитража представляют собой звенья единого процесса, должен быть установлен единый статус арбитража, чтобы все коллизионные вопросы определялись единой коллизионной привязкой.

Противники договорной теории утверждают, что единство воли сторон, являющееся существом любого соглашения, не находит выражения ни в арбитражной процедуре (спор между сторонами), ни в арбитражном решении (арбитр не выступает в качестве полномочного представителя сторон). В законодательстве большинства государств нет единой коллизионной привязки для различных стадий арбитражного разбирательства;

2) *процессуальная теория*: арбитраж — это особая форма правосудия, осуществляемая от имени государства. Элементы государственности — признание арбитражного соглашения юридически действительным, определение компетенции арбитража, признание и исполнение арбитражного решения. Арбитражное соглашение имеет процессуальное содержание — это акт, направленный на то, чтобы по конкретному делу исключить компетенцию государственного суда и привести в действие институт третейского разбирательства (разновидность национального гражданского процесса). Для признания и принудительного исполнения иностранных арбитражных решений должен применяться порядок, установленный для признания и исполнения иностранных судебных решений. В вопросах арбитражной процедуры в принципе не может применяться иностранное право. Применяется право того государства, на территории которого происходит арбитражное разбирательство или к суду которого сделано соответствующее обращение. Такая квалификация влечет за собой невозможность применения иностранного права, что априорно исключает коллизионный вопрос;

3) *смешанная доктрина* (наиболее корректная) — арбитраж представляет собой сложный институт, сочетание гражданско-правовых и гражданско-процессуальных категорий, где объединены и договорные (арбитражное соглашение), и процессуальные (вопросы юрисдикции) элементы. Это самостоятельный институт, включаю-

щий материально-правовые и процессуально-правовые элементы. Такой подход позволяет применять не только национальное право государства места проведения арбитража, но и иностранное право. К арбитражному соглашению должен применяться комплекс коллизионных норм — форма соглашения, условия его действительности, правосубъектность сторон (расщепление коллизионной привязки). Вопросы взаимоотношений арбитража и государственного суда (предмет арбитражного разбирательства, обеспечительные меры, исполнение арбитражного решения) решаются на основе процессуального права государства места проведения арбитража или государства места исполнения арбитражного решения.

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (1961) установила иерархию *коллизионных норм*, которыми следует руководствоваться при выборе компетентного материального права. Генеральная коллизионная привязка — автономия воли стороны: субъекты спора по своему усмотрению выбирают право, подлежащее применению арбитрами при решении дела по существу. Субсидиарная коллизионная привязка — в отсутствие выбора права сторонами арбитры применяют закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой (п. 1 ст. VII). В основном применяется *коллизонное право* места проведения арбитража, исходя из специальной презумпции «кто выбрал арбитраж, то выбрал право».

Презумпция «кто выбрал арбитраж, то выбрал право» используется во многих национальных законах для определения применимого *материального права*. Закон о МЧП Китая (§ 18) закрепляет, что стороны могут выбрать применимое к арбитражному производству и арбитражным соглашениям право. Если стороны не выбрали право, применяется право места учреждения арбитража или места арбитражного производства (*lex loci arbitri*).

Правила Европейской конвенции 1961 г. о выборе применимого права практически дословно имплементированы в российский Закон о МКА. Арбитраж разрешает спор в соответствии с нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых. При отсутствии какого-либо указания сторон арбитраж применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Во всех случаях арбитраж принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке (ст. 28).

Место проведения арбитража определяется соглашением сторон, местом нахождения институционного арбитража, местом жительства суперарбитра (вытекает из общей презумпции «кто выбрал суд, тот выбрал право» — *qui elegit iuridice elegit ius*). Швейцарский зако-

нодатель устанавливает, что место арбитража определяется сторонами или арбитражным органом, на который они укажут, а в остальных случаях — арбитрами (ст. 176.3 Закона о МЧП Швейцарии).

Применение *коллизионных норм* страны места проведения МКА может привести к разрешению спора на основе *материального права иностранного государства*. Классическим примером «удачного» использования коллизионных норм страны места арбитражного разбирательства считается советская практика 1980-х гг. при рассмотрении споров между советскими и западногерманскими предприятиями в Арбитражном институте Стокгольмской торговой палаты. Советская сторона (продавец) регулярно выигрывала процессы благодаря коллизионным нормам шведского права, которые в отсутствие автономии воли сторон предписывали применение закона страны продавца (т.е. советского гражданского права). Арбитрами выступали представители советской и немецкой сторон, а председательствующего (которому принадлежал решающий голос) назначала Шведская торгово-промышленная палата. Шведский арбитр, не имевший представления о советском праве, всегда больше доверял суждениям советского арбитра, материальное право страны которого в итоге применялось¹.

Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты является самым авторитетным из всех национальных МКА. Стороны многих коммерческих контрактов, не имеющих фактической связи с территорией Швеции, в арбитражной оговорке подчиняют свои споры МКА Швеции. Шведская доктрина уделяет особое внимание вопросам права, применимого арбитражем. Шведские специалисты определяют различные ситуации выбора применимого *коллизионного права*:

1) *место проведения арбитража избрано сторонами*. И практика, и принцип «разумности» предполагают применение *коллизионного права места проведения арбитража*. Если стороны по соглашению избрали определенное государство в качестве места арбитражного разбирательства, но не договорились о применимом праве, арбитрам следует обратиться к местным коллизионным нормам для установления применимого материального права. При решении коллизионного вопроса приоритет должно иметь право того государства, с которым сделка имеет наиболее тесную связь. Этот подход должен использоваться и институционными, и изолированными арбитражами;

2) *место проведения арбитража определяется арбитрами, независимыми учреждениями или организациями, назначающими архи-*

¹ Александров И. Важнейшие практические проблемы международного коммерческого арбитража в некоторых странах СНГ и ЕС // <http://www.yurclub.ru/docs/international/article16.html>

тров. Это более сложная ситуация. Например, в отдельных контрактах предусматривается, что при избрании арбитрами суперарбитра он назначается Торговой палатой в Стокгольме из числа определенных лиц. В этом случае местом проведения арбитража считается место жительства суперарбитра, и арбитраж должен исходить из предписаний *коллизионного права государства места жительства суперарбитра*.

В международной арбитражной практике отсутствует единый подход, какие коллизионные нормы следует использовать для определения применимого материального права. Одни арбитражные суды продолжают применять коллизионные нормы страны места нахождения арбитража, другие прибегают к кумулятивному применению коллизионных норм правовых систем, связанных с конкретным спором, третьи основывают выбор права на общих принципах коллизионного права, характерных для большинства стран.

Самым современным решением вопроса о порядке определения применимого права в МКА называют положения арбитражных регламентов «последнего поколения», принятых в последние годы крупными арбитражными центрами. Арбитрам предоставляется полная свобода в выборе применимого права. Они могут вообще отказаться от решения коллизионного вопроса — в п. 1 ст. 24 Арбитражного регламента Стокгольмской торговой палаты предусмотрено, что в отсутствие соглашения сторон о применимом праве арбитраж применяет материальные правовые нормы, которые он считает наиболее подходящими¹. Этот подход к определению применимого права называется «прямым методом». Он заключается в установлении арбитрами применимого права не через коллизионные нормы соответствующего законодательства, а непосредственно на основе критерия «наиболее тесной связи» со спорным правоотношением².

18.5. Признание и принудительное исполнение иностранных арбитражных решений

Разбирательство дела в МКА оканчивается вынесением решения или определением о прекращении разбирательства дела. Арбитраж обязан рассмотреть спор по существу и вынести решение, которое

¹ Бардина М. П. Определение применимых коллизионных норм в практике международного коммерческого арбитража / Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. статей / под ред. А. С. Комарова. М., 2007.

² Бардина М. П. Определение применимого права международным коммерческим арбитражем при отсутствии выбора права сторонами / Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber Amicorum в честь профессора Л. Н. Галенской / под ред. С. В. Бахина. СПб., 2007.

по своей значимости соответствует решениям государственных судов. Арбитраж может вынести промежуточное решение о существовании предъявленного по существу дела требования; о предварительных процессуальных вопросах; по продолжающемуся правоотношению: «Если стороны не договорились об ином, арбитражный суд может выносить частичные решения» (ст. 188 Закона о МЧП Швейцарии). Арбитраж может вынести частичное решение относительно некоторых из предъявленных в рамках дела требований — для более оперативного исполнения всех требований по очередности (ст. 301 ГПК ФРГ). Третейское решение с оговоркой может выноситься при наличии возможности взаимного зачета требований.

Определение о прекращении разбирательства дела выносится, если:

- истец отказывается от своего требования, ответчик не выдвигает возражений против прекращения разбирательства дела, состав арбитража не признает законной заинтересованность ответчика в получении окончательного решения по спору;
- стороны договариваются о прекращении дела;
- арбитраж приходит к выводу, что продолжение разбирательства дела стало по каким-либо причинам невозможным;
- стороны не являются на разбирательства, несмотря на все попытки суда их вызвать.

Иностранное арбитражное решение — это решение третейского суда, вынесенное на территории государства, иного, чем государство, на чьей территории испрашивается признание решения и приведение его в исполнение. Территориальный критерий — основа для определения иностранного характера арбитражного решения. В законодательстве встречаются иные подходы для определения «иностранности» арбитражных решений, — в ФРГ иностранными считаются и решения, вынесенные на территории ФРГ в соответствии с иностранным процессуальным правом. В российской доктрине выделяются свойства юридической силы иностранного арбитражного решения, которые лежат в основе его признания и исполнения на территории другого государства¹:

Обязательность — арбитражное решение обязательно для сторон и других лиц, участвовавших в деле, с момента вступления в силу. Проявлением общеобязательности решения является его **исполнимость** (принудительное осуществление содержащегося в решении властного предписания помимо воли обязанных лиц).

Исключительность — недопустимость возбуждения, разбирательства и разрешения юрисдикционными органами дел по тождественному иску, разрешенному в установленном порядке вступив-

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

шим в силу решением третейского суда; невозможность для сторон заявлять иск, тождественный уже разрешенному.

Неопровержимость — невозможность пересмотреть вступившее в силу решение правоприменительного органа. Возникновение у арбитражного решения свойства неопровержимости определяется правом государства места его вынесения. В национальном законодательстве и в международной практике существует запрет пересматривать арбитражное решение по существу.

Преюдициальность — одно из свойств законной силы судебных решений. В отношении решений МКА, которые получили подтверждение путем выдачи исполнительного листа, можно говорить о свойстве преюдициальности через законную силу соответствующего судебного акта государственного суда. Преюдиция является своеобразным следствием всех трех свойств судебного решения — неопровержимости, исключительности и обязательности.

Кумулятивность — действие иностранного арбитражного решения возможно только в пределах, в которых действует аналогичное решение, вынесенное третейским судом в государстве места признания и исполнения иностранного арбитражного решения. На свойство кумулятивности влияет фактор «делокализации МКА» (отмена арбитражного решения по месту его вынесения не влечет утрату им своей силы, если такая отмена не была произведена по основаниям нарушения международного публичного порядка).

В национальном законодательстве содержатся нормы, предусматривающие признание и исполнение арбитражных решений: «Решение является окончательным с момента его сообщения сторонам. Решение может быть оспорено только в следующих случаях:

а) если был нарушен порядок назначения единоличного арбитра или порядок формирования арбитражного суда;

б) если арбитражный суд ошибочно объявил себя компетентным или некомпетентным;

с) если в своем решении арбитражный суд вышел за пределы исковых требований либо не выразил своего отношения к какому-либо из исковых требований;

д) если в ходе арбитражного разбирательства было нарушено равенство сторон или их право излагать свою позицию в состязательном процессе;

е) если решение несовместимо с публичным порядком» (ст. 190 Закона о МЧП Швейцарии).

Стороны, ни одна из которых не имеет в Швейцарии ни места жительства, ни места обычного пребывания, ни места делового обзаведения, могут путем прямого указания в арбитражном соглашении полностью исключить возможность оспаривания арбитраж-

ных решений; исключить оспаривание по какому-либо из перечисленных оснований (ст. 192).

В Турции иностранные арбитражные решения, которые стали окончательными и исполнимыми или обязательными для сторон, могут быть принудительно исполнены. Принудительное исполнение иностранных арбитражных решений осуществляется путем подачи ходатайства в основной суд в месте, определенном сторонами в письменном виде. Если такого соглашения не имеется, то юрисдикцией обладает суд места постоянного жительства в Турции стороны, против которой вынесено решение. Если такового не имеется, то компетентен суд места проживания этого лица, а если и такового не имеется, то суд места нахождения имущества, которое может быть объектом исполнения. Признание иностранных арбитражных решений регулируется нормами в отношении их принудительного исполнения (ст. 60, 63 Кодекса МЧП).

Во Франции для принудительного исполнения иностранного арбитражного решения необходимо распоряжение французского суда по месту исполнения решения (учитываются правильность документации и допустимость исполнения с точки зрения публичного порядка). В ФРГ иностранные арбитражные решения исполняются в том же порядке, что и решения немецкого арбитража; требование взаимности не предъявляется. Решение не подлежит исполнению, если в соответствии с законом, которому оно подчинено, решение считается недействительным; если признание противоречит публичному порядку; если сторона не была надлежащим образом представлена или не имела возможности присутствовать при рассмотрении дела. В Чехии признание и исполнение иностранных арбитражных решений осуществляется при наличии взаимности. Взаимность презюмируется, если иностранное государство утверждает ее наличие (§ 120 проекта Закона о МЧП).

Одно из преимуществ МКА — наличие разработанной на международном уровне системы признания и принудительного исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории иностранного государства. Основа этой системы заложена в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Нормы о признании и исполнении иностранных арбитражных решений есть и в других международных договорах: в Европейской конвенции 1961 г., Межамериканской конвенции о МКА 1975 г., Арабской конвенции о МКА 1987 г.

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. закрепляет, что каждое государство-участник обязано признавать иностранные арбитражные решения и приводить их в исполнение на своей территории в соответствии со своим процессуальным правом. Это положение подтверждено в национальном законодательстве: «К признанию и при-

ведению в исполнение иностранных арбитражных решений применяется Нью-Йоркская конвенция от 10 июня 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (ст. 194 Закона о МЧП Швейцарии).

В данной Конвенции содержится дополнительный критерий «иностранности» арбитражного решения: под понятие «иностранные» попадают и те решения, которые не считаются внутренними в государстве места их исполнения. Сфера применения Конвенции — только иностранные арбитражные решения. Она не применяется к арбитражным решениям, вынесенным в том же государстве, где испрашивается их признание и исполнение. Нью-Йоркская конвенция применяется ко всем арбитражным решениям, будь то решения институционального или изолированного арбитража (п. 2 ст. I).

Особенность Конвенции — ее территориальная сфера действия шире формального круга государств-участников. Фактически создана возможность исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории любого государства мира. Арбитражные решения подлежат исполнению независимо от того, является ли государство, на территории которого решение вынесено, участником Конвенции, если признание и исполнение испрашивается на территории государства-участника. В российской литературе отмечается, что положения Нью-Йоркской конвенции можно назвать правилом следующего характера: иностранные арбитражные решения в общем и целом признаются и приводятся в исполнение, если не возникают чрезвычайные обстоятельства¹.

Общее правило — при признании и исполнении арбитражных решений, вынесенных на территории государств-участников, условие взаимности не обязательно. Взаимность презюмируется. Однако любое государство-участник вправе сделать оговорку о применении Конвенции только к тем арбитражным решениям, которые вынесены на территории другого государства-участника, используя принцип взаимности.

Основное содержание Нью-Йоркской конвенции заключается в установлении обязанности государств признавать иностранные арбитражные решения как обязательные и приводить их в исполнение. Признание арбитражных решений возможно только при наличии письменного арбитражного соглашения. При решении вопроса, может ли спор быть предметом арбитражного разбирательства, решающее значение имеют право государства, где испрашивается признание и исполнение, и право государства, которому стороны подчинили арбитражное соглашение.

¹ Курочкин С. А. Признание и приведение в исполнение решений третейских судов и международных коммерческих арбитражей // Закон. 2008. № 7.

Государства признают и исполняют иностранные арбитражные решения в соответствии со своим национальным процессуальным правом. Принудительное исполнение решений требует дополнительной процедуры — заинтересованная сторона должна предоставить соответствующее ходатайство, оформленное надлежащим образом. К признанию и исполнению арбитражных решений, входящих в сферу действия Конвенции, не должны применяться более обременительные условия или более высокие пошлины и сборы, чем существуют для признания и исполнения внутренних арбитражных решений.

Конвенция закрепляет исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и исполнении арбитражных решений. Основания отказа делятся на группы:

1) основания отказа по просьбе стороны, против которой вынесено решение:

- одна из сторон недееспособна по своему личному закону;
- арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, либо закону государства места вынесения решения;
- отсутствие надлежащего уведомления стороны о времени и месте арбитражного разбирательства;
- арбитраж вышел за пределы своей компетенции;
- нарушения арбитражной процедуры.

Бремя доказывания наличия оснований для отказа в исполнении лежит на заинтересованной стороне;

2) основания отказа со стороны компетентных органов государства места исполнения решения:

- объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону государства, где испрашивается признание и исполнение;
- признание решения и приведение его в исполнение противоречат публичному порядку этого государства.

Нью-Йоркская конвенция не содержит требования, чтобы исполнение арбитражного решения полностью соответствовало всем требованиям процессуального права страны места исполнения. Установление такого требования могло бы привести к тому, что, например, решения английского арбитража, которые иногда не содержат мотивировочной части, не могли бы получить принудительного исполнения в государствах, законодательство которых требует обязательной мотивировки арбитражного решения¹.

¹ Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004.

Европейская конвенция 1961 г. указывает, что отмена арбитражного решения в стране, где оно вынесено, служит основанием для отказа в его признании и приведении в исполнение на территории государств — участников Конвенции, если такая отмена произведена по следующим основаниям (ст. IX):

а) стороны в арбитражном соглашении были, по применимому к ним закону, в какой-либо мере недееспособны; это соглашение было недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания, по закону страны, где решение было вынесено;

б) сторона, требующая отмены решения, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения;

с) указанное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения;

д) состав арбитражной коллегии или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон.

В российском законодательстве порядок признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей определяется Законом о МКА, гл. 45 ГПК РФ, гл. 31 АПК РФ. В России существуют две процессуальные формы признания и исполнения иностранных арбитражных решений — в рамках арбитражного и в рамках гражданского судопроизводства. И государственные арбитражные суды, и суды общей юрисдикции компетентны рассматривать дела о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. Граница их компетенции зависит от характера спора, решение по которому требует исполнения. Если спор связан с осуществлением экономической деятельности, то приводить в исполнение вынесенное по такому спору решение компетентен арбитражный суд РФ. Решение МКА, принятое по итогам рассмотрения международного коммерческого спора, будет исполняться российским арбитражным судом. Если иностранный третейский суд выносит решение по спору, связанному с семейным, трудовым, авторским или патентным правом, то такое решение должно исполняться судом общей юрисдикции¹.

Иностранные арбитражные решения, ставшие окончательными для сторон (которыми могут быть и физические, и юридические лица), признаются и приводятся в исполнение, когда их признание и исполнение предусмотрено международным договором РФ и феде-

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

ральным законом. Просьба о признании и исполнении иностранного арбитражного решения может быть основана на условии взаимности или международной вежливости. Возможность признания и исполнения иностранных арбитражных решений на основе взаимности или международной вежливости прямо не закреплена в отечественном законодательстве, но вытекает из его положений. Если международный договор, на основании которого испрашивается признание и исполнение решения, не содержит перечня необходимых документов или оснований для отказа в признании и исполнении, такой перечень и основания определяются по правилам Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Российский Закон о МКА в основном воспроизводит правила Нью-Йоркской конвенции. Арбитражное решение, независимо от того, в каком государстве оно вынесено, признается обязательным и при соблюдении необходимых формальностей может быть приведено в исполнение.

Решения третейских судов и МКА, принятые на территориях иностранных государств по спорам из экономической деятельности, признаются и приводятся в исполнение государственными арбитражными судами. Вопросы признания и исполнения разрешаются арбитражным судом по заявлению стороны третейского разбирательства (ст. 241 АПК РФ). Заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения подается стороной в споре, в пользу которой состоялось решение, в арбитражный суд по месту нахождения или месту жительства должника либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно, по месту нахождения имущества должника (ст. 242 АПК РФ).

Арбитражный суд отказывает в признании и исполнении иностранного арбитражного решения по основаниям, предусмотренным Нью-Йоркской конвенцией и Законом о МКА, а также в том случае, когда исполнение решения иностранного арбитража противоречило бы публичному порядку России (п. 2 ст. 244; п. 4 ст. 239 АПК РФ).

По результатам рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения арбитражный суд выносит определение по правилам, установленным для принятия решения. Определение арбитражного суда по делу о признании и исполнении иностранного арбитражного решения может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции (ч. 3 ст. 245 АПК РФ).

Иностранные арбитражные решения, при вынесении которых были применены нормы российского законодательства, могут быть оспорены только в государственных арбитражных судах (ст. 230 АПК РФ). Оспаривание возможно в случаях, предусмотренных меж-

дународными договорами РФ. Данная норма имплементирована в российское законодательство из Европейской конвенции 1961 г.: ст. IX устанавливает правовые основы для отмены арбитражного решения: отмена производится в государстве, где решение было вынесено, либо в государстве, по закону которого решение было вынесено.

Решения иностранных третейских судов, вынесенные по спорам, не связанным с осуществлением экономической деятельности, признаются и исполняются в России по правилам гражданского судопроизводства. Сторона, ходатайствующая о признании или об исполнении решения иностранного третейского суда, должна представить подлинное решение или его должным образом заверенную копию, а также подлинное арбитражное соглашение или его должным образом заверенную копию (ст. 416 ГПК РФ). Ходатайство взыскателя о принудительном исполнении решения иностранного третейского суда рассматривается судом по месту жительства или месту нахождения должника в России; если должник не имеет места жительства или места нахождения в России, либо его место нахождения неизвестно — по месту нахождения его имущества (ст. 410 ГПК РФ).

На основании решения иностранного третейского суда и вступившего в законную силу определения суда о принудительном исполнении этого решения выдается исполнительный лист, который направляется в суд по месту исполнения иностранного решения (ст. 411 ГПК РФ). Решения иностранных третейских судов, которые не требуют принудительного исполнения, признаются без какого-либо дальнейшего производства, признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступит возражения (ст. 413 ГПК РФ).

В признании и исполнении решения иностранного третейского суда может быть отказано:

1) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит суду доказательство, что:

- одна из сторон арбитражного соглашения была в какой-либо мере недееспособна или это соглашение недействительно в соответствии с правом, которому стороны его подчинили, а при отсутствии выбора права — в соответствии с законом страны, в которой решение было принято;

- сторона, против которой принято решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве либо по другим причинам не могла представить доказательства;

- решение принято по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, либо содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения;

- состав третейского суда или арбитражное разбирательство не соответствовали праву, которому стороны подчинили арбитражное соглашение, либо (в отсутствие выбора права) не соответствовали закону страны места проведения арбитража;

- решение еще не стало обязательным для сторон, или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было принято;

2) если суд установит, что спор не может быть предметом арбитражного разбирательства или признание и исполнение этого решения противоречат публичному порядку РФ, наносят ущерб суверенитету РФ либо угрожают безопасности РФ (п. 5 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ).

Если в суде заявлено ходатайство об отмене или о приостановлении исполнения решения иностранного третейского суда (арбитража), суд, в котором испрашивается признание и исполнение, может отложить принятие своего решения, если сочтет это надлежащим (ст. 417 ГПК РФ).

18.6. Международный коммерческий арбитраж за рубежом

В национальном законодательстве о МКА большинства государств закреплен общепризнанный принцип — самостоятельность арбитражных соглашений, их автономный характер. В большинстве государств арбитраж сам избирает правила процедуры рассмотрения споров. В континентальном праве арбитраж в начале процесса имеет досье, состоящее из необходимых документов. Официально установлен приоритет письменных доказательств; устные свидетельские показания только восполняют пробелы в документах. Вызов свидетелей и экспертов производится по инициативе арбитров. Процессом руководят сами арбитры. В странах континентальной Европы широко распространен арбитраж в виде дружеских посредников. Институт дружеских посредников закреплен в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г.

Дружеский посредник не является посредником в собственном смысле слова (в плане достижения компромисса, мирового соглашения). Дружеский посредник — это вид правосудия, направленный на решение вопросов права. Дружеский посредник не связан строгим соблюдением норм материального и процессуального права, обязан решать спор по праву справедливости. Он не вправе нарушать нормы публичного права страны, где происходит разбирательство и где должно быть исполнено решение.

В странах системы общего права в соответствии с одним из основных принципов доказательственного права «адвокаты — хозяева

процесса» обязанность по приглашению свидетелей и экспертов лежит на адвокатах. Письменные доказательства играют вспомогательную роль. Установлен официальный приоритет устных свидетельских показаний. В процессе сбора доказательств арбитраж играет пассивную роль.

В большинстве государств мира функционируют национальные международные коммерческие арбитражи: Польша — с 1949 г., Болгария — с 1952 г., Чехия — с 1952 г., Венгрия — с 1953 г., Китай — с 1954 г., Южная Корея — с 1956 г. Для развития национальных законов в области арбитража и обеспечения разнообразия в выборе арбитражной процедуры большинство государств использует рекомендации Типового закона о международном торговом арбитраже ЮНСИТРАЛ. Типовой закон является основой национального законодательства об арбитраже Австралии, Германии, Гватемалы, Египта, Индии, Канады, Кипра, Мексики, Туниса, Финляндии.

МКА *Франции* действует с 1925 г. Деятельность третейских судов, в том числе международного коммерческого арбитража, урегулирована в ГПК (Книга IV; вступила в силу в 1981 г.). После разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ в ГПК внесены некоторые изменения и дополнения. Книга IV ГПК Франции предоставляет широкий круг диспозитивных прав сторонам процесса.

Законодательно установлено признание арбитражных оговорок по торговым делам. Иностранное арбитражное соглашение (как и внутреннее) дает основание сделать во французском суде отвод, направленный на прекращение судебного рассмотрения спора. В данном случае суд обязан признать свою некомпетентность. Действительность арбитражного соглашения определяется по закону того государства, которому стороны подчинили свое соглашение, или по закону государства места проведения арбитража. Тенденция французской арбитражной практики — применение закона страны, чьи правила арбитражной процедуры были избраны сторонами. Проблема, являющаяся наиболее острой для французского правосудия, — признание действительности арбитражных соглашений, не подчиненных никакому национальному праву.

Для принудительного исполнения арбитражного решения необходимо распоряжение председателя гражданского суда по месту исполнения решения — выдача экзекватуры. Председатель суда рассматривает только формальную правильность документов и допустимость исполнения с точки зрения французского публичного порядка. Обсуждение вопроса о выдаче экзекватуры связано с проблемой самостоятельности арбитражного соглашения, если ответчик ссылается на недействительность контракта в целом и, как следствие, на недействительность арбитражного договора. Основания отказа

в исполнении иностранных арбитражных решений — те же, что и для внутренних арбитражных решений.

В Германии Немецким арбитражным обществом был разработан Модельный арбитражный регламент 1998 г. В том же году вступила в силу новая редакция книги 10 ГПК ФРГ, регламентирующая некоторые вопросы коммерческого арбитража. Признается юридическая сила и третейской записи, и арбитражных оговорок. Арбитражное соглашение (и внутреннее, и иностранное) представляет собой основание для отвода суда и прекращения судебного разбирательства. Принудительное исполнение иностранных арбитражных решений осуществляется в том же порядке, который установлен для внутренних арбитражных решений. Соблюдение взаимности не является условием предоставления принудительной силы иностранным арбитражным решениям (в отличие от судебных). В ГПК ФРГ закреплён исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и исполнении. Германский суд компетентен не признать иностранное арбитражное решение, но не вправе его отменить.

Один из самых авторитетных немецких арбитражных судов — Арбитражный суд общества членов биржи ценных бумаг в Гамбурге.

Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты (действует с 1917 г.) — институционный МКА Швеции, один из наиболее авторитетных МКА в мире. В 1999 г. вступил в силу Закон об арбитражном разбирательстве. В шведском законодательстве компетенция МКА установлена в самом общем виде: гражданско-правовые споры договорного характера. Арбитрами могут быть назначены граждане любого государства. Императивное требование к арбитрам — быть независимыми и беспристрастными. Арбитражный институт может отозвать назначенного арбитра, если он недобросовестно выполняет свои обязанности.

Арбитражное соглашение является обязательным условием третейского разбирательства дела. Признаются и арбитражные оговорки, и самостоятельные арбитражные соглашения; их самостоятельный и автономный по отношению к основному контракту характер. Арбитражный институт разработал типовую арбитражную оговорку: любые разногласия, споры или претензии, вытекающие или связанные с настоящим договором, его нарушением, исполнением или недействительностью, должны рассматриваться в соответствии с правилами Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты. Дополнительно является желательным, чтобы стороны определили число арбитров, язык разбирательства и применимое право.

В шведском арбитражном законодательстве установлена практически неограниченная автономия воли сторон в выборе правил

арбитражной процедуры: можно установить собственные процедурные правила, применить Регламент Арбитражного института, Регламент ЮНСИТРАЛ или любой другой действующий арбитражный регламент. Однако императивные нормы шведского процессуального права применяются при разбирательстве спора всегда, независимо от избранного иностранного права (например, при наличии нескольких арбитров один из них обязательно должен быть председателем арбитража; при наличии сомнений в отношении арбитражного соглашения стороны имеют право обратиться в шведский суд).

Суды общей юрисдикции имеют право признать арбитражное соглашение недействительным. Законодательство определяет пределы компетенции арбитража и стадии арбитражного разбирательства. Выбор применимого права обусловлен основополагающим принципом шведского международного частного (коллизийного) права: применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Большинство норм арбитражного законодательства имеет диспозитивный характер и применяется только тогда, когда стороны не договорились об ином.

Стадии арбитражного разбирательства:

1. Предварительное слушание — на основе материалов, представленных в письменном виде, устанавливаются взаимные претензии сторон, формулируются вопросы, подлежащие рассмотрению.

2. Основное слушание — стороны в устной форме доказывают свои требования и возражения, заслушиваются свидетели и эксперты.

3. Окончательное слушание — каждая сторона обобщает все факты, представляет необходимый законодательный материал того государства, на право которого она ссылается.

В Великобритании нормативной основой деятельности МКА являются акты об арбитраже 1950 (основан на положениях Женевского протокола об арбитражных соглашениях (1923) и Женевской конвенции о принудительном исполнении арбитражных решений (1927)), 1979 и 1996 гг. Арбитражный акт 1996 г. привнес в английскую правовую систему многие положения, содержащиеся в Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Признаются арбитражные соглашения, их самостоятельный и автономный характер. Иностранные арбитражные решения подлежат принудительному исполнению при помощи английской судебной системы. Если решение вынесено на основе действительного арбитражного соглашения, такое решение подлежит принудительному исполнению в Англии. Формулировки в Акте 1996 г. дают суду широкие полномочия, одновременно принятие решений по широкому кругу вопросов может осуществляться сторонами в процессе.

Условия исполнения иностранных третейских решений на территории Англии:

- 1) вступление третейского решения в законную силу;
- 2) соблюдение срока исковой давности;
- 3) соблюдение процессуальных прав сторон;
- 4) требование компетентности суда;
- 5) отсутствие тождественного спора;
- 6) соответствие публичному порядку.

Иностранное арбитражное решение, вынесенное в соответствии с условиями соглашения сторон, может быть принудительно исполнено в том же порядке, что и решение или приказ государственного суда, с разрешения последнего. В случаях, когда судом дается согласие на исполнение, им выносится соответствующее решение на условиях, указанных в арбитражном решении (ст. 66 Акта 1996 г.).

Иностранное арбитражное решение может быть использовано в качестве средства защиты в суде против иска. В законодательстве перечислены требования к иностранным арбитражным решениям и основания для отказа в их признании и исполнении. Особенность английского арбитража — по требованию кого-либо из арбитров из дела можно выделить спорные правовые вопросы для рассмотрения их в судебном порядке. Институционный арбитраж Великобритании — Лондонский международный третейский суд (один из наиболее авторитетных МКА в мире). Действует на основе постоянного Регламента.

В США с 1925 г. функционирует институционный международный коммерческий арбитраж — Американская арбитражная ассоциация. Федеральный закон об арбитраже 1925 г. закрепляет действительность, безотзывность и исполнимость через суд письменных соглашений об арбитражном разбирательстве споров из морских или торговых сделок. При наличии арбитражного соглашения суд обязан приостановить производство по делу. Суды имеют право выдавать приказы, обязывающие стороны к производству арбитража в порядке, предусмотренном арбитражным соглашением. До 1950-х гг. существовала неопределенность при решении вопроса о юридической силе арбитражных соглашений, предусматривающих разбирательство спора за границей.

Окончательно принцип признания юридической силы арбитражных соглашений установился в законодательстве и практике США к концу 1950-х гг. Общее значение для решения этой проблемы имело решение Верховного суда США 1974 г.: в международных коммерческих контрактах существует неопределенность в отношении применимого права, поэтому договорное условие о порядке разрешения потенциальных споров является необходимой предпосылкой

в таких сделках. Арбитражные соглашения сторон должны приводиться в исполнение в соответствии с прямыми предписаниями контракта и Закона 1925 г. Современная практика США — полное и безусловное признание арбитражных соглашений.

18.7. Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации

Функционирование МКА в России регулируется Законом о МКА, который разработан в соответствии с основными положениями Типового закона ЮНСИТРАЛ, что прямо подчеркивается в Преамбуле Закона. Закон о МКА состоит из преамбулы, 36 статей и двух приложений и включает нормы, регулирующие:

- арбитражные соглашения;
- состав арбитража и его компетенцию;
- ведение арбитражного разбирательства и его прекращение;
- вынесение арбитражного решения и основания для его оспаривания;

- признание и приведение в исполнение арбитражных решений.

Закон содержит определение понятий арбитража, третейского суда и суда (ст. 2). Определение арбитража в Законе о МКА и в Европейской конвенции 1961 г. полностью совпадает — это любой арбитраж, независимо от того, образуется ли он специально для рассмотрения отдельного дела или осуществляется постоянно действующим арбитражным учреждением.

В МКА могут передаваться споры из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающие при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей, а также споры предприятий с иностранными инвестициями и международных объединений и организаций, созданных на территории РФ, между собой, споры между их участниками, а равно их споры с другими субъектами права РФ (п. 2 ст. 2 Закона).

Закон о МКА закрепляет несколько императивных положений, направленных на беспристрастное и справедливое разрешение спора. Это своеобразные принципы арбитражного разбирательства:

- требования, которым должны отвечать арбитры;
- императивные нормы об обеспечении равноправия сторон в процессе;
- обязанности арбитража по отношению к сторонам.

Во всех остальных вопросах стороны сами определяют процедуру арбитражного разбирательства. При отсутствии соглашения сторон

МКА использует свой Регламент либо разбирает спор так, как считает необходимым. Закон о МКА не предусматривает обязанности МКА обращаться к действующему гражданско-процессуальному законодательству. Закон о МКА впервые в российской истории закрепил общепринятое в мировой практике правило об автономности и юридической самостоятельности арбитражной оговорки, т.е. прямую зависимость компетенции арбитража от арбитражного соглашения.

Специфика арбитражного разбирательства и его особенности заключаются в почти неограниченном праве сторон по установлению процедуры рассмотрения споров. Автономия воли является принципиальной основой Закона о МКА. Большинство норм, определяющих арбитражную процедуру, применяется только при отсутствии соглашения сторон и имеет диспозитивный характер. Автономия воли является решающим моментом при формировании состава арбитража, определении процедуры разбирательства.

В Законе содержатся правила, касающиеся заявления сторон об отсутствии компетенции, варианты такого заявления и правила, касающиеся постановлений арбитража о своей компетенции. Постановление арбитража о своей компетенции не имеет окончательного характера и может быть обжаловано в государственном суде, решение которого окончательно и обжалованию не подлежит. Постановление арбитража о его компетенции может выноситься и в предварительном порядке.

Арбитражное разбирательство прекращается либо вынесением решения по существу спора, либо вынесением постановления о прекращении арбитражного разбирательства. Постановление о прекращении может быть вынесено по исчерпывающему перечню оснований. Отмена арбитражного решения может быть произведена по ограниченному перечню оснований, которые не связаны ни с существом спора, ни с вопросами применимого права. В Законе содержится исчерпывающий перечень оснований для отмены решения МКА. Группы таких оснований: по инициативе сторон и по инициативе суда. Основания для отмены практически совпадают с основаниями для отказа в принудительном исполнении арбитражных решений. Исключительное средство оспаривания арбитражного решения — ходатайство заинтересованной стороны о его отмене. Определение государственного суда об оспаривании решения может быть обжаловано в кассационном порядке.

Закон о МКА устанавливает прямую зависимость МКА от государственного суда — закреплены основания, по которым во время арбитражного разбирательства можно обратиться в суд с просьбой о совершении юридически значимых действий¹:

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право : учебник. М., 2011.

1) сторона арбитражного разбирательства вправе обратиться в суд с просьбой о принятии мер по обеспечению иска. Вынесение судом определения о принятии таких мер не является несовместимым с арбитражным соглашением (ст. 9);

2) сторона арбитражного разбирательства вправе обратиться в суд с просьбой о принятии решения по постановлению арбитража, что он обладает компетенцией. Суд может признать ходатайство стороны необоснованным и отклонить его либо постановить, что арбитраж некомпетентен рассматривать спор по существу (п. 3 ст. 16);

3) сторона арбитражного разбирательства, а также сам третейский суд вправе обратиться к суду с просьбой о содействии в получении доказательств. Суд может выполнить эту просьбу, руководствуясь правилами, касающимися обеспечения доказательств, в том числе судебных поручений (ст. 27);

4) сторона, против которой вынесено арбитражное решение, вправе его оспорить в суде путем подачи ходатайства об отмене такого решения. Решение может быть оспорено лишь по основаниям, четко указанным в законе, перечень которых является исчерпывающим (ст. 34);

5) сторона, в пользу которой вынесено арбитражное решение, вправе ходатайствовать перед судом о его признании и приведении в исполнение независимо от того, в какой стране оно было вынесено (ст. 35).

В России предусмотрена возможность создания внутренних третейских судов в соответствии с Федеральным законом от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Такие суды широко распространены в современной России: они образованы при Газпроме, Ассоциации банков РФ, Союзе юристов РФ, Межбанковской валютной бирже. Внутренние третейские суды в соответствии со своими регламентами компетентны рассматривать коммерческие споры, связанные с иностранным правом порядком. Некоторые из них (Третейский суд при Международном независимом институте международного права) предусматривают рассмотрение международных коммерческих споров как профильную деятельность.

В 2003 г. было принято Положение о спортивном арбитраже при ТПП РФ и создан Спортивный арбитраж — самостоятельный постоянно действующий третейский суд, рассматривающий споры, возникающие в сфере физической культуры и спорта. В 2004 г. при ТПП РФ создан Третейский суд, — негосударственный правоприменительный орган, компетентный рассматривать внутренние коммерческие споры, отнесенные к его компетенции по соглашению сторон.

Основными органами рассмотрения международных коммерческих споров в России являются *Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС)* и *Морская арбитражная комиссия (МАК) при ТПП РФ*. МКАС и МАК являются самостоятельными постоянно действующими арбитражными учреждениями (третейскими судами), осуществляющими свою деятельность на основе Закона о МКА. Система государственных арбитражных (хозяйственных) судов не имеет отношения к российскому МКА; эти суды входят в общую государственную судебную систему. Деятельность арбитражных судов регламентируется АПК РФ.

Деятельность МКАС регулируется Законом о МКА, Положением о Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ (приложение I к Закону о МКА), Регламентом МКАС. Созданная по Закону модель арбитража соответствует международным стандартам и современным тенденциям рассмотрения международных коммерческих споров. С 1 марта 2006 г. вступила в силу новая редакция Регламента МКАС (изменения и дополнения внесены приказом ТПП РФ от 23 июня 2010 г. № 28). При разработке новой редакции Регламента учтены современные тенденции развития нормативного регулирования международного коммерческого арбитража, в том числе вступивший в силу в 1998 г. Арбитражный регламент МТП. В рамках МКАС разработана концепция согласительного урегулирования споров и принят Согласительный регламент МКАС.

В компетенцию МКАС входит рассмотрение споров из международных коммерческих контрактов при наличии арбитражного соглашения. МКАС принимает к рассмотрению споры без соглашения сторон, если его компетенция установлена международным договором РФ. Признаются все три вида арбитражных соглашений. Закреплена обязательность их письменной формы (в широком смысле).

Юрисдикция МКАС обусловлена его компетенцией. МКАС представляет собой МКА общей компетенции, правомочный рассматривать две группы споров (ст. 1 Закона):

- 1) споры из договоров и других гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговой деятельности, т.е. международные коммерческие споры. Субъектный критерий имеет дополнительный характер и уточняет, какие споры являются международными: если коммерческие предприятия сторон находятся на территории разных государств. При наличии нескольких коммерческих предприятий во внимание принимается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению. Если сторона не имеет коммерческого предприятия (индивидуальный предприниматель), во внимание принимается ее постоянное место жительства.

Положение о МКАС конкретизирует гражданско-правовые отношения, споры из которых являются предметом разбирательства: отношения по купле-продаже (поставке), выполнению работ, оказанию услуг, обмену товарами или услугами, перевозке грузов и пассажиров, торговому представительству и посредничеству, аренде (лизингу), научно-техническому обмену, обмену результатами интеллектуальной деятельности, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным отношениям, страхованию, совместному предпринимательству. Перечень имеет открытый характер; на основании федеральных законов в компетенцию МКАС могут входить споры и из других гражданско-правовых отношений;

2) споры предприятий с иностранными инвестициями, международных организаций и объединений, созданных на территории РФ (между этими субъектами, между их участниками, их споры с другими субъектами российского права). Характер таких споров в Законе не определен. Можно предположить, что МКАС компетентен рассматривать любые споры между такими субъектами.

Регламент МКАС закрепляет правила арбитражной процедуры, применяемые при отсутствии соглашения сторон об ином. Правила Регламента: наличие списка арбитров, который не является обязательным (арбитром может быть назначено лицо, не включенное в список, в том числе иностранец). Регламент определяет состав арбитража, назначение суперарбитра, назначение арбитров Председателем МКАС, наличие запасных арбитров. МКАС обладает правомочием выносить постановление о своей компетенции. В Регламенте содержатся диспозитивные нормы о месте проведения арбитражного разбирательства (г. Москва) и его языке (русский). Стороны могут согласовать проведение слушаний в другом месте и на другом языке.

Слушание дела производится в устной форме. Возможно заочное разбирательство. Стороны могут договориться о разбирательстве спора на основе только письменных материалов без проведения устного слушания. Состав арбитража может провести разбирательство спора на основе письменных материалов и при отсутствии такой договоренности сторон, если ни одна из них не просит провести устное слушание (ст. 34).

Арбитражное разбирательство осуществляется на основе принципов состязательности и равноправия сторон. Документы предоставляются на языке арбитражного разбирательства, или на языке контракта, или на языке, на котором стороны вели между собой переписку. Письменные доказательства предоставляются на языке оригинала. Регламент закрепляет обязанность истца обосновать компетенцию МКАС. Один из основных принципов деятельности

МКАС — обеспечение сохранения коммерческой тайны. В процессе применяются правила Регламента и положения российского права.

Арбитражное разбирательство прекращается вынесением окончательного арбитражного решения. В Регламенте закреплено правило — решения МКА исполняются добровольно в установленные в решении сроки. Если срок не установлен, то решение подлежит немедленному исполнению. Решение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению.

Если по делу не принимается окончательное решение, арбитражное разбирательство прекращается постановлением о прекращении разбирательства. Постановление о прекращении разбирательства выносится в случае:

- отказа истца от своего требования, если только ответчик не выдвинет возражений против прекращения разбирательства и арбитраж не признает законный интерес ответчика в окончательном урегулировании спора;
- наличия договоренности сторон о прекращении арбитражного разбирательства;
- если арбитраж находит, что продолжение разбирательства стало по каким-либо причинам ненужным или невозможным.

МАК действует на основе приложения II к Закону о МКА. Новый Регламент МАК был утвержден приказом ТПП РФ от 21 декабря 2006 г. № 93 и вступил в силу с 1 января 2007 г. МАК вправе разрешать споры на основе соглашения сторон о передаче их в этот третейский суд. МАК принимает к рассмотрению также споры, которые стороны обязаны передать на ее разрешение в силу международных договоров РФ. Вопрос о компетенции МАК по конкретному делу разрешается составом арбитража, рассматривающим дело. Постановление по данному вопросу может быть принято в виде промежуточного решения как по вопросу предварительного характера, так и в решении по существу спора.

МАК отличается узким, специальным характером компетенции — ее задачей является разрешение международных коммерческих споров, которые вытекают из договорных и других гражданско-правовых отношений, возникающих из торгового мореплавания. Отличие от МКАС — при определении компетенции МАК субъектный состав спора не имеет значения (юрисдикция МАК распространяется независимо от того, являются сторонами таких отношений субъекты российского и иностранного либо только российского или только иностранного права).

Положение о МАК устанавливает примерный перечень отношений, споры из которых входят в ее компетенцию (ст. 2): МАК разрешает споры, вытекающие из отношений:

1) по фрахтованию судов, морской перевозке грузов, а также перевозке грузов в смешанном плавании (река-море);

2) по морской буксировке судов и иных плавучих объектов;

3) по морскому страхованию и перестрахованию;

4) связанных с куплей-продажей, залогом и ремонтом морских судов и иных плавучих объектов;

5) по лоцманской и ледовой проводке, агентскому и иному обслуживанию морских судов, а также судов внутреннего плавания, поскольку соответствующие операции связаны с плаванием таких судов по морским путям;

6) связанных с использованием судов для осуществления научных исследований, добычи полезных ископаемых, гидротехнических и иных работ;

7) по спасанию морских судов либо морским судном судна внутреннего плавания, а также по спасанию в морских водах судном внутреннего плавания другого судна внутреннего плавания;

8) связанных с подъемом затонувших в море судов и иного имущества;

9) связанных со столкновением морских судов, морского судна и судна внутреннего плавания, судов внутреннего плавания в морских водах, а также с причинением судном повреждений портовым сооружениям, средствам навигационной обстановки и другим объектам;

10) связанных с причинением повреждений рыболовным сетям и другим орудиям добычи (вылова) водных биологических ресурсов, а также с иным причинением вреда при осуществлении промышленного рыболовства.

МАК разрешает споры, возникающие в связи с плаванием морских судов и судов внутреннего плавания по международным рекам; споры, связанные с осуществлением судами внутреннего плавания заграничных перевозок.

Рассмотрение споров в МАК происходит на основании Регламента. Стороны могут вести свои дела в МАК непосредственно или через представителей, назначаемых сторонами по своему усмотрению, в том числе иностранных граждан и организаций. Все заявления, относящиеся к арбитражному разбирательству, подаваемые в МАК каждой из сторон, представляются с копиями для другой стороны. Эти документы, за исключением письменных доказательств, представляются на языке заключенного сторонами договора или на языке, на котором они вели между собой переписку, или на русском языке.

Слушание дела происходит устно при закрытых дверях. Стороны могут договориться о разрешении спора на основе только письмен-

ных материалов, без проведения устного слушания. Состав арбитража вправе, если представленные материалы окажутся недостаточными, назначить устное слушание, в том числе с заслушиванием свидетелей.

Споры, переданные в МАК, разрешаются в соответствии с применимыми нормами материального права. Состав арбитража в тех случаях, когда стороны согласовали право, подлежащее применению к существу спора, руководствуются его нормами, а при отсутствии такого соглашения — нормами права, определенного в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Во всех случаях состав арбитража принимает решение в соответствии с условиями договора, заключенного сторонами, и с учетом обычаев торгового мореплавания и иных торговых обычаев, применимых к их отношениям (§ 20 Регламента).

Арбитражное разбирательство прекращается окончательным арбитражным решением, т.е. решением, выносимым МАК по существу спора (§ 19). Решение излагается в письменной форме, подписывается составом арбитража и скрепляется печатью МАК. Постановления об исправлении и толковании решения, а также дополнительное решение являются составной частью арбитражного решения (§ 25).

Решения МАК исполняются сторонами добровольно в срок, указанный в решении. При отсутствии такого указания решение подлежит немедленному исполнению. Решение МАК, не исполненное стороной добровольно, приводится в исполнение в соответствии с законом и международными договорами РФ (§ 27).

18.8. Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража

Наиболее значимым и представительным универсальным международным соглашением является *Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений* (1958). Конвенция устанавливает механизм гарантий для исполнения иностранных арбитражных решений, вынесенных не только в государствах-участниках, но и в любых других странах. Ее нормы гарантируют признание арбитражных соглашений, исключающих споры из юрисдикции государственных судов. Конвенция обязывает государства признавать и исполнять иностранные арбитражные решения так же, как и решения собственных арбитражей.

Среди региональных международных соглашений наибольший интерес вызывает *Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже* (1961). Конвенция выходит за региональные рамки,

поскольку открыта для присоединения и неевропейским государствам. Конвенция включает преамбулу, 10 статей и приложение, устанавливая основы арбитражного рассмотрения международных коммерческих споров:

- возможность для юридических лиц публичного права обращаться в арбитраж;
- право иностранных граждан быть арбитрами;
- отвод арбитражного суда по неподсудности;
- подсудность государственным судам;
- выбор права, подлежащего применению арбитрами при решении спора по существу;
- вынесение мотивированного решения;
- основания объявления арбитражного решения недействительным.

Конвенция применяется ко всем видам МКА при условии, что стороны, передавшие спор на арбитражное разбирательство, имеют место нахождения на территории разных государств-участников. Условия применения Конвенции:

— арбитражное соглашение должно быть заключено между лицами, имеющими на момент его заключения постоянное место жительства или место пребывания в разных государствах-участниках. Арбитражные соглашения могут заключать и те юридические лица, которые по своему национальному закону являются юридическими лицами публичного права;

— арбитражное соглашение должно быть совершено в письменной форме. Однако в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, допускается всякое соглашение, заключенное в форме, соответствующей данным национальным законам;

— для разбирательства спора стороны могут избрать как арбитраж *ad hoc*, так и постоянный арбитражный орган. При передаче спора на рассмотрение постоянного арбитражного органа спор рассматривается в соответствии с его регламентом. При рассмотрении спора в арбитраже *ad hoc* стороны могут сами назначить арбитра, установить способ его назначения, определить место нахождения арбитражного суда и правила процедуры, которых должен придерживаться арбитраж.

Основное внимание в Конвенции уделяется деятельности изолированного арбитража. Сам термин «арбитраж» понимается как разбирательство спора арбитрами, назначенными по каждому отдельному делу (ст. I). Конвенция определяет порядок формирования арбитража *ad hoc*, место его проведения и правила производства, если стороны в арбитражном соглашении не договорились по этим

вопросам, или если одна из сторон уклоняется от участия в формировании арбитража. Большое внимание уделяется функциям в изолированном арбитраже председателя компетентной торговой палаты (п. 4 ст. IV):

1) он назначает единоличного арбитра, если это было согласовано сторонами, арбитра-председателя, суперарбитра или третьего арбитра;

2) он производит замещение арбитра (или арбитров) в соответствующих случаях;

3) он устанавливает местонахождение арбитражного суда;

4) он устанавливает правила процедуры, которых должны придерживаться арбитры, если последние за отсутствием договоренности стороны сами не установили правила процедуры.

В Конвенции установлены правила функционирования МКА:

— арбитром может быть не только гражданин государства места рассмотрения спора, но и гражданин любого другого государства;

— основой деятельности арбитража является принцип неограниченной автономии воли сторон по вопросам применимого права. Если стороны не выбрали применимое право, арбитр сам выбирает его в соответствии с коллизионными нормами, которые сочтет нужным применить;

— арбитр на основе договора сторон может вынести решение в качестве дружеского посредника.

Особое место в Конвенции занимают нормы о повышении эффективности арбитражных соглашений. Нормы Конвенции применяются к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц. Конвенция перечисляет случаи, когда стороны могут обратиться в «специальные» органы:

— одна из сторон не назначила своего арбитра;

— стороны не смогли договориться о назначении единоличного арбитра;

— стороны не смогли договориться о месте проведения арбитража и о мерах, необходимых для его проведения;

— стороны договорились о рассмотрении спора в институциональном арбитраже, но не договорились о конкретном арбитражном органе;

— в арбитражном соглашении не указано, какой арбитраж — институционный или изолированный — компетентен рассматривать спор.

Органами, к которым могут обратиться стороны, являются председатель компетентной торговой палаты и специальный комитет. Компетентной торговой палатой является торговая палата места проживания ответчика или места проведения арбитража. Специальный

комитет состоит из торговой палаты одного из государств-участников и двух членов. Избирается на четыре года торговыми палатами государств-участников (ст. X).

Европейская конвенция закрепляет правила отвода арбитража по неподсудности (отсутствие или недействительность арбитражного соглашения, утрата им силы, поставленные вопросы превышают правомочия данного арбитража). Арбитраж сам решает вопрос о своей компетенции, наличии или действительности арбитражного соглашения или самой сделки, составной частью которой является арбитражное соглашение. Решение арбитража может быть обжаловано в компетентный государственный суд по праву страны суда (ст. V).

Конвенция устанавливает правила отвода по неподсудности государственного суда. Государственный суд обязан отказать от рассмотрения спора, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, т.е. отвод основан на наличии арбитражного соглашения. Суд имеет право не признать арбитражное соглашение, если по закону страны суда стороны не имели права передавать данный спор на арбитражное рассмотрение. Вопрос о недействительности арбитражного соглашения решается судом:

- когда вопрос касается правоспособности одной из сторон — по праву, применимому к данной стороне (личный закон);

- во всех других случаях — по закону, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;

- при отсутствии автономии воли сторон — по материальному праву, на которое указывают коллизионные нормы права страны суда.

Применимое в арбитражном разбирательстве право определяется согласно автономии воли сторон, а при отсутствии соглашения сторон арбитраж сам решает вопрос о выборе права. В отношении выбора права, которое должно служить основанием для решения дела по существу, предусмотрен принцип неограниченной автономии воли сторон.

Предусмотрена презумпция необходимости мотивировать арбитражное решение (ст. VIII), если стороны не оговорили иного, или если не избрана арбитражная процедура страны, в которой не принято мотивировать арбитражное решение (например, Великобритания). Государственный суд имеет право объявить решение МКА недействительным путем отказа в его признании и исполнении (ст. IX).

Нью-Йоркская и Европейская конвенции не затрагивают действия других международных соглашений в отношении признания и исполнения иностранных арбитражных решений, заключенных между государствами-участниками. По многим вопросам конвенции

не содержат унифицированного материального или процессуального регулирования, а отсылают к национальному праву.

Европейская экономическая комиссия ООН и Экономическая комиссия ООН для Азии и Дальнего Востока разработали арбитражные регламенты и правила международного торгового арбитража (1966). Данные акты имеют факультативный характер, они применяются только при наличии соглашения сторон. Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) разработала Арбитражный регламент (2010) и Типовой закон о МКА (1985 в ред. 2006).

Типовой арбитражный регламент и Типовой закон ЮНСИТРАЛ не являются международными договорами и не обладают обязательной силой для государств. Это унификация правил арбитражной процедуры для изолированного третейского суда. Юридическая природа Регламента: он является резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН, рекомендацией государствам для использования в международных торговых контрактах. Применяется только в случае наличия письменного соглашения сторон. Стороны имеют право вносить изменения в Регламент. Юридически профессиональный уровень этого документа чрезвычайно высок — даже институционные арбитражи применяют его в дополнение к своим собственным регламентам.

Основные положения Регламента: порядок формирования разового арбитража и его состав; место проведения арбитражного разбирательства; автономность арбитражной оговорки; процедура рассмотрения спора. В Регламенте разработана типовая арбитражная оговорка, воспринятая арбитражным законодательством многих стран. Регламент ЮНСИТРАЛ предусматривает гибкость и многовариантность решения всех аспектов арбитражной процедуры.

В рамках ЮНСИТРАЛ разработан *Согласительный регламент* (1980), регулирующий согласительную процедуру рассмотрения международных коммерческих споров. Эта процедура может применяться только в случае согласия сторон. Отличие согласительной процедуры от арбитражной: арбитражная завершается вынесением решения, а согласительная направлена на достижение компромисса, устраивающего обе стороны. Условия согласительной процедуры:

- участие посредников, рекомендации которых имеют характер совета;

- право сторон отказаться следовать рекомендациям посредников;

- передача спора в арбитраж, если согласительная процедура не увенчалась успехом.

Международный арбитражный суд является одним из постоянных органов Международной торговой палаты (МАС МТП). Его

специфика проявляется в наиболее ярком выражении всех основных качеств МКА: отстраненность от национальных судебных и правовых систем; неограниченное право сторон по собственному усмотрению определять все аспекты арбитражной процедуры. Эта специфика делает МАС МТП чрезвычайно привлекательным для участников международной коммерческой деятельности и одним из наиболее авторитетных центров по рассмотрению торговых споров.

МАС МТП основан в 1923 г. За время своего существования рассмотрел более 10 тыс. дел, касающихся коммерческих соглашений между сторонами, представляющими государственные и полугосударственные предприятия, частные компании и физических лиц. МАС МТП может признать себя компетентным в коммерческих спорах, не имеющих международного характера, если существует соглашение между сторонами об арбитраже.

Арбитражный регламент МТП (1998) разработан с целью ликвидации разницы между юридической практикой и законодательством различных правовых систем. Ведение споров не подпадает под юрисдикцию какой-либо стороны. Регламент позволяет сторонам и судьям проводить арбитражные разбирательства, не ссылаясь на какие-либо нормы внутреннего законодательства.

МАС МТП компетентен рассматривать коммерческие споры международного характера. Широкое толкование признака международной — любой спор, каким-то образом связанный с международной коммерческой деятельностью. Обязательное условие юрисдикции МАС МТП — наличие арбитражного соглашения о передаче спора на его рассмотрение. Форма соглашения — свободная, но ссылка на компетенцию Суда должна быть недвусмысленно и детально определена. В Регламенте предусмотрены типовая арбитражная оговорка и принцип неограниченной автономии воли сторон.

Стороны свободны в достижении договоренности относительно права, которое должно применяться составом арбитража к существу спора. При отсутствии такой договоренности состав арбитража применяет правовые нормы, которые он сочтет подходящими. Во всех случаях состав арбитража принимает во внимание положения контракта и соответствующие торговые обычаи. Состав арбитража принимает на себя полномочия дружественного посредника или решает спор *ex aequo et bono*, только если стороны согласились предоставить ему такие полномочия (ст. 17).

Регламент устанавливает принцип строгой конфиденциальности при разбирательстве дела. Закреплено сочетание принципа свободы арбитров с определенными контрольными функциями со стороны МАС МТП в отношении арбитражной процедуры. Наличие арбитражного соглашения устанавливается в порядке неопровержимой

презумпции. Предусматривается возможность принятия решения об отводе некомпетентного или недобросовестного арбитра. В этих целях принимается акт о компетентности. Окончательное решение арбитража о компетенции принимается после проверки акта МАС МТП.

Арбитражный регламент МТП 1998 г. предусматривает право арбитража принимать обеспечительные меры. Если только стороны не договорились об ином, состав арбитража после передачи ему дела может по просьбе любой стороны распорядиться о принятии предварительных или обеспечительных мер, которые он сочтет подходящими. Состав арбитража может обусловить принятие такой меры предоставлением адекватного обеспечения стороной, заявившей соответствующее ходатайство. Данные меры могут быть приняты в форме мотивированного приказа или решения, если состав арбитража сочтет это необходимым (ст. 23).

Специфика МАС МТП — наличие двухуровневой системы. Первый уровень — разрешение конкретных споров составом арбитров в соответствии с Регламентом и вынесение соответствующего решения. Второй уровень, свойственный только МАС МТП, — контроль над арбитражным процессом для обеспечения исполнения вынесенного арбитрами решения. Суд полностью контролирует процесс: от заявления об арбитраже и до окончательного решения по делу.

Какого-либо списка арбитров в Суде не существует — стороны самостоятельно, с помощью Секретариата избирают арбитров. После формирования своего состава арбитраж с участием сторон должен составить Акт о полномочиях арбитров, где излагаются требования сторон, перечень требующих разрешения вопросов и определяются временные рамки арбитражного разбирательства.

При МТП функционирует механизм для рассмотрения споров в порядке согласительной процедуры — Административная комиссия по согласительной процедуре. Ее деятельность основана на Согласительном регламенте МТП. Задача Комиссии — выработать взаимоприемлемый для спорящих сторон вариант решения. Если согласительная процедура не увенчалась успехом, стороны имеют право передать спор в арбитраж.

Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и физическими или юридическими лицами других государств (ИКСИД/ICSID) (г. Вашингтон, 18 марта 1965 г.) была разработана под эгидой МБРР. Цель Конвенции — защита интересов частного капитала. Нормы Конвенции предусматривают изъятие инвестиционных споров из юрисдикции национальных судов и передачу их в специальный международный арбитраж.

Особенность инвестиционных отношений заключается в неравенстве партнеров: отношения между суверенным властным субъектом (государством-реципиентом) и иностранным инвестором (лицом частного права). По отношению к иностранному инвестору государство выступает как властная структура. Инвестор обязан подчиняться правовому режиму, установленному принимающим государством¹. При рассмотрении инвестиционного спора государство может отклонить претензии иностранных инвесторов при помощи ссылки на свой иммунитет.

Основное содержание Вашингтонской конвенции — создание специального международного арбитража с компетенцией в сфере рассмотрения инвестиционных споров: *Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС)*. МЦУИС — одно из структурных подразделений МБРР, постоянно действующий арбитражный орган, созданный в форме международной межправительственной организации, обладающий международной правосубъектностью и специальной юрисдикцией. Его цель — разрешение посредством примирения и арбитража инвестиционных споров между государством и частным лицом другого государства.

Организационная структура МЦУИС: Административный совет, Секретариат, Посредники и Арбитры (включенные в особые списки). Посредники и Арбитры — это лица, обладающие достаточной квалификацией, назначаемые в соответствии с Вашингтонской конвенцией и выразившие желание исполнять возложенные на них обязанности. Лица, включенные в списки, должны обладать высокими моральными качествами, достаточной компетентностью в области права, коммерции, экономики и финансов. При включении в список Арбитров особое значение придается компетентности таких лиц в области права. Председатель должен обеспечить представительство в списке всех основных правовых систем мира и основных форм экономической деятельности².

Компетенция МЦУИС определена в Арбитражном регламенте МЦУИС:

- споры между государством — участником Конвенции и частными лицами другого государства-участника;
- только инвестиционные споры, т.е. правовые споры, вытекающие непосредственно из инвестиционных отношений;
- наличие письменного соглашения сторон о передаче спора на рассмотрение в МЦУИС.

Вашингтонская конвенция не содержит императивного положения об обязанности непременно передавать инвестиционные споры в МЦУИС. Она предусматривает два механизма разрешения спо-

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

² Богуславский М. М. Международное частное право : учебник. М., 2011.

ров — примирительная и арбитражная процедуры. Эти процедуры не соподчинены между собой — стороны вправе выбрать любую или применить обе: примирение или арбитраж, либо примирение с последующим арбитражем, если попытка примирения окончилась неудачей. Инициатором выбора процедуры может выступать любая сторона спора.

Государства, независимо от того, являются ли они стороной спора, обязаны признавать юридическую силу арбитражных решений, вынесенных в соответствии с Вашингтонской конвенцией, и принимать меры для принудительного исполнения таких решений.

Согласно ст. 42(1) Вашингтонской конвенции МЦУИС рассматривает спор в соответствии с нормами права, которые согласованы сторонами. Если соглашение сторон отсутствует, МЦУИС должен применить право государства — стороны в споре (включая его коллизионные нормы), а также «такие нормы международного права, которые могут быть применимы». В докладе исполнительных директоров МБРР о Вашингтонской конвенции 1965 г. подчеркивается, что термин «международное право» следует понимать в значении ст. 38 Статута Международного суда ООН.

Вашингтонская конвенция указывает, что ни право принимающего государства, ни нормы международного права не могут применяться на исключительной основе. МЦУИС должен применять и те и другие нормы в следующей последовательности:

- нормы национального права;
- нормы международного права;
- в случае пробела в национальном праве;
- при противоречии между соответствующей нормой внутригосударственного и международного права.

В решениях МЦУИС часто встречаются ссылки на обычное международное право и «общие принципы международного права»¹.

И в Вашингтонской конвенции (ст. 26) и в Арбитражном регламенте МЦУИС (ст. 39) закреплено, что стороны могут обращаться в государственный суд с просьбой о принятии обеспечительных мер в поддержку арбитражного разбирательства в МЦУИС в случае, если они прямо договорились об этом.

18.9. Международный коммерческий арбитраж в сети Интернет

Развитие Интернет-коммерции, создание «виртуальных» компаний и подписание «виртуальных» контрактов подготовили почву для

¹ Войтович С. Международно-правовые обычаи в международных инвестиционных спорах с участием Украины // URL: <http://www.gp.ua/eng/art1.shtml>

организации Интернет-арбитража. В настоящее время существует целая система действующих третейских судов он-лайн. Такие суды различаются по многим характеристикам:

— суды, которые рассматривают дела на основании норм права, и суды, которые рассматривают дела на основании принципа справедливости;

— в одних судах дела рассматривают бывшие государственные судьи, адвокаты и юристы, в других — посетители сайта третейского суда;

— в некоторых судах рассматриваются споры всех желающих, в других — только споры и конфликты определенных категорий или в определенной области;

— в одних судах судебное заседание проходит с участием сторон в режиме он-лайн, в других решения принимаются на основании только письменных документов.

Первым проектом по созданию Интернет-судов был проект «Виртуальный судья», разработанный Американской арбитражной ассоциацией, Центром права и информационной политики университета г. Вилланов (штат Пенсильвания) и Институтом права киберпространства (1996).

Интернет-суды (виртуальные суды) имеют серьезные преимущества перед обычными судами¹:

1) экономия времени (не надо тратить время на посещение суда для подачи иска, для участия в заседаниях, для получения решения);

2) экономия средств (не надо тратить деньги на поездки, если суд находится в другом регионе или государстве);

3) ускорение процесса рассмотрения дел;

4) сокращение формальностей, времени и расходов повышает эффективность арбитража;

5) возможность 24-часового доступа к материалам дела.

Стороны вправе договориться о проведении арбитражного процесса «виртуально». Большинство национальных законов и регламентов МКА закрепляет право сторон договориться о процедуре рассмотрения их спора. Стороны могут договориться и об использовании средств электронной связи в арбитражном процессе. Соглашение сторон должно быть поддержано арбитражем, поскольку иначе его решение может быть отменено в силу ст. V (1) (d) Нью-Йоркской конвенции².

¹ Шмелева-Мата О. В. Виртуальный арбитраж: реальная альтернатива разрешения внешнеэкономических споров // URL: <http://www.kollegi.ru/iss/t2/n6/41.htm>

² Лазарев А. Ю. Правовое обеспечение защиты информации при использовании электронного документооборота в арбитражном судопроизводстве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2007.

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ требуют представления арбитражного соглашения или соответствующей оговорки в контракте в письменной форме на бумажном носителе. Использование электронных сообщений допускается Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже (1961), если это разрешается законами государств, лица которых заключили арбитражное соглашение. Аналогичный вывод позволяют сделать положения Брюссель I и Луганской (Параллельная) конвенция о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам (1988, ред. 2007). Однако все эти акты действуют на региональном уровне. Таким образом, существующее международно-правовое регулирование МКА затрудняет представление в электронной форме документов, подтверждающих согласие сторон на рассмотрение спора.

Некоторые авторы предлагают использовать существующие национальные законы в Интернет-арбитраже. В качестве примера приводится Английский арбитражный акт (1996). Возможность его использования¹:

- английский язык является общим для Акта и Интернета;
- законодательно установлено, что положения Акта могут быть почти полностью исключены сторонами в арбитражном соглашении. Следовательно, действие положений Акта, не подходящих для «виртуального арбитража», может быть исключено соглашением сторон;
- обязательные положения Акта, не подлежащие исключению, не препятствуют Интернет-арбитражу;
- английские арбитражные решения приводятся в исполнение практически повсеместно на основе Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Одна из основных проблем создания и функционирования Интернет-арбитража — различные подходы национального права по вопросу, удовлетворяют ли электронные сообщения требованиям письменной формы. По законодательству Швейцарии сообщение электронной почты не удовлетворяет ни письменной форме, ни требованиям о подписи контрактов. Статья 14.1 Швейцарского обязательственного закона устанавливает: «Подпись должна быть написана от руки лицом, принимающим обязательство». Контракт, для которого законом установлена письменная форма, должен быть подписан собственноручно (ст. 19.1).

В США действует Акт об электронных подписях в глобальной и национальной коммерции (2000). Электронные подписи представляют собой уникальный цифровой код, выданный пользова-

¹ Шмелева-Мата О. В. Виртуальный арбитраж: реальная альтернатива разрешению внешнеэкономических споров // URL: <http://www.kollegi.ru/iss/t2/n6/41.htm>

телю. Доступ к коду производится на основании присвоенного ему ключа, который может быть декодирован только самим пользователем или правительственными службами. Электронные подписи могут использоваться при передаче финансовой информации, производстве расчетов и подаче юридических документов. Электронные сообщения при заключении контрактов признаются соблюдением необходимой письменной формы. Аналогичное правило установлено в 1999 г. в Гонконге. Однако законодатель не разъясняет, распространяется ли данное признание на процедуру арбитража, например при подаче отзыва на иск.

В 1999 г. ЕС принял Директиву о структурной основе сообщества для электронных подписей. Директива устанавливает, что электронные подписи «не могут быть дискриминированы» и при соблюдении необходимых формальностей приравниваются к обычным подписям. К числу таких формальностей относится, например, необходимость сертификации сервис-провайдера для использования электронной подписи. Предусматриваются минимальные меры ответственности для сервис-провайдеров, которые будут отвечать за действительность содержания сертификата.

Директива не содержит исчерпывающего правового регулирования вопросов электронной подписи, но обеспечивает минимальные требования и уровень защиты при ее использовании. Директива закрепляет, что электронные подписи могут использоваться в качестве доказательства в правоприменительной деятельности¹.

Статья II Нью-Йоркской конвенции говорит о письменном, но не о собственноручно подписанном арбитражном соглашении. В связи с этим можно считать, что если подпись не проставлена от руки, а напечатана либо использован электронно-цифровой аналог собственноручной подписи, с точки зрения формы такое арбитражное соглашение удовлетворяет требованиям Конвенции.

При рассмотрении дела в «виртуальном пространстве» возможны определенные процессуальные трудности:

- необходимость наличия технических средств высокого качества в местах нахождения арбитров и свидетелей;

- при использовании видеоконференции не существует гарантий того, что ответы свидетеля не будут «подсказаны» лицом, находящимся за камерой. Следовательно, возможны сомнения в объективности полученных показаний.

Несколько лет назад было высказано предложение об основаниях использования средств электронной связи для проведения совеща-

¹ Шмелева-Мата О. В. Виртуальный арбитраж: реальная альтернатива разрешению внешнеэкономических споров // URL: <http://www.kollegi.ru/iss/t2/n6/41.htm>

ний арбитров по существу дела и составления «электронного» проекта решения. Такими основаниями предлагается считать¹:

- согласие всех арбитров на использование средств электронной связи;
- непосредственное участие всех арбитров в обсуждении и принятии проекта решения;
- отсутствие соглашения сторон об исключении средств электронной связи из арбитражной процедуры;
- избрание сторонами или арбитражем «виртуальной» формы совещаний и вынесения решения, которое должно быть надлежащим образом зафиксировано.

В 1985 г. швейцарский Верховный суд подтвердил право арбитров проводить совещания посредством электронной связи. Суд подчеркнул, что единственным обязательным условием для проведения совещания арбитров и вынесения решения является их непосредственное участие. Соглашение арбитров может быть выражено как в устной, так и в письменной форме. Следовательно, нет запрета о проведении совещаний посредством электронной связи, если только стороны не договорились об ином. Закон об арбитраже Италии (1994) закрепил возможность проведения совещаний между арбитрами посредством видеоконференции².

В английской доктрине высказывается мнение, что арбитражное решение может быть составлено председательствующим арбитра и разослано другим арбитрам по электронной почте. В случае их согласия с проектом решение рассылается сторонам аналогичным образом. Поскольку решение не должно быть мотивированным (в соответствии с английским правом), не будет существовать оснований для его обжалования³. Однако нормы национального законодательства большинства стран континентальной системы права требуют мотивированности арбитражного решения. Кроме того, это предложение не учитывает проблемы конфиденциальности «виртуального» арбитража.

Уже существует практика по применению «виртуального» арбитража. Американская арбитражная ассоциация приняла участие в проекте «Виртуальный магистрат». Стороны могут передать споры, связанные с информационными технологиями, на рассмотрение арбитра, который должен вынести решение в течение 72 часов.

¹ URL: <http://www.bestlawyers.ru/php/news/archnew.phtml?id=368&idnew=20366&start=20>

² Лазарев А. Ю. Правовое обеспечение защиты информации при использовании электронного документооборота в арбитражном судопроизводстве: Автореф. дисс... канд-та юрид. наук. М., 2007.

³ URL: http://www.portalus.ru/modules/russianlaw/rus_readme.php?subaction=s howfull&id=1129652766&archive=&start_from=&ucat=57&category=57

Вся арбитражная процедура проходит через Интернет. В Аргентине созданы специализированные органы по рассмотрению споров об использовании информации в Интернете.

Контрольные вопросы

1. Как можно определить правовую природу международного коммерческого арбитража, его понятие и виды?
2. Что представляет собой арбитражное соглашение в МЧП?
3. Каковы взаимоотношения международного коммерческого арбитража и государственных судов?
4. Как определяется право, применимое арбитражем?
5. Как осуществляется признание и принудительное исполнение иностранных арбитражных решений?
6. Как осуществляется международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража?

Нормативные правовые акты Российской Федерации¹

Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации».

Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле».

Федеральный закон от 21 июля 2005 г. № 115-ФЗ «О концессионных соглашениях».

Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции».

Федеральный закон от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации».

Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации».

Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности».

Указ Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. № 9131-XI «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей».

Постановление Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

Постановление Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса».

Международно-правовые акты

Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений (1886).

Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров (1980).

Гагская конвенция о соглашениях об исключительном выборе суда (2006).

¹ См. в том числе принятые сокращения к учебнику.

Конвенции по вопросам гражданского процесса (1954).

Гагская конвенция о праве, применимом к договору международной купли-продажи товаров (1986).

Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 года (1978) (Гамбургские правила).

Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (2004).

Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005).

Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (1958).

Парижская конвенция по охране промышленной собственности (1883).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001).

Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (Инкотермс) (2010).

Сборники документов, комментарии к законодательству

Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: практика применения в России и за рубежом / отв. ред. А. С. Комаров. — М., 2007.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая / Э. П. Гаврилов, О. А. Городов, С. П. Гришаев. — М., 2007.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья / под ред. А. П. Сергеева, Ю. К. Толстого, И. В. Елисеева. — М., 2002.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова. — М., 2004.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный) / отв. ред. Л. П. Ануфриева. — М., 2004.

Комментарий к Закону РФ «О международном коммерческом арбитраже»: Постатейный научно-практический комментарий / сост. Г. В. Севастьянов. — М., 2007.

Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации / под ред. Г. Г. Иванова. — М., 2005.

Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» (постатейный) / К. Б. Леонтьев. — М., 2003.

Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского и Е. А. Суханова. — М., 2003.

Комментарий к части четвертой Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского. — М., 2008.

Международное частное право: Иностранное законодательство / сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. — М., 2001

Международное частное право : сб. документов / под ред. К. А. Бекяшева, А. Г. Ходакова. — М., 1997.

Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 год / сост. М. Г. Розенберг. — М., 2008.

Принципы трансграничного гражданского процесса = ALI/UNIDROIT Principles of Transnational Civil Procedure / пер. с англ. Е. А. Виноградова, М. А. Филатова. — М., 2011.

Рекомендуемая литература

Учебники и монографии

Абрамян, С. Авторские права и их защита в Интернете / С. Абрамян. — М., 2007.

Алтѣнов, И. Международного частно-правна система на НР България / И. Алтѣнов. — София, 1955.

Ануфриева, Л. П. Международное частное право : учебник : в 3-х т. / Л. П. Ануфриева. — М., 2000.

Асосков, А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте / А. В. Асосков. — М., 2003.

Бахин, С. В. Субправо (международные своды унифицированного контрактного права) / С. В. Бахин. — СПб., 2002.

Безбородов, Ю. С. Международные модельные нормы / Ю. С. Безбородов. — М., 2008.

Бекашев, Д. К. Международное трудовое право : учеб. пособие / Д. К. Бекашев. — М., 2008.

Бирюков, П. Н. Международное право : учеб. пособие / П. Н. Бирюков. — М., 2005.

Богуславский, М. М. Международное частное право : учебник / М. М. Богуславский. — М., 2011.

Брун, М. И. Введение в международное частное право / М. И. Брун. — Пг., 1915.

Брун, М. И. Международное частное право: Курс, читанный в Московском коммерческом институте, 1910/11 / М. И. Брун. — М., 1911.

Брун, М. И. Публичный порядок в международном частном праве / М. И. Брун. — Пг., 1916.

Брун, М. И. Юридические лица в международном частном праве / М. И. Брун. — Пг., 1915.

Валютное право / под ред. П. Н. Бирюкова. — Воронеж, 2004.

Вилинов, А. А. Особенности защиты авторских и смежных прав в Интернете и локальных сетях / А. А. Вилинов. — М., 2008.

Вилкова, Н. Г. Правила толкования международных торговых терминов: Правовое регулирование и практика применения / Н. Г. Вилкова. — М., 2008.

Вишневский, А. А. Современное вексельное право: женеvская (Россия) и английская системы / А. А. Вишневский. — М., 2007.

Вольф, М. Международное частное право / М. Вольф. — М., 1948.

Гаврилов, В. В. Международное частное право : учеб. пособие / В. В. Гаврилов. — Владивосток, 1997.

Гаджинский, А. М. Логистика / А. М. Гаджинский. — М., 2004.

Галенская, Л. Н. Международное частное право / Л. Н. Галенская. — Л., 1983.

Гойхбарг, А. Г. Международное право / А. Г. Гойбарг. — М., 1928.

Гуцуляк, Н. В. Международное морское право (публичное и частное) : учеб. пособие / Н. В. Гуцуляк. — Ростов н/Д, 2006.

Давид, Р. Основные правовые системы современности Р. Давид, К. Жоффре-Спинози. — М., 1999.

Дворников, Д. В. Международно-правовые аспекты защиты интеллектуальной собственности: ВТО и ВОИС / Д. В. Дворников. — М., 2008.

Дженкс, Э. Свод английского гражданского права / Э. Дженкс. — М., 1941.

Дробязкина, И. В. Международный гражданский процесс / И. В. Дробязкина. — СПб., 2005.

Елисеев, Н. Г. Международное гражданское процессуальное право : учеб. пособие / Н. Г. Елисеев, Е. В. Вершинина. — М., 2011.

Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право / Н. Ю. Ерпылева. — М., 2011.

Звеков, В. П. Коллизии законов в международном частном праве / В. П. Звеков. — М., 2007.

Звеков, В. П. Международное частное право : учебник / В. П. Звеков. — М., 2004.

Звеков, В. П. Обязательства вследствие причинения вреда в коллизионном праве / В. П. Звеков. — М., 2007.

Зыкин, И. С. Обычай и обыкновения в международной торговле / И. С. Зыкин. — М., 1990.

Иванов, Г. Г. Международное частное морское право / Г. Г. Иванов, А. Л. Маковский. — Л., 1984.

Кабир, Л. С. Организация офшорного бизнеса / Л. С. Кабир. — М., 2004.

Канашевский, В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование / В. А. Канашевский. — М., 2008.

Канашевский, В. А. Международное частное право / В. А. Канашевский. — М., 2006.

Карасьников, Б. Р. Глоссарий международного коммерческого арбитража / Б. Р. Карасьников. — М., 2007.

Карабельников, Б. Р. Исполнение и оспаривание решений международных коммерческих арбитражей. Комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 г. и главам 30 и 31 АПК РФ 2002 г. / Б. Р. Карабельников. — М., 2008.

Кенсовский, П. А. Легализация и признание документов иностранных государств / П. А. Кенсовский. — СПб., 2003.

Киселев, И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда / И. Я. Киселев. — М., 2005.

Кодификация российского частного права / под ред. Д. А. Медведева. — М., 2008.

Кокин, А. С. Международная морская перевозка грузов: Право и практика / А. С. Кокин. — М., 2008.

Комаров, А. С. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / А. С. Комаров. — М., 2006.

Конкурсное производство : учебно-практич. курс. — М., 2010.

Корецкий, В. М. Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права / В. М. Корецкий. — М., 1948.

Корецкий, В. М. Очерки международного хозяйственного права / В. М. Корецкий. — М., 1928.

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

Кретов, И. И. Логистика во внешнеторговой деятельности / И. И. Кретов, К. В. Садченко. — М., 2003.

Крылов, С. Б. Международное частное право / С. Б. Крылов. — Л., 1930.

Кудрявцева, Е. В. Гражданское судопроизводство Англии / Е. В. Кудрявцева. — М., 2008.

Кузнецов, М. Н. Международное частное право: Общая часть : учеб. пособие / М. Н. Кузнецов. — М., 1991.

Кулистикова, О. В. Йорк-Антверпенские правила — правила об общей аварии : учебно-методич. пособие / О. В. Кулистикова. — СПб., 2001.

Курочкин, С. А. Государственные суды в третейском разбирательстве и международном коммерческом арбитраже / С. А. Курочкин. — М., 2008.

Кутиков, В. Международно частно право на Народна Република България / В. Кутиков. — София, 1976.

Лаптев, А. М. Организации ООН в системе международного частного права / А. М. Лаптев. — М., 2003.

Леанович, Е. Б. Международное частное право : учебник / Е. Б. Леанович. — М., 2008.

Лукашук, И. И. Международное право в судах государств / И. И. Лукашук. — СПб., 1993.

Лунц, Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. (по изданию 1973—1976 гг.) / Л. А. Лунц. — М., 2002.

Мамаев, А. А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам / А. А. Мамаев. — М., 2008.

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

Медведев, И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность / И. Г. Медведев. — М., 2005.

Международное частное право и нотариальная деятельность / под ред. В. В. Яркова, Н. Ю. Рассказовой. — М., 2009

Международное частное право: современные проблемы / под ред. М. М. Богуславского. — М., 1994.

Международное частное право : учебник / под общ. ред. Г. В. Петровой. — М., 2011

Международное частное право : учебник. 3-е изд., переработанное и дополненное / под ред. Г. К. Дмитриевой. — М., 2012.

Международное частное право : учебник / под ред. Н. И. Марышевой. — М., 2011.

Международное частное право : учебник / под общ. ред. Г. В. Петровой. — М., 2011

Международные валютно-кредитные и финансовые отношения / под ред. Л. Р. Красавиной. — М., 2002.

Милославская, С. В. Мультимодальные и интермодальные перевозки / С. В. Милославская, К. И. Плужников. — М., 2002.

Миротин, Л. Б. Транспортная логистика / Л. Б. Миротин. — М., 2003.

Моргунова, Е. А. Охрана авторских прав по Бернской конвенции / Е. А. Моргунова. — М., 2008.

Мосс, Д. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража / Д. Мосс. — М., 1996.

Нешатаева, Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс / Т. Н. Нешатаева. — М., 2004.

Нольде, Б. Э. Очерк международного частного права / Б. Э. Нольде / в кн. Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. — Юрьев, 1909.

Осавелюк, Е. А. Международный гражданский процесс России / Е. А. Осавелюк. — М., 2006.

Остроумов, Н. Н. Договор перевозки в международном воздушном сообщении / Н. Н. Остроумов. — М., 2009.

Отдельные виды обязательств в международном частном праве / отв. ред. В. П. Звеков. — М., 2008.

Паничкин, В. Б. Наследственное право США / В. Б. Паничкин, О. Ю. Боровик. — СПб., 2006.

Перетерский, И. С. Международное частное право / И. С. Перетерский, С. Б. Крылов. — М., 1940.

Пиленко, А. А. Очерки по систематике частного международного права / А. А. Пиленко. — СПб., 1911.

Попондопуло, В. Ф. Международное коммерческое право : учеб. пособие / В. Ф. Попондопуло. — М., 2004.

Раапс, Л. Международное частное право / Л. Раапс. — М., 1960.

Рабель, Э. Задачи и необходимость сравнительного правоведения / Э. Рабель. — Екатеринбург, 2000.

Регистрация субъектов предпринимательской деятельности: зарубежный опыт / отв. ред. Р. А. Адельханян. — М., 2012

Розенберг, М. Г. Международная купля-продажа товаров: Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров / М. Г. Розенберг. — М., 2006.

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

Рынок ценных бумаг : учеб. пособие для вузов / под ред. Е. Ф. Жукова. — М., 2004.

Светланов, А. Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции / А. Г. Светланов. — М., 2002.

Скачкова, Г. С. Труд иностранцев в России / Г. С. Скачкова. — М., 2006.

Сосна, С. А. Концессионные соглашения: теория и практика / С. А. Сосна. — М., 2002.

Степанов, В. В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии / В. В. Степанов. — М., 1999

Тимохов, Ю. А. Иностранное право в судебной практике / Ю. А. Тимохов. — М., 2004.

Транспортная логистика : учебник / под общ. ред. Л. Б. Миротина. — М., 2003.

Федосеева, Г. Ю. Международное частное право : учебник / Г. Ю. Федосеева. — М., 2008.

Финансы, денежное обращение и кредит : учебник / под ред. В. К. Сенчагова, А. И. Архипова. — М., 2004.

Хлестова, И. О. Юрисдикционный иммунитет государства / И. О. Хлестова. — М., 2007.

Холопов, К. В. Международное частное транспортное право: анализ норм международного и российского транспортного права / К. В. Холопов. — М., 2010.

Чернявский, С. П. Международный офшорный бизнес и банки / С. П. Чернявский. — М., 2004.

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

Шак, Х. Международное гражданское процессуальное право / Х. Шак. — М., 2001.

Юрова, Н. М. Международное гражданское процессуальное право: Теоретические основы имплементации норм в правовой системе РФ / Н. М. Юрова. — М., 2008.

Ancel, B. Les grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé / B. Ancel, Y. Lequette. — Dalloz, 2006.

Batiffol, H., Droit international privé / H. Batiffol, P. Lagarde. — P., 1993.

Dicey, A. Conflict of Law / A. Dicey. — N.Y., 1932.

Kalensky, P. Trends of private international law / P. Kalensky. — Prague, 1971.

Kegel, G. Vaterhaus und Traumhaus / G. Kegel // Festschrift für G. Beitzke. — B.; N.Y., 1979.

Madl, F. The law of conflicts and foreign trade / F. Madl, P. Vikas. — Bp., 1987.

Mayer, P. Droit international privé / P. Mayer, V. Heuzé // Montchrestien. 2007. 9 éd.

Niederer, W. Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR / W. Niederer. — Zurich, 1956.

The Conflict of Laws / C. M. V. Clarkson, Jonathan Hill. Oxford University Press, 2006.

Научные статьи, сборники научных статей

Актуальные проблемы международного частного и гражданского права: Сборник статей / под ред. С. Н. Лебедева. — М., 2006.

Международное публичное и частное право: проблемы и перспективы. Liber Amicorum в честь профессора Л. Н. Галенской : сб. статей / под ред. С. В. Бахина. — СПб., 2007.

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

Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения : сб. статей / под ред. А. С. Комарова. — М., 2007

Абраменков, М. С. Предварительный коллизионный вопрос в регулировании международных наследственных отношений / М. С. Абраменков // Журнал международного частного права. 2008. № 2.

Ален, Моро. Положение нотариуса в Европе / Моро Ален // Нотариальный вестник. 2009. № 3.

Антонов, И. В. Механизм разрешения международных коммерческих споров / И. В. Антонов, Н. В. Ружицкая // Закон. 2008. № 1.

Асосков, А. В. Комментарий к Рекомендациям Ассоциации международного права о применении доктрин *lis pendens* и *res judicata* в отношении арбитража: основные положения и перспективы использования в российской практике / А. В. Асосков // Международный коммерческий арбитраж. 2008. № 2.

Бардина, М. П. О применении материального и процессуального права в Регламенте МКАС при ТПП РФ 2006 г. / М. П. Бардина // Журнал международного частного права. 2008. № 4.

Бернаскони, К. Гаагская конвенция о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (Гаагская конвенция по ценным бумагам) / К. Барнаскони, Х. К. Сигман // Государство и право. 2006. № 12.

Викторова, Н. Н. К вопросу о страховании иностранных инвестиций / Н. Н. Викторова // Международное публичное и частное право. 2009. № 1.

Гаврилов, Э. Решение вопросов международного частного права в части четвертой Гражданского кодекса РФ / Э. Гаврилов // Хозяйство и право. 2008. № 3.

Галенская, Л. Н. Взыскание алиментов за границей (о возможности присоединения России к Конвенции 2007 г. «О международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи») / Л. Н. Геленская // Журнал международного частного права. 2009. № 1.

Доронина, Н. Г. Проблемы совершенствования международного частного права / Н. Г. Доронина, Н. Г. Семилотина // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 2.

Звеков, В. П. К вопросу о кодификации законодательства о международном частном праве и международном гражданском процессе / В. П. Звеков // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 3.

Звеков, В. П. Коллизионное право и статут частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом / В. П. Звеков // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2007. № 2.

Кабатова, Е. В. Новое коллизионное регулирование в проекте Гражданского кодекса / Е. В. Кабатова // Журнал международного частного права. 1996. № 4.

Комаров, А. С. Международный коммерческий арбитраж и третейское судопроизводство в России: актуальные проблемы / А. С. Комаров // Закон. 2008. № 1.

Кудашкин, В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в международном частном праве / В. В. Кудашкин // Законодательство. 2004. № 3.

Кудашкин, В. В. Коллизионные правоотношения в международном частном праве / В. В. Кудашкин // Государство и право. 2006. № 2.

Кудашкин, В. В. Теоретические аспекты института иностранного элемента в правовом отношении / В. В. Кудашкин // Государство и право. 2007. № 9.

Лазарева, Т. П. Банковские обязательства в международном коммерческом обороте: вопросы унификации права / Т. П. Лазарева // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 1.

Лисица, В. Н. Международное инвестиционное право как часть международного частного права / В. Н. Лисица // Закон. 2008. № 11.

Лопатина, Д. А. Правоприменительное значение обеспечительных мер, принятых международным коммерческим арбитражем / Д. А. Лопатина // Арбитражный и гражданский процесс. 2009. № 3.

Мансуров, Г. З. Новая редакция Унифицированных правил и обычаев по документарным аккредитивам / Г. З. Мансуров // Журнал международного частного права. 2008. № 1.

Мережко, А. А. Международное частное право на пороге XXI века: проблемы и перспективы / А. А. Мережко // Юридическая практика. 2000. № 22 (128).

Николюкин, С. В. Автономия воли сторон и особенности права, применимого к частнопрововым отношениям, осложненным иностранным элементом / С. В. Николюкин // Нотариус. 2008. № 6.

Поляков, Ю. В. Рассмотрение споров из международных коммерческих договоров в международном коммерческом арбитраже / Ю. В. Поляков // Международное публичное и частное право. 2009. № 1.

Садиков, О. Н. Коллизионные нормы в современном международном частном праве / О. Н. Садиков // Советский ежегодник международного права. 1982. — М., 1984.

Смирнова, К. В. Некоторые особенности применения правила «*Forum non Conveniens*» / К. В. Смирнова // Журнал международного частного права. 2008. № 3.

Толстых, В. Л. Принципы международного гражданского процесса Американского института права / В. Л. Толстых / УНИДРУА // Арбитражная практика. 2007. № 1.

Хоцанов, Д. А. Основания применения иностранного частного права в доктрине, законодательстве и судебной практике Англии, США и России / Д. А. Хоцанов // Журнал российского права. 2008. № 6.

Щукин, А. Гагская конвенция в отношении соглашений о выборе суда 2005 года: основные положения / А. Щукин // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 5.

Ярков, В. Некоторые проблемы интернационализации гражданского процесса и гражданских юрисдикций в России / В. Ярков, И. Медведев, С. Трушников // Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 1.

Ярков, В. В. Оспаривание решения международного коммерческого арбитража / В. В. Ярков // Закон. 2008. № 1.

Диссертационные исследования

Аблезгова, О. В. Нормы «*lex mercatoria*» в правовом регулировании международного коммерческого оборота : дис. ... канд. юрид. наук / О. В. Аблезгова. — М., 2008.

Абраменков, М. С. Проблемы коллизионно-правового регулирования наследственных отношений в современном международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук / М. С. Абраменков. — М., 2007.

Ануфриева, Л. П. Соотношение международного публичного и международного частного права (сравнительное исследование правовых категорий) : дис. ... д-ра юрид. наук / Л. П. Ануфриева. — М., 2004.

Бальзамов, Р. Л. Проблемы правосубъектности иностранных юридических лиц — участников внешнеэкономической деятельности в Российской Федерации : дис. ... канд. юрид. наук / Р. Л. Бальзамов. — М., 2008.

Барановский, П. Д. Международно-правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук / П. Д. Барановский. — М., 2005.

Бирюкова, Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук / Н. С. Бирюкова. — М., 2007.

Бреус, С. Б. Защита авторских прав в Интернет : дис. ... канд. юрид. наук / С. Б. Бреус. — М., 2005.

Галимуллина, С. К. Применение иностранного права в международном частном праве: Теория, законодательство и судебная практика Российской Федерации : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / С. К. Галимуллина. — Казань, 2006.

Горшкова, Л. В. Новые проблемы регулирования частноправовых отношений международного характера в сети Интернет : дис. ... канд. юрид. наук / Л. В. Горшкова. — М., 2005.

Демидов, И. А. Государство как субъект международного частного права : дис. ... канд. юрид. наук / И. А. Демидов. — Саратов, 2005.

Зайцев, Р. В. Признание и приведение в исполнение в России иностранных судебных актов : дис. ... канд. юрид. наук / Р. В. Зайцев. — М., 2006.

Кисиль, В. И. Механизмы коллизионного регулирования в международном частном праве : автореф. дис. ... д-ра юрид. наук / В. И. Кисиль. — Киев, 2001.

Крохалев, С. В. Категория публичного порядка в международном гражданском процессе. Сравнительное исследование на основе правовых систем России и Франции : дис. ... канд. юрид. наук / С. В. Крохалев. — Екатеринбург, 2005.

Кукин, А. В. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: основные положения, юридическая природа : дис. ... канд. юрид. наук / А. В. Кукин. — М., 2005.

Лебедева, М. Е. Иммунитет иностранного государства от обеспечительных мер в международном частном праве (международные соглашения и иностранное право) : дис. ... канд. юрид. наук / М. Е. Лебедева. — М., 2006.

Мальцев, А. С. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных правоотношений, возникающих в процессе электронного взаимодействия : дис. ... канд. юрид. наук / А. С. Мальцев. — М., 2007.

Морозова, Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : дис. ... канд. юрид. наук / Ю. Г. Морозова. — М., 2001.

Муранов, А. И. Проблема «обхода закона» в материальном и коллизионном праве : дис. ... канд. юрид. наук / А. И. Муранов. — М., 2003.

Папушой, И. Л. Гражданско-правовое регулирование института наследования с иностранным элементом : автореф. дис. ... канд. юрид. наук / И. Л. Папушой. — М., 2007.

Рягузов, А. А. Правовое регулирование трансграничной несостоятельности : дис. ... канд. юрид. наук / А. А. Рягузов. — М., 2008.

Толстых, В. Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук / В. Л. Толстых. — М., 2006.

Федосеева, Г. Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации : дис. ... д-ра юрид. наук / Г. Ю. Федосеева. — М., 2007.

Интернет-ресурсы

<http://www.allpravo.ru/library/doc2044p0/instrum4935/>
http://www.asros.ru/media/File/news/konc_razv_2010_02_19.doc
http://www.base.spinform.ru/sho\v_doc.fwx?Regnom=16954
<http://www.bestlawyers.ru/php/news/archnew.phtml?id=368&idnew=20366&start=20>
<http://www.best-outstaffing.ru/>

http://www.cfin.ru/press/black/2001-1/02_02_stepanyan.shtml
<http://www.cis-legal-reform.org/document>
http://www.cisgw3.law.pace.edu/cisg/biblio/baron.html#b*#b*
http://www.click.begun.ru/kick/jsp?url=4vrIyEhYbHFWip_NeNVSukEIVSYtohb39BNSgPvBhWxnrLao1Ki8yxpr8VE
<http://www.commerce.state.ut.us/web/commerce/digsig/act.htm>
http://www.ec-logistics.ru/articles/articles_index.htm
<http://www.kollegi.ru/iss/t2/n6/41.htm>
<http://www.law.edu.ru/book/book.asp?bookID=1188518>
<http://www.lawfirm.ru/article/index.php?id=205>
<http://www.lawinaction.org.ru/?mod=articles&article=1693>
http://www.m-proff.ru/index.php?option=com_content&view=article&id=9&Itemid=11
http://www.nasledie.ru/oboz/N05-6_95/015.htm
http://www.notiss.ru/usring/Lagarde_ru.htm
<http://www.obhodu-zakona.net/>
<http://www.pcp.ru:9012/manage/printdoc?tid=&nd=901910634&prevDoc=901821334&mark=1U67GDT000000636O9569007BERBON0HQB33G6624R243LSJA3VVVVVU>
http://www.peats.ru/rus/book/id_42.php
http://www.portalus.ru/modules/russianlaw/rus_readme.php?subaction=showfull&id=1129652766&archive=&start_from=&ucat=57&category=57
http://www.rnk.ru/rnk/forum_thread.phtml?forumID=3&rootID=23898&page=0
<http://www.roche-duffay.ru/articles/disputes.htm>
http://www.skylaser.ee/?include=p_zone/db_common
<http://www.state.gov/e/eb/tra/>
<http://www.svobodainfo.org/info/printdoc?tid=&nd=901839130&nh=0&ssect=262>
<http://www.transportrussia.ru/2006-06-1/econom/milliony.html>
<http://www.trudprava.ru/index.php?983>
<http://www.yurclub.ru/docs/theory/article5.html>

Покупайте наши книги:

В офисе издательства «ЮРАЙТ»:
111123, г. Москва, ул. Плеханова, д. 4,
тел.: (495) 744-00-12, e-mail: sales@urait.ru, www.urait.ru

В логистическом центре «ЮРАЙТ»:
140053, Московская область, г. Котельники, мкр. Ковровый, д. 37,
тел.: (495) 744-00-12, e-mail: sales@urait.ru, www.urait.ru

В интернет-магазине «ЮРАЙТ»: www.urait-book.ru,
e-mail: order@urait-book.ru, тел.: (495) 742-72-12

Для закупок у Единого поставщика в соответствии
с Федеральным законом от 21.07.2005 № 94-ФЗ обращайтесь
по тел.: (495) 744-00-12, e-mail: sales@urait.ru, vuz@urait.ru

Учебное издание

Гетьман-Павлова И. В

Международное частное право

Учебник для магистров

Формат 84×108 ¹/₃₂.
Гарнитура «CharterITC». Печать офсетная.
Усл. печ. л. 34,94. Тираж 1000 экз. Заказ №

ООО «Издательство Юрайт»
111123, г. Москва, ул. Плеханова, д. 4.
Тел.: (495) 744-00-12. E-mail: izdat@urait.ru, www.urait.ru

Международное частное право



Гетьман-Павлова Ирина Викторовна – кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики».

В серию «Магистр» входят издания по направлениям высшего уровня подготовки, написанные авторами ведущих российских вузов и рекомендуемые Министерством образования и науки РФ, Учебно-методическими объединениями и Научно-методическими советами.

Учебники соответствуют новым **образовательным стандартам третьего поколения** для магистратуры. Содержат компетенции: *знать, уметь, владеть* и учебно-методический комплекс.

Материал учебников структурирован в интересной, нестандартной форме, что позволяет легко и надежно освоить курс.

Учебник представляет собой изложение углубленного курса международного частного права. Книга включает три раздела, в которых подробно рассматриваются вопросы теории международного частного права, анализируются специальные институты и подотрасли международного частного права, исследуются международный гражданский процесс и международный коммерческий арбитраж, проблемы транснационального банкротства (международное конкурсное право) и международного нотариального права.

После каждой темы приводятся контрольные вопросы, с помощью которых студенты могут лучше усвоить теоретический материал.

