

Л.П. Ануфриева

# Международное частное право Особенная часть

Том 2

*Учебник*

Издание 2-е, переработанное и дополненное

*Рекомендовано*

*Министерством образования Российской Федерации в качестве учебника для студентов высших учебных заведений, обучающихся по юридическим специальностям*

Москва

Издательство БЕК, 2002

УДК 34  
ББК 67.412.2  
А73

**В трех томах:**

**Том 1.** Общая часть

**Том 2.** Особенная часть

**Том 3.** Трансграничные банкротства.

Международный коммерческий арбитраж.

Международный гражданский процесс

**Рецензенты** — доктор юридических наук, профессор Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации, член-корреспондент Международной славянской академии наук, образования, культуры и искусства **М.Н. Кузнецов**; доктор юридических наук, профессор **М.М. Богуславский**

**Ануфриева Л.П.**

**А73**                    **Международное частное право: В 3-х т. Том 2. Особенная часть:**

*Учебник.* — 2-е изд., перераб. и доп. — М.: Издательство БЕК, 2002. — 656

с.

ISBN 5-85639-338-4

Настоящий учебник подготовлен с учетом опыта преподавания международного частного права и, в частности, лекций, прочитанных автором на юридическом факультете МГУ им. Ломоносова и МГЮА на основе программы полного курса международного частного права в соответствии с Государственным образовательным стандартом.

Учебник состоит из трех томов: Том 1. Общая часть; Том 2. Особенная часть; Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс.

В учебник включены разделы, посвященные актуальной проблематике, не рассматривавшейся ранее ни в учебной, ни в монографической литературе по МЧП (компаний международного бизнеса, оффшорных компаний, трансграничных банкротств).

Во 2-м издании, переработанном, дополненном и рекомендованном Министерством образования РФ для студентов вузов, обучающихся по юридическим специальностям, получили отражение новейшие российские правовые акты, в том числе третья часть ГК РФ, международные договоры, к которым присоединилась Россия в только что минувшие годы, а также источники права зарубежных государств, включая страны ЕС.

Непосредственное обращение автора к законодательной и судебной практике иностранных государств, приведение разнообразных примеров из области международного хозяйственного и делового оборота делает данное издание полезным для широкого круга читателей, помимо студенческой, аспирантской или преподавательской аудитории, расширяя тем самым круг его адресатов.

УДК 34

© Ануфриева Л.П., 2000  
© Издательство БЕК, 2000  
© Ануфриева Л.П., 2002  
© Издательство БЕК, 2002

ББК 67.412.2

ISBN 5-85639-263-9 (т. 1)  
ISBN 5-85639-338-4 (т. 2)  
ISBN 5-85639-305-8 (т. 3)

### **Предисловие ко 2-му изданию**

Необходимость в подготовке второго издания настоящего учебника вызвана прежде всего тем, что развитие российского международного частного права за время, прошедшее с момента выхода первого издания, ознаменовалось рядом значительных событий. Главнейшим из них является принятие и введение в действие с 1 марта 2002 г. нового регулирования, содержащегося в третьей части Гражданского кодекса Российской Федерации.

Как известно, в отечественном праве впервые за всю его историю категория «международное частное право» получила легальное закрепление, поскольку положения, относящиеся к этой области объективного права, сгруппированы в особый раздел основного акта гражданского права кодифицирующего значения, озаглавленный «Международное частное право». Тот факт, что в существующих условиях, характерных для российской действительности в

области международного частного права, включение в Гражданский кодекс раздела с подобным наименованием способно породить немало сложных проблем, уже стал предметом внимания в юридической литературе. Тем не менее нельзя отрицать общую новизну и позитивное содержание введенной в действие регламентации. Идеи и задачи, стоявшие перед разработкой нового регулирования, обусловили качественно иной уровень концептуальной основы упорядочения частноправовых отношений международного гражданского и хозяйственного оборота.

Вторым весьма значительным обстоятельством стало принятие 25 октября 2001 г. Земельного кодекса РФ, который в свою очередь представляет немало новелл в регулировании земельных отношений с участием иностранных физических и юридических лиц на территории Российской Федерации, а также обновление законодательства, связанного с отношениями международного хозяйственного и гражданского оборота.

Наконец, еще одним фактором, подтолкнувшим к подготовке второго издания учебника явилось опубликование в истекший период существенного количества работ по международному частному праву широчайшего диапазона жанров — от учебников и кратких курсов до солидных сборников иностранных национально-правовых источников МЧП, формирующих богатый материал для дальнейшего исследования проблем в рамках учебного курса, переводных изданий западных авторов и различных комментариев третьей части ГК РФ (см.: Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья (официальный текст от 26 ноября 2001 г.). Постатейный научно-практический комментарий. М., Агентство (ЗАО) «Библиотечка «Российской газеты», 2001; *Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В.* Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть третья. М., 2002. Комментарий (постатейный) к Гражданскому кодексу Российской Федерации / Отв. ред. *Л.П. Ануфриева*. М., 2002 и др.).

## ' Содержание

<b>Предисловие ко 2-му изданию</b>	<b>V</b>
<b>Особенная часть</b>	
<b>Раздел первый.</b>	
<b>Лица в международном частном праве</b>	<b>1</b>
<b>Глава 14. Физические лица</b>	
<i>Литература</i>	1
§ 1. Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства в МЧП	1
§ 2. Дееспособность иностранных физических лиц	6
§ 3. Ограничение и лишение дееспособности в МЧП	18
§ 4. Безвестное отсутствие. Объявление лица умершим в МЧП	22
§ 5. Правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации	26
<i>Контрольные вопросы</i>	37
<b>Глава 15. Юридические лица</b>	
<i>Литература</i>	38
§ 1. Некоторые общие вопросы учения о юридических лицах в МЧП	38

§ 2. «Национальность» юридического лица	39
§ 3. Личный статут юридического лица	42
§ 4. Основные доктрины определения личного статута	43
§ 5. Проблема «международных юридических лиц» в международном частном праве	57
§ 6. Допуск иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности	70
§ 7. Правовое положение иностранных юридических лиц в Российской Федерации	76
<i>Контрольные вопросы</i>	83
<b>Глава 16. Государство как особый субъект в международном частном праве</b>	<b>84</b>
<i>Литература</i>	84
§ 1. Правовое положение государства в гражданско-правовых сделках международного характера. Понятие иммунитета	84
§ 2. Иммунитет государства. Виды иммунитета	90
§ 3. Основные доктрины иммунитета государства и их содержание	101
§ 4. Тенденции развития правового регулирования иммунитета государства	108
<i>Контрольные вопросы</i>	110
<b>Глава 17. Правовое положение международных организаций</b>	<b>111</b>
<i>Литература</i>	111
<i>Контрольные вопросы</i>	114
<b>Раздел второй. Вещные права в международном частном праве</b>	<b>115</b>
<b>Глава 18. Право собственности в МЧП</b>	<b>115</b>
<i>Литература</i>	115
§ 1. Право собственности как основной институт МЧП	115
§ 2. Коллизионно-правовое регулирование вещных отношений	116
§ 3. Коллизионное регулирование отношений собственности в Российской Федерации	132
§ 4. Правовое положение иностранных граждан, лиц без гражданства и юридических лиц в области отношений собственности в Российской Федерации	136
§ 5. Право собственности российских граждан за рубежом	140
<i>Контрольные вопросы</i>	146
<b>Глава 19. Правовое регулирование иностранных инвестиций</b>	<b>147</b>
<i>Литература</i>	147
§ 1. Система правового регулирования иностранннх инвестиций в МЧП	147
§ 2. Правовое положение иностранных инвесторов в Российской Федерации	159
<i>Контрольные вопросы</i>	165

<b>Глава 20. Национализация иностранной собственности и действие за границей актов о национализации</b>	<b>166</b>
<i>Литература</i>	166
<i>Контрольные вопросы</i>	173
<b>Раздел третий. Сделки и обязательства в международном частном праве</b>	<b>174</b>
<b>Глава 21. Автономия воли в международном частном праве</b>	<b>174</b>
<i>Литература</i>	174
<i>Контрольные вопросы</i>	182
<b>Глава 22. Общие положения о сделках и обязательствах</b>	<b>183</b>
<i>Литература</i>	183
§ 1. Основные понятия	183
§ 2. Форма сделок в МЧП	196
§ 3. Коллизионно-правовое регулирование сделок международного характера	202
§ 4. Lex mercatoria. Обычай и обыкновения в международной торговле. Негосударственные средства регулирования. Общие принципы права. Типовые контракты и проформы. Общие условия	217
<i>Контрольные вопросы</i>	233
<b>Глава 23. Договорные обязательства в международном частном праве</b>	<b>234</b>
<i>Литература</i>	234
§ 1. Виды договоров, применяемых в международном хозяйственном обороте. Купля-продажа	235
§ 2. Подряд и техническое содействие	250
§ 3. Договор международной перевозки грузов, пассажиров и багажа. Перевозка автомобильным, железнодорожным и воздушным транспортом. Морская перевозка	260
§ 4. Договор мены	286
§ 5. Договор лизинга	295
§ 6. Факторные операции в МЧП	315
§ 7. Договор франчайзинга (франшиза)	324
<i>Контрольные вопросы</i>	331
<b>Глава 24. Деликатные обязательства в МЧП</b>	<b>332</b>
<i>Литература</i>	332
§ 1. Общие вопросы коллизионного регулирования деликатных обязательств в МЧП	332
§ 2. Регулирование деликатных отношений в Российской Федерации	340
§ 3. Международно-правовое регулирование деликатных отношений	349
<i>Контрольные вопросы</i>	356
<b>Глава 25. Денежные обязательства и международные расчеты</b>	<b>357</b>
<i>Литература</i>	357
§ 1. Содержание денежных обязательств и международные расчеты	357
§ 2. Унифицированные правила международных	

Расчетов	361	
§ 3. Вексель и чек в современном международном частном праве. Унификация вексельного и чекового регулирования	388	
§ 4. Валютные условия и валютные оговорки во внешнеэкономических контрактах	407	
§ 5. Правовое регулирование валютных отношений и валютные операции в Российской Федерации		411
<i>Контрольные вопросы</i>	420	

#### **Раздел четвертый.**

#### **Интеллектуальная собственность в международном частном праве**

**421**

#### **Глава 26. Промышленная собственность**

**421**

*Литература* 421

§ 1. Понятия «интеллектуальной собственности» и «промышленной собственности» в МЧП 421

§ 2. Международно-правовая охрана промышленной собственности 427

§ 3. Сотрудничество в рамках СНГ по использованию и охране промышленной собственности 455

§ 4. Правовое регулирование прав промышленной собственности иностранцев на территории Российской Федерации 461

*Контрольные вопросы* 467

#### **Глава 27. Авторское право и смежные права**

**468**

*Литература* 468

§ 1. Международно-правовое регулирование авторских прав. Многосторонние конвенции в области авторского права 468

§ 2. Правовое регулирование смежных прав 492

§ 3. Авторские права иностранцев по законодательству Российской Федерации и зарубежных стран 495

§ 4. Особенности правового регулирования авторских прав в киберпространстве 508

*Контрольные вопросы* 518

#### **Раздел пятый. Право наследования в международном частном праве**

**519**

#### **Глава 28. Наследственные отношения**

**519**

*Литература* 519

§ 1. Коллизионные вопросы наследования 519

§ 2. Правоспособность иностранцев в отношениях по наследованию. Способность быть участниками производства в наследственных делах 525

§ 3. Форма завещания 530

§ 4. Конвенционное регулирование отношений по наследованию 533

§ 5. Выморочное имущество 539

*Контрольные вопросы* 543

**Раздел шестой. Брачно-семейные отношения в международном частном праве 544**

**Глава 29. Правовое регулирование отношений по заключению и расторжению брака с участием иностранцев, имущественных и иных семейных отношений 544**

<i>Литература</i>	544
§ 1. Сфера возникновения и содержание коллизий законов в области заключения и расторжения браков с участием иностранцев	545
§ 2. Заключение брака. Признание браков, заключенных за рубежом. Консульские браки	560
§ 3. Имущественные правоотношения между супругами. Брачный договор	572
§ 4. Расторжение брака в МЧП	583
§ 5. Правоотношения, касающиеся международного усыновления, опеки и попечительства	592
<i>Контрольные вопросы</i>	606

**Раздел седьмой. Трудовые отношения в международном частном праве 607**

**Глава 30. Трудовые отношения в международном частном праве 607**

<i>Литература</i>	607
§ 1. Общие вопросы правового регулирования трудовых отношений международного характера	607
§ 2. Трудовые отношения в сфере международного хозяйственного оборота и коллизии права	610
§ 3. Международно-правовое регулирование трудовых отношений	625
§ 4. Трудовые отношения российских граждан за рубежом и в международных организациях	634
§ 5. Социальное обеспечение	642
<i>Контрольные вопросы</i>	645

**Особенная часть**

**Раздел первый. Лица в международном частном праве**

**Глава 14. Физические лица**

**Литература:** *Раане Л.* Международное частное право. М., 1960; *Луниц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 12—40; *Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984. С. 81—90; *Mödl F., Vekas L.* The Law of Conflicts and Foreign Trade. Bud., 1987. P. 85—110; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 320—351; *Лазарев Л.Н., Марышева Н.И., Пантелеева И.В.* Иностранцы граждане (правовое положение). М., 1992; Сборник договоров об оказании правовой помощи. М.: Спарк, 1996; *Ануфриева Л.П., Ваксян А.З., Гранкин М.И.* и др. «Я — собственник». Домашняя юридическая энциклопедия. (Глава «Иностранцы в России. Россияне за рубежом»). М., 1998. С. 354—390; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 118—133; *Звеков В.П.* Международное частное право: Курс лекций. М., 1999; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Практикум. М., 1999;

*Блищенко И.П., Дориа Ж. Прецеденты в международном публичном и частном праве. М., 1999; Международное частное право: Иностранное законодательство / Сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов М., 2001.*

## **§ 1. Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства в МЧП**

В области международного частного права вопросы режима пребывания, гражданско-правового статуса физических лиц—иностранцев на территории конкретного государства издавна являлись краеугольными и образовывали его главную составляющую и соответственно сферу действия.

Выражение «иностранное лицо» неоднозначно. Оно может включать такие категории, как «иностранцы физические лица», «человек», «гражданин» (собственно гражданин конкретного государства), «подданный иностранного государства», «лицо без гражданства», а также «иностранец предприниматель», «иностранец участник», «иностранец инвестор», «иностранец пользователь», «иностранец автор» и т.д.

Современные государства, руководствуясь положениями Устава ООН и другими международно-правовыми документами, обязаны поощрять всеобщее уважение и соблюдение прав и свобод человека в своей законодательной и правоприменительной практике. Соответственно это должно распространяться на все категории лиц, которые находятся в пределах юрисдикции данной конкретной страны.

Для международного частного права характерен дифференцированный подход к физическим лицам, находящимся в пределах юрисдикции конкретного государства, основанный, во-первых, на разделении на соответствующие категории, а во-вторых, на установлении определенного правового режима в отношении каждой из них.

Таких категорий, как правило, три. Прежде всего это собственные (отечественные) граждане данного государства. Затем следуют иностранные граждане и, наконец, лица без гражданства. В последние годы становится все более актуальным выделение в отдельную позицию и еще одной группы лиц — беженцев.

Иностранец гражданин — это лицо, имеющее особую правовую связь — гражданство — с определенным государством. В связи с этим на гражданина любого государства, находящегося вне пределов юрисдикции отечественного государства, распространяются по крайней мере два правовые порядка: национального государства и иностранного, на территории которого лицо находится. Иностранцы граждане на территории других стран обладают правоспособностью, определяемой местным правовым порядком. Большей частью это осуществляется на основе принципа национального режима. Национальный режим может быть установлен во внутригосударственном акте или международном договоре, в котором участвуют рассматриваемые государства. Например, в Законе Монголии о правовом положении иностранных граждан от 24 декабря 1993 г., введенном в действие с 1 февраля 1994 г., провозглашается, что все лица, правомерно проживающие на территории Монголии, будут равны перед законом и судом. Далее устанавливается также, что иностранные граждане могут осуществлять свои гражданские права и свободы, предоставляемые им законодательством Монголии, в такой же форме, что и



граждане Монголии (ст. 8). Аналогичные предписания об уравнивании в правах граждан договаривающихся государств содержатся в двусторонних соглашениях о правовой помощи. Так, в Договоре о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам между Российской Федерацией и Республикой Албания от 30 октября 1995 г. указывается, что граждане одной договаривающейся стороны пользуются на территории другой договаривающейся стороны в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и граждане последней.

В многостороннем документе, посвященном рассматриваемому вопросу, который заключен в рамках стран СНГ, принцип национального режима имеет еще большую сферу действия — по Конвенции 1993 г. он распространяется не только на граждан договаривающихся государств, но также и на другие категории лиц, вследствие чего граждане и лица, проживающие на территории одной договаривающейся стороны, пользуются на территориях всех других договаривающихся государств в отношении своих личных и имущественных прав такой же правовой защитой, как и собственные граждане данной договаривающейся стороны (ст. 1).

По общему правилу гражданская правоспособность лица — это его способность иметь гражданские права и нести обязанности, возникающая с момента рождения и устанавливаемая законом. Иностранцы граждане, обладая определенным объемом правоспособности, которая предоставлена им собственным (отечественным) правовым порядком, во время своего пребывания на территории другого государства не вправе ссылаться на тот объем правомочий, которыми они располагают в своем государстве. В то же время объем прав, которыми наделены иностранные граждане в другом государстве, зачастую может быть более значительным, нежели тот, который они имеют в своем отечестве. Поскольку, как было отмечено ранее, весьма распространенным при определении правового положения иностранных граждан в международной практике является принцип национального режима — уравнивания иностранцев в правах с собственными гражданами, за некоторыми исключениями, допускаемыми отечественным законом, то соответствующим ответом на вопрос будет служить освещение наиболее характерных исключений из общего правила о правоспособности субъектов гражданско-правовых и гражданско-процессуальных отношений.

Практически повсеместно иностранные граждане не могут занимать высшие государственные должности, избирать и быть избранными в представительные органы власти, нести воинскую повинность, быть судьями, прокурорами, нотариусами, командирами экипажей речных, морских и воздушных судов, машинистами железнодорожных локомотивов и т.д. Так, в Воздушном кодексе РФ 1997 г., в положениях, посвященных авиационному персоналу, достаточно исчерпывающе регламентируется данный аспект: в состав летного экипажа гражданского воздушного судна Российской Федерации могут входить только граждане РФ, если иное не предусмотрено федеральным законом (ст. 56). Наряду с этим предполагается, что в число авиационного персонала иностранные граждане могут входить наравне с российскими гражданами, если соблюдены соответствующие условия, к каковым следует отнести наличие необходимого документа и признание его действительности. В связи с этим, в частности, ст. 55 Воздушного кодекса РФ предусматривает, что сертификат (свидетельство) иностранного государства, выданный лицу из числа авиационного персонала, признается в Российской Федерации действительным при условии, если он соответствует международным авиационным стандартам,

признаваемым Российской Федерацией, и федеральным авиационным правилам.

Статьей 56 Кодекса торгового мореплавания РФ, принятого 30 апреля 1999 г. и введенного в действие с 1 мая 1999 г., устанавливается, что иностранные граждане и лица без гражданства не могут занимать должности капитана, старшего помощника капитана, старшего механика и радиоспециалиста судна, плавающего под Государственным флагом Российской Федерации. Вместе с тем согласно той же статье предусматривается возможность вхождения лиц указанных категорий в состав судовой команды. Условия, на которых иностранные граждане и лица без гражданства могут входить в состав экипажа судна, за исключением экипажей судов рыбопромыслового флота, определяются федеральным органом исполнительной власти в области транспорта, а в состав экипажа рыбопромыслового судна — федеральным органом исполнительной власти в области рыболовства в соответствии с законодательством Российской Федерации о привлечении и использовании в Российской Федерации труда иностранных граждан и лиц без гражданства (п. 2 ст. 56 КТМ 1999 г.) (подробнее о трудовых отношениях иностранцев см. в гл. 30).

В некоторых случаях национальное законодательство устанавливает иные категории должностей или профессий, которые либо вообще не подлежат замещению иностранными гражданами, либо это может иметь место при соблюдении ряда условий. Так, в Законе Монголии об адвокатуре от 1 февраля 1995 г. указывается, что иностранные граждане или лица без гражданства, которым *разрешено* осуществлять адвокатскую деятельность (это недвусмысленно означает, что последние вправе осуществлять ее на территории Монголии не явочным порядком, а только по разрешению), могут вести такую на территории Монголии в соответствии с установленными правилами, если иное не предусмотрено законом (п. 3 ст. 7). Упомянутый выше монгольский Закон о правовом положении иностранных граждан разрешает им быть принятыми на работу в организации, квалифицируемые в качестве объектов особого государственного значения, только с предварительного разрешения правительства Монголии (ст. 10).

Правоспособность иностранных физических лиц может ограничиваться также и посредством установления перечня секторов экономики, в которых не может быть занят иностранец. Например, в Российской Федерации архитектурная деятельность иностранных граждан и лиц без гражданства осуществляется наравне с гражданами РФ, если это предусмотрено международным договором РФ. Однако при отсутствии соответствующего международного договора указанные категории лиц могут принимать участие в архитектурной деятельности на территории России только совместно с архитектором — гражданином РФ или юридическим лицом, имеющими лицензию (ст. 10 Федерального закона «Об архитектурной деятельности в Российской Федерации» 1995 г.).

Наиболее часто встречающимся обстоятельством рассматриваемого рода является ограничение деятельности иностранных инвесторов в соответствующих сферах, например в области разработки недр, добычи полезных ископаемых, рыболовства и т.д. Так, при поощрении в целом иностранного инвестирования в Новой Зеландии ее законодательство ограничивает вложения в некоторые сферы: в радиовещании и телевидении доля иностранных инвесторов не может превышать 15% капитала, в рыболовстве — 24,9%, в аграрном секторе разработка земельных

сельскохозяйственных угодий требует получения специального разрешения, предпосылкой которого является доказательство выгоды данного капиталовложения для развития сельского хозяйства страны.

Во многих странах иностранцы дифференцированы и делятся на несколько категорий. Например, во Франции в соответствии с «законом Паскуа» существуют «посетители», т.е. туристы, временно пребывающие иностранцы, «студенты», «лица наемного труда» (сезонные рабочие), «коммерсанты» («обыкновенные резиденты», т.е. лица, получившие разрешение — вид на жительство в течение трех лет) и «лица-резиденты» (лица, имеющие 10-летнее удостоверение — вид на жительство). К числу «привилегированных» иностранцев относятся граждане стран ЕС, для которых, например, не требуется получать французское удостоверение «коммерсанта». Понятно, что именно принадлежность лица к той или иной категории определяет его правовое положение.

Испания также практикует проведение разграничения иностранных граждан по категориям и подразделяет их на туристов (с оформлением визы, допускающей пребывание до 90 дней); студентов (с оформлением учебной визы); работников по найму (с оформлением визы для получения вида на жительство); лиц, осуществляющих деятельность в Испании без контракта (предприниматели, инвесторы) и имеющих вид на жительство; лиц, проживающих в Испании без права получения доходов (с оформлением визы для получения вида на жительство); лиц, живущих на пенсию или ренту (с оформлением соответствующей визы и вида на жительство).

## **§ 2. Дееспособность иностранных физических лиц**

Дееспособность иностранных граждан в МЧП подчиняется в принципе (еще со времен итальянских статутариев) личному закону (*lex personalis*), который, как известно, существует в двух разновидностях — закона гражданства (*lex nationalis* или *lex patriae*) и закона постоянного местожительства (*lex domicilii*).

Так, по индийскому Закону о договорах 1872 г. «любое лицо вправе заключить договор, если оно достигло возраста совершеннолетия согласно закону, которому оно подчиняется, если оно действует в полном рассудке и не отстранено от совершения сделок в силу постановлений закона, которому оно подчиняется» (ст. 11). В соответствии же с Законом IX о совершеннолетии 1875 г. «любое лицо, домицилированное в Индии, считается совершеннолетним, если оно достигло полных 18 лет, и не ранее того» (ст. 3). Таким образом, и достижение совершеннолетия, и лишение или ограничение дееспособности определяются законом, которому подчиняются вопросы личного статуса физического лица в целом, — его личным законом, т.е. в условиях Индии законом постоянного места жительства (*lex domicilii*).

Например, в деле «Kashiba vs. Shripat», рассмотренном в 1894 г. судом штата в Бомбее, вдова индуса, будучи в возрасте старше 16 лет, но не достигшая 18 лет, муж которой был домицилирован в Британской Индии, выдала долговую расписку в Колхапуре (месте, находящемся за пределами Британской Индии), где она в тот момент проживала. Возник вопрос о том, каким правом определяется ее ответственность по долговому обязательству: законом Колхапура (*lex loci contractus*) или законом Британской Индии (законом ее места жительства — *lex domicilii*). На основании законодательства Колхапура она должна нести ответственность по обязательству, поскольку возраст полной дееспособности, устанавливаемой им, равен 16 годам. Согласно же нормам

закона ее domicilia (domicilia мужа), как отмечено выше, она не может отвечать по долговой расписке ввиду отсутствия дееспособности, ибо сделка совершена до достижения 18 лет и не была ею подтверждена после достижения 18-летия.

Однако современное состояние дел в рассматриваемой области таково, что большинство стран, в том числе и Российская Федерация, признают, что дееспособность лица в отношении сделок, совершенных на данной территории, а также обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, определяется по территориальному закону.

Исторически имеющим общее распространение постулатом выступало правило: лицо, дееспособное по закону отечественного государства, признается таковым и за границей, и наоборот, недееспособное по праву своего государства лицо должно быть объявлено недееспособным во всех других государствах. Со временем его соблюдение стало вызывать возражения ввиду явной несовместимости с интересами стабильности торгового и хозяйственного оборота, так как всегда существовала угроза того, что чужеземный купец мог объявить сделку, совершенную им в иностранном государстве, недействительной под предлогом отсутствия у него дееспособности по национальному закону.

Подобное происходило не раз, пока наконец в 1861 г. французский суд, вынося решение по «делу Лизарди», не сформулировал принцип «извинительного незнания иностранного закона». Лизарди — мексиканский гражданин 23 лет — при совершении на территории Франции (в Париже) сделки купли-продажи драгоценностей с французом произвел расчет с помощью векселей, которые были затем представлены в банк. Последний отказался от их оплаты на том основании, что векселя выданы несовершеннолетним лицом (по действовавшему тогда мексиканскому закону совершеннолетие наступало в 25 лет). Лизарди вслед за этим решил отказаться от сделки и сослался на ее недействительность по причине отсутствия дееспособности. При этом мексиканец являлся совершеннолетним согласно французскому правопорядку. Суд первой инстанции признал сделку действительной и обязал Лизарди уплатить требуемую сумму, поскольку «француз не может быть обязан знать законы разных государств, касающиеся несовершеннолетия... для действительности сделки достаточно, если француз действовал без легкомыслия, добросовестно и не допустил небрежности» (*sans legerete et imprudence*).

Именно этот казус стал отправной точкой в мировой практике выработки надлежащих, удовлетворяющих требованиям как юридического подхода, так и экономических, хозяйственных потребностей и интересов, коллизионных принципов определения дееспособности иностранных физических лиц. Поскольку суд в данном случае констатировал, что французский контрагент действовал осмотрительно и осторожно, не допустил небрежности, договор должен быть признан действительным и, следовательно, дееспособность иностранца должна определяться по местному — французскому — закону.

Примечательно, что Гражданский кодекс Алжира, являясь современным документом, воспроизвел данное решение. Так, его ст. 10 предусматривает:

«Однако, если одна сторона сделки денежного или имущественного характера, совершенной в Алжире и подлежащей там исполнению, является недееспособным иностранцем, но эта недееспособность по каким-либо причинам не могла быть легко обнаружена, она не оказывает никакого влияния на действительность сделки».

Сходную позицию заняла и Германия, практика которой характеризовалась еще большей защитой «своего» купца, ибо она не прибегала к оговоркам о «добросовестности», «разумности» и «осмотрительности» в отношении поведения контрагента, являющегося собственным гражданином. К тому же изъятие из общего принципа подчинения дееспособности иностранца его личному (национальному) закону в этой стране было закреплено легально, т.е. в тексте самого Германского гражданского уложения (ст. 7 Вводного закона к ГГУ): если иностранец заключает в пределах Германии сделку, в отношении которой он недееспособен по закону гражданства, но мог бы считаться дееспособным по праву Германии, то он признается дееспособным для целей заключения такой сделки.

В отличие от приведенного ранее казуса, иллюстрирующего индийское право, уже в 1933 г. Верховный суд штата Мадрас высказался за то, что в обычных сделках торгового оборота дееспособность должна определяться по закону места заключения сделки (*lex loci contractus*). В силу этого, если лицо, достигшее 18 лет, домицилированное в Британской Индии, индоссирует оборотные документы на Цейлоне, по праву которого оно является несовершеннолетним, индоссант не может быть признан ответственным в силу своей недееспособности.

В дальнейшем повсюду в мире не только в судебной практике, но и в «писаном праве» различных государств стал отражаться именно такой подход. Например, ст. 3 японского Закона о праве 1898 г., касающегося применения законов вообще, устанавливает общее правило: «Дееспособность лица подчиняется закону его отечественного государства». В то же время, если «лицо, обладающее полной дееспособностью согласно японскому закону, даже если оно было бы недееспособно по своему национальному закону, совершает юридический акт на территории Японии, оно будет рассматриваться как полностью дееспособное вне зависимости от того, что содержится в предыдущем пункте». Параграф 3 чехословацкого Закона о международном частном праве и процессе 1963 г. не слишком отличается от указанного в концептуальном плане: «(1) Правоспособность и дееспособность лица определяются правовым порядком государства, гражданином которого лицо является... (2) Если в дальнейшем не указано иное, для совершения иностранцем сделки в ЧССР достаточно наличия у него дееспособности по чехословацкому праву». Подобных примеров немало: таково регулирование, содержащееся в законодательстве России (ранее в Основах гражданского законодательства 1991 г., а ныне в ст. 1197 третьей части ГК РФ), Португалии (ст. 28 Гражданского кодекса 1966 г. гласит: «Правовая сделка, совершенная в Португалии лицом, которое является недееспособным согласно компетентному личному закону, не может быть отменена на основании недееспособности в случае, когда внутренний португальский закон в случае если бы он был применимым, считал бы это лицо дееспособным» (п. 1)), Венгрии (ст. 10 — «Правоспособность, дееспособность и вообще личный статус, а также личные неимущественные права человека необходимо рассматривать согласно его личному закону»; ст. 11 (1) — «Личный закон человека — это закон того государства, гражданином которого он является»), СРВ (ст. 831 Гражданского

кодекса 1995 г.: «Гражданская дееспособность иностранных граждан определяется по праву страны, гражданами которой они являются, если иное не установлено законодательством СРВ. В случае заключения и исполнения гражданско-правовых сделок иностранными гражданами во Вьетнаме гражданская дееспособность иностранных граждан определяется по праву СРВ») и т.д.

Здесь должно последовать существенное уточнение: речь идет преимущественно о дееспособности в рамках обязательственных или вещно-правовых отношений, ибо в иных областях, например в брачных отношениях, дееспособность представляет собой отдельную проблему, рассмотрение которой целесообразно провести в разделе, посвященном брачно-семейным отношениям.

Широкое распространение данного подхода в национальном праве обусловило его закрепление и в международных документах: в Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях 1930 г., говорится, что «способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется его национальным законом. Лицо, не обладающее способностью согласно закону, указанному в предшествующем, тем не менее несет ответственность, если подпись была совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо было бы способно» (ст. 1). Аналогичная норма содержится в Женевской конвенции, касающейся коллизий законов о чеках, 1931 г.

Таким образом, в сегодняшней правовой действительности рассмотренный подход стал преобладающим. Единственное исключение из него существует для сделок с недвижимостью: в этом случае приведенные акты перечисленных выше и прочих государств уточняют, что способность лица заключить сделку по поводу недвижимой собственности подчиняется закону места нахождения недвижимости (*lex rei sitae*). Японский закон применительно к право- и дееспособности иностранцев допускает оговорку также и для наследственных и иного рода отношений (п. 3 ст. 3 Закона 1898 г.).

Известные трудности для решения вопроса о том, какому закону подчиняется дееспособность иностранца на территории другого государства, представляют случаи, когда лицо имеет несколько гражданств или не имеет никакого гражданства, либо если данное лицо не имеет постоянного места жительства ни в одной из стран. В частности, венгерский Закон о международном частном праве дает следующие ответы на подобные вопросы: «Если индивидуум имеет несколько гражданств, одним из которых является венгерское гражданство, его личным законом будет венгерский закон». Заметим попутно, что Семейный кодекс РФ 1995 г. в части регулирования в сходной ситуации отношений по заключению брака содержит идентичные по смыслу предписания: «Если лицо наряду с гражданством иностранного государства имеет гражданство Российской Федерации, к условиям заключения брака (в том числе и брачной дееспособности. — *Л.А.*) применяется законодательство Российской Федерации. При наличии у лица гражданства нескольких государств применяется по выбору данного лица законодательство одного из этих государств» (п. 3 ст. 156). При этом брачная дееспособность лица без гражданства, вступающего в брак в Российской Федерации, подчиняется закону государства, на территории которого это лицо имеет постоянное место жительства.

Предмет особого регулирования составляет дееспособность иностранных граждан и лиц без гражданства в области предпринимательской, торговой и хозяйственной деятельности. Те национально-правовые акты, в которых данный

аспект получил отражение, содержат специальные коллизионные правила. Например, Закон о международном частном праве Венгрии устанавливает, что экономическая, производственная или торговая деятельность частного лица подчиняется праву того государства, в котором выдано разрешение (лицензия) на такую деятельность. Если по закону соответствующего государства подобная лицензия не требуется либо разрешение было выдано в нескольких государствах, хозяйственно-правовой статус такого лица будет определяться законом того государства, в котором оно имеет центр деловой активности (ст. 14).

Примечательно, что третья часть ГК РФ идет по аналогичному пути, во-первых, уделяя соответствующее место этой проблеме, а во-вторых, закрепляя в регулировании схожее предписание: «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).

***Договоры о правовой помощи в определении право- и дееспособности иностранных граждан и лиц без гражданства. Иные международные договоры и акты международных организаций.*** В международных договорах новейшего времени вопросам определения право- и дееспособности в той или иной сфере отношений стабильно уделяется внимание. Это объясняется прежде всего интенсификацией процессов миграции населения, движения капиталов, услуг и т.д., учащением военных конфликтов в различных точках земного шара и увеличением, в частности, в результате всего этого притока иностранной рабочей силы и других категорий лиц в некоторые государства.

Договоры о поселении, торговле и мореплавании традиционно имели объектом рассмотрения правовое положение иностранцев — граждан договаривающихся государств на соответствующих территориях, иногда определяли порядок въезда—выезда иностранцев. Нередко они устраняли в порядке взаимности те ограничения прав, которые были введены в рамках общего законодательного и иного регулирования в конкретных государствах, для граждан партнера (например в части каботажного плавания, ведения приграничной торговли, лова рыбных и иных морепродуктов, разработки морского дна на континентальном шельфе и проч.).

Важным инструментом регулирования правового положения иностранных физических лиц и установления соответствующих режимов пребывания граждан договаривающихся государств стали двусторонние договоры о правовой помощи. В части установления объемов правоспособности физических лиц в них прежде всего закрепляется уравнивание в правах иностранных и национальных граждан (национальный режим), особенно в том, что касается осуществления гражданами договаривающихся государств правовой защиты их личных и имущественных прав (ст. 1 Конвенции о правовой помощи по гражданским делам между СССР и Италией от 25 января 1979 г., ст. 1 Договора между СССР и Королевством Испании о правовой помощи по гражданским делам от 26 октября 1990 г., ст. 1 Договора о правовой помощи между Россией и Китайской Республикой от 19 июня 1992 г., ст. 1 Договора между Российской Федерацией и Албанией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 30 октября 1995 г., а также российско-индийского от 3 октября 2000 г., российско-

аргентинского от 21 ноября 2000 г. и российско-кубинского от 14 декабря 2000 г. договоров о правовой помощи и др.). Заслуживает внимания регулирование, содержащееся в международно-правовом Соглашении о правовой помощи между СССР и Кипром от 19 января 1984 г. Наряду с общими положениями, определяющими правоспособность граждан договаривающихся сторон аналогично вышеуказанному, в нем имеются специальные нормы о национальном режиме в области наследования, которые исходят из приравнивания граждан одной стороны к гражданам другой стороны в отношении права приобретения по наследству имущества, находящегося на территории другого государства, и прав, которые должны быть там осуществлены в связи с таким имуществом. При этом имеются в виду права как в рамках наследования по завещанию, так и переходящие к лицу в силу наследования по закону (ст. 21).

Дееспособность иностранных граждан подчиняется преимущественно закону гражданства. Так, в договоре между Российской Федерацией и Албанией дееспособность физического лица определяется законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является это лицо (п. 1 ст. 22), то же — в Договоре о правовой помощи, заключенном между Россией и Эстонской Республикой от 26 января 1993 г. (ст. 22). Интересно отметить, что согласно Договору о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам между СССР и Польшей от 28 декабря 1957 г. по принципу подчинения закону гражданства решен вопрос как дееспособности, так и правоспособности физических лиц (ст. 1). Однако принятым впоследствии между сторонами Протоколом к указанному соглашению от 23 января 1980 г. было произведено необходимое уточнение приведенного подхода. В ст. 22 говорится, в частности, следуя традиционному решению, что лишь дееспособность физического лица определяется законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой он является. Однако при заключении мелких бытовых сделок дееспособность физического лица подчиняется законодательству стороны, на территории которой заключается сделка. В настоящее время между Российской Федерацией и Республикой Польша подписан новый Договор о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 16 сентября 1996 г., вступивших в силу 18 января 2002 г., в котором вопросы дееспособности регламентируются на основе принципа гражданства.

Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (Минская конвенция) стран СНГ является исключительно важным документом с точки зрения полноты освещения и решения анализируемой части вопросов, так как впервые в многостороннем масштабе закрепила унифицированные нормы в области определения правоспособности на началах национального режима (ст. 1), а в части дееспособности — на принципах *гражданства* для граждан договаривающихся государств и *домициля (постоянного местожительства)* для лиц без гражданства, проживающих на их территориях (ст. 23). Следует отметить, во-первых, что содержание данной Конвенции в рассматриваемой сфере нетрадиционно, ибо распространяет действие своих норм не только на собственных граждан участвующих в ней государств, но и на другие группы лиц, в том числе, как подразумевается в ее положениях, на лиц без гражданства, чего не было в практике заключения двусторонних договоров. Во-вторых, в рамках осуществления физическими и юридическими лицами стран СНГ судебной и иной защиты своих личных и имущественных прав сфера действия



Конвенции расширена еще более. Например, в силу ст. 1 правовая защита предоставляется гражданам каждой из договаривающихся сторон, а также *лицам, проживающим на ее территории*, в таком же объеме, что и собственным гражданам данной договаривающейся страны. На этом основании граждане каждой из договаривающихся сторон, а также другие лица, проживающие на ее территории, имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в суды, прокуратуру и иные учреждения других договаривающихся государств, к компетенции которых относятся гражданские, семейные и уголовные дела, могут выступать в них, подавать ходатайства, предъявлять иски и осуществлять иные процессуальные действия на тех же условиях, что и граждане данной договаривающейся страны.

Для целей определения право- и дееспособности иностранных граждан с помощью международно-правовых средств немалый интерес представляет собой регулирование, создаваемое как непосредственно межгосударственными соглашениями, так и актами органов международных (межправительственных) организаций. В числе первой составляющей правовой основы решения общих вопросов юридического статуса, скажем, в области въезда и выезда иностранных граждан в странах Европы, трудно пройти мимо Шенгенского соглашения от 14 июня 1985 года и Конвенции о применении Шенгенского соглашения от 19 июня 1990 года, первоначально подписанных 5 европейскими государствами: Бельгией, Нидерландами, Люксембургом (образующими Экономический союз стран Бенелюкса), а также ФРГ и Францией, в силу которых должно было быть достигнуто постепенное устранение пограничного контроля на общих границах участвующих в соглашениях государств, что и привело к введению так называемой «шенгенской» визы.

В других не менее важных для правового положения физических лиц областях — например в сфере образования — вопросы право-, дееспособности граждан иностранных государств также наиболее эффективно решаются посредством международных договоров. Здесь большое значение имеет ряд многосторонних конвенций, подписанных Российской Федерацией (7 ноября 1996 года) и ратифицированных 8 июля 1999 года: Европейская конвенция об академическом признании университетских квалификаций от 14 декабря 1959 года, Европейская конвенция об эквивалентности периодов университетского образования от 15 декабря 1956 года, Европейская конвенция об эквивалентности дипломов, ведущих к доступу в университеты, от 11 декабря 1953 года и Протокол к ней от 3 июня 1964 года, подписанный от имени РФ в Страсбурге 19 февраля 1998 года, а также Конвенция о признании учебных курсов, дипломов и ученых степеней в государствах региона Европы от 21 декабря 1979 года и Региональная конвенция о признании учебных курсов, дипломов о высшем образовании и ученых степеней в государствах Азии и Тихого океана от 16 декабря 1983 года, действующие для России как продолжательницы договоров СССР. В указанных международных договорах соответственно устанавливаются обязательства государств по признанию иностранных свидетельств об образовании, принятию их компетентными властями государств—участников и предоставлению их обладателям прав, которыми пользуются лица, имеющие национальные свидетельства, дипломы или степени, к которым могут приравниваться документы, полученные за границей. Две последние из названных конвенций разграничивают признание иностранных документов об образовании для продолжения обучения в высшей школе, высших учебных заведениях и признание иностранных свидетельств об образовании для профессиональной деятельности. При этом оба вида признания

не освобождают обладателя иностранного документа об образовании от обязанности следовать другим требованиям, которые могут устанавливаться компетентными органами государства, профессиональными организациями или учебными заведениями в зависимости от того, о каком виде признания документа об образовании идет речь. Применительно к РФ следует заметить, что двусторонние соглашения, заключенные в рассматриваемой сфере в свое время — в 70-е гг. — СССР с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Кубой, Монголией, Чехословакией, Польшей, существовавшие в дополнение к аналогичной многосторонней конвенции 1972 г., включающей перечисленные страны, бывшие членами СЭВ, продолжают действовать и поныне. В рамках проявления второй из указанных двух составляющих особое место в юридической защите и обеспечении личных неимущественных и имущественных прав иностранных граждан занимает право Европейского союза. В этом плане осуществление некоторых директив, принимаемых Советом министров ЕС, направленных на единообразную регламентацию на территории стран—членов ЕС соответствующих отношений, которые не могут действовать на территориях участников непосредственно, а должны быть трансформированы во внутреннее право в результате принятия на их основе национально-правовых актов государствами—членами ЕС, породило ряд прецедентных дел, рассмотренных Судом Европейских сообществ, имеющих принципиальное значение для реализации прав как иностранных, так и собственных граждан в странах Союза.

В частности, дело «Франкович и другие против Италии» (ноябрь 1991 г.), возникшее в связи с применением директивы Совета министров ЕС, устанавливающей необходимость сближения законодательства государств—членов по вопросам защиты интересов служащих в случае банкротства работодателя, позволило Суду Европейских сообществ сформулировать правила об условиях ответственности перед частным лицом государства—члена ЕС за несвоевременное выполнение им директивы: во-первых, директива должна предоставлять конкретные права индивидам; во-вторых, содержание рассматриваемых прав должно быть ясным; в-третьих должна наличествовать причинная связь между ущербом и несвоевременным выполнением государством—членом директивы ЕС.

В области, не слишком часто освещаемой в литературе по МЧП, к которой относится международный туризм, обращает на себя внимание в аспекте права ЕС специальный документ — директива Совета министров № 90/314/ ЕЭС от 13 июня 1990 г. «О пакетных путешествиях, пакетных отпусках и пакетных турах», предназначенная унифицировать на территории стран—членов ЕС регулирование отношений, касающихся защиты интересов международных туристов в случае преждевременного банкротства туроператора. Именно на базе этого акта возникло дело, которое с 1994 по 1996 г. находилось на рассмотрении Суда Европейских сообществ, которое также носит характер прецедента в «европейском праве», — дело «Дилленкофера и других против Германии».

В 1993 г. Дилленкофер, Эрдман, Шульте, Хойер и семья Кнор намеревались поехать на время отпусков за границу. При оформлении заказа они внесли определенную сумму требуемого денежного депозита (Эрдман) либо полностью оплатили тур, чтобы иметь трехпроцентную скидку (все остальные). Однако Дилленкофер по состоянию здоровья решил отказаться от заказа, а Эрдман и

Хойер, узнав через прессу о предстоящем банкротстве фирм, также решили аннулировать свои заказы, в то время как Шульте заставили покинуть самолет, в котором он находился, отправляясь к месту проведения отпуска, ибо именно в тот момент стало известно о банкротстве его туроператора. Члены семьи Кнор успели отдохнуть, однако ввиду банкротства их туроператора им пришлось возвращаться в Германию за собственные деньги, хотя у них имелись действительные авиабилеты. Попытки вернуть уплаченные суммы за непредоставленные туристические услуги в ФРГ не увенчались успехом. Суд постановил, что обанкротившиеся фирмы на основе законодательства Германии не обязаны возвращать клиентам деньги. Истцы аргументировали свои требования Директивой Совета министров ЕС № 90/314/ ЕЭС от 13 июня 1990 г. Довод был отвергнут местным судом в Германии на том основании, что директивы ЕС не действуют автоматически, а требуют трансформации в национальное законодательство ФРГ. Однако соответствующий закон Германии был принят только в июне 1994 г. В ст. 1 Директивы записано, что ее целью является сближение законов, регламентов и административных указаний государств—членов по вопросам пакетных путешествий, пакетных отпусков и пакетных туров. Ст. 7 устанавливает, что туроператор должен предоставить надежные гарантии для возврата сумм, потраченных потребителем туристических услуг для оплаты заказа либо для его возвращения на родину в случае преждевременного банкротства туроператора. В ст. 8 зафиксировано, что государства—члены могут принять более строгие меры для защиты интересов потребителя туристических услуг. Ст. 9 особо предписывает, чтобы государства—члены предприняли все меры, необходимые для выполнения указанной Директивы до 31 декабря 1992 г.

Следовательно, на момент действия фактических обстоятельств, послуживших основанием для требований истцов, директива в ФРГ не была трансформирована в ее внутреннее право, как того требовало содержание документа. По мнению истцов, с учетом «дела Франковича», все три элемента, обуславливающие ответственность государства за несвоевременное выполнение Директивы, были соблюдены. В силу указанного истцы требовали от Германии компенсации за причиненный этим ущерб в связи с банкротством туроператора. Суд ЕС указал, что в преамбуле Директивы неоднократно говорится о цели защиты именно потребителей, которые, таким образом, имеют право на возврат уплаченной суммы заказа и на возвращение на родину в случае преждевременного банкротства туроператора. Кроме того, Суд утвердительно ответил на вопрос, достаточно ли ясно содержание этих прав, отметив, что как обладатели этих прав, так и сами права достаточно ясны. В частности, содержание их состоит в том, чтобы иметь гарантии, что уплаченные деньги за неиспользованные пакетные услуги будут возвращены покупателям, а уже находящимся за границей туристам обеспечен возврат на родину за счет туроператора в случае преждевременного банкротства.

Суд ЕС постановил также, что государства обязаны были принять все необходимые меры к тому, чтобы начиная с 1 января 1993 г.

частные лица имели эффективную защиту от рисков, связанных с преждевременным банкротством туроператоров.

В связи с изложенным представляется важным подчеркнуть, что, как видно из приведенных фрагментов материалов дел, суть решений Суда Европейских сообществ выходит далеко за рамки лишь тех конкретных отношений, которые стали предметом рассмотрения данного судебного органа, поскольку в них сформулированы более общие подходы и принципы права ЕС и правоприменительной практики в соответствующих областях, в том числе и применительно к вопросам право-, дееспособности иностранных граждан.

### § 3. Ограничение и лишение дееспособности в МЧП

В данной области МЧП, касающейся правового положения физических лиц, как и во многих других, существует немало расхождений в материальном праве различных государств: не во всех государствах признаются основаниями для ограничения дееспособности такие обстоятельства, как расточительство, болезненные наклонности (алкоголизм, наркомания и т.д.), различен порядок объявления гражданина ограниченно дееспособным или недееспособным. В целях достижения единообразия в вопросах объявления недееспособности 17 июля 1905 г. была заключена *Гаагская конвенция об ограничении дееспособности совершеннолетних*, содержащая 19 статей. Основным принципом, из которого исходила Конвенция, являлся принцип гражданства, а не domicilio, вследствие чего Дания, Норвегия, а также Великобритания и США не участвовали в ней. Ее участницами стали Германия, Италия, Нидерланды, Швеция, Франция, которая впоследствии отказалась от участия в ней. Царская Россия хотя и участвовала в IV Гаагской конференции, на которой разрабатывался проект Конвенции, однако ее не подписала. Как видно из представленного перечня, широкого распространения Конвенция не получила.

Более или менее общим положением, существующим в МЧП для решения вопроса об ограничении дееспособности совершеннолетнего лица, является принцип, согласно которому лишение дееспособности или поражение (ограничение) в правах иностранца должно подчиняться его личному закону. Следовательно, руководствуясь именно этим законом, необходимо обсуждать те требования, которым данное лицо не удовлетворяет, в результате чего ставится и вопрос об ограничении дееспособности, а также прочие материальные условия. Важное значение имеет также иной, но тесно связанный с этим вопрос: какое государство вправе объявить лицо ограниченно дееспособным или лишенным дееспособности, т.е. чей суд либо иной орган компетентен вынести по этому поводу решение? Иными словами, может ли суд ФРГ объявить ограниченно дееспособным российского или швейцарского гражданина и на каком законе будет основываться соответствующее решение — нормах немецкого, российского или швейцарского права?

Распространенной нормой в этом отношении выступает положение о том, что компетентными являются учреждения страны гражданства или основного места жительства (domicilia) и применимым правом, следовательно, будет выступать *lex fori*. Например, объявление в чешском суде недееспособным германского гражданина неизбежно будет осуществляться по закону гражданства ФРГ. Вместе с тем возможны ситуации, когда суд Чехии (либо другой страны) будет вправе вынести решение в отношении иностранца. Так, проживающий в Гавре англичанин может в силу исключительных

обстоятельств быть объявлен недееспособным вследствие расточительности в суде Франции, хотя, например, английское право не знает такого основания для лишения или ограничения дееспособности. В данном случае компетенция французского суда будет базироваться на принципе места жительства лица. Юридические последствия признания лица ограниченно дееспособным или полностью недееспособным определяются по праву того государства, в котором имело место такое признание. В частности, если англичанин объявлен в Германии недееспособным ввиду душевной болезни, то это приведет к его полной недееспособности, т.е. данное лицо не вправе совершать сделки даже в отношении жизненно необходимых вещей (*necessaries*), в то время как в Англии подобные акты были бы действительными. Венгерский Закон о международном частном праве в этом плане устанавливает следующее: «Иностранец, объявленный по своему личному закону ограниченно дееспособным или полностью недееспособным, будет считаться обладающим дееспособностью в отношении хозяйственных сделок, совершаемых в целях удовлетворения личных бытовых потребностей, если он обладает дееспособностью по венгерскому праву». Кроме того, иностранец, признанный по личному закону ограниченно дееспособным или лишенным дееспособности, однако обладающий дееспособностью по венгерскому праву, рассматривается дееспособным также и в отношении других сделок, совершаемых им, если последствия таких сделок имеют действие на территории Венгрии (ст. 15).

Правовой статус конкретного лица может осложниться в случаях объявления его недееспособным за границей, поскольку встает проблема действительности такого признания в соответствующем государстве. Например, германский гражданин, проживающий за рубежом, скажем, в Австрии, может быть объявлен недееспособным судом ФРГ. Однако признает ли такое решение Австрия? И как обстоит дело, если проживающего в Швейцарии гражданина ФРГ объявляют недееспособным в швейцарском суде, что вполне реально, если исходить из того, что швейцарское право разделяет принцип domicilio? Немецкий правовой порядок не признает такое объявление лица недееспособным, если по праву ФРГ оно недопустимо (в частности, по причине присуждения к уголовному наказанию путем лишения свободы или ввиду порочного образа жизни). Доктрина ФРГ расходится во мнениях и тогда, когда иностранный суд объявляет немецкого гражданина недееспособным или ограниченно дееспособным по основаниям, известным также и германскому праву. Одни (Л. Раапе) считают, что даже в этих случаях невозможно согласиться с таким объявлением, другие (Крениг) придерживаются противоположной точки зрения.

В целях установления известной стабильности в подобного рода вопросах в договорах о правовой помощи, заключенных Российской Федерацией с иностранными государствами, указанные вопросы подверглись международно-правовому урегулированию. Так, в случаях, не терпящих отлагательства, учреждение юстиции той договаривающейся стороны, где находится местожительство или местопребывание лица, подлежащего признанию ограниченно дееспособным либо недееспособным и являющегося гражданином другой договаривающейся стороны, может само принять меры, необходимые для защиты этого лица или его имущества. Распоряжения, принятые в связи с этими мерами, следует направить соответствующему учреждению юстиции договаривающейся стороны, гражданином которой является это лицо. Распоряжения подлежат отмене, если учреждением юстиции данной договаривающейся стороны будет постановлено иное. При отмене ограничения дееспособности лица либо признании его дееспособным компетентен суд той

страны, гражданином которой является данное лицо (ст. 22 российско-египетского Договора от 23 сентября 1997 г.). Российско-польским Договором в дополнение к вышеуказанному устанавливается, что если суд одной из договаривающихся сторон установит, что имеются основания для признания ограниченно дееспособным или недееспособным лица, проживающего на ее территории и являющегося гражданином другой договаривающейся стороны, то он уведомляет об этом соответствующий суд государства-партнера, гражданином которого является это лицо. Если суд, уведомленный в соответствии с предусмотренным в Договоре порядком, заявит, что он предоставляет выполнять соответствующие действия суду по месту жительства данного лица, или не выскажется в трехмесячный срок, то суд по месту жительства этого лица вправе вести дело по признанию его ограниченно дееспособным или недееспособным в соответствии с законодательством своего государства, если такое же основание признания ограниченно дееспособным или недееспособным предусмотрено также в законодательстве договаривающейся стороны, гражданином которой данное лицо является. Решение о признании ограниченно дееспособным или недееспособным направляется в соответствующий суд другой договаривающейся стороны. Данные положения применяются также при отмене ограничения дееспособности или признания лица дееспособным (ст. 20, 21, 22). Регулирование по данным вопросам, содержащееся в многостороннем документе — Конвенции о правовых отношениях и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам стран СНГ 1993 г. (ст. 24), совпадает с приведенными положениями российско-польского Договора.

#### **§ 4. Безвестное отсутствие. Объявление лица умершим в МЧП**

Институт объявления безвестно отсутствующим и признания лица умершим вследствие безвестного отсутствия существует далеко не во всех странах. В тех же странах, в которых он имеется, материальные нормы значительно расходятся в том, что касается условий и сроков объявления без вести пропавшими, юридических последствий безвестного отсутствия и т.д. В одних государствах имеются специальные законы, предусматривающие порядок признания безвестно отсутствующего лица умершим, а также конкретные предпосылки для подобного признания (Австрия, ФРГ, Италия), в других — разработаны отдельные нормы (Польша, Венгрия, Чехия, Россия, Монголия и др).

Право ряда стран (Франции, Алжира, других государств, воспринявших романскую систему) не признает принцип объявления лица отсутствующим или умершим. В таких государствах возможно лишь вынесение в рамках судебного производства по конкретному делу судебного определения о безвестном отсутствии лица, которое будет иметь значение только для данного дела, но не для иных отношений. При отсутствии письменного доказательства смерти лица используются средства доказывания, предусмотренные законом страны суда, в частности свидетельские показания лица, объявившего о смерти индивидуума (см., например, ст. 79 Ордонанса о гражданском состоянии № 70.20 1970 г. Алжира, ст. 29 ГК Алжира, допускающие при отсутствии свидетельства о смерти и другие средства доказывания).

Право Великобритании и США вообще не знает института объявления лица безвестно отсутствующим. В Англии, например, допустимо лишь для целей судебного разрешения конкретного дела установить презумпцию смерти лица, о

котором не было известий в течение 7 лет.

Коллизионные аспекты безвестного отсутствия и объявления умершим решаются на основе привязки отношения к личному закону, каковым выступает либо закон гражданства, либо закон постоянного места жительства (домицилия). Так, чешский Закон о международном частном праве строго устанавливает, что объявить гражданина Чехии умершим вправе лишь чешский суд (§ 43). Тот же подход характерен и для права ФРГ (ст. 12 Закона ФРГ о безвестном отсутствии 1951 г. с последующими изменениями и дополнениями, которые инкорпорированы в новое регулирование о международном частном праве ФРГ — новый Вводный закон к ГГУ).

Однако в силу специфических обстоятельств, когда квалификацию дает судебное учреждение другого государства, применяется закон суда. Так, польский Закон о международном частном праве от 12 ноября 1965 г. гласит: если по делу о признании иностранца умершим или об установлении факта его смерти дает заключение польский суд, применяется польское право (§ 2 ст. 11). В том же плане высказывается и чешский законодатель: чешский суд может объявить иностранца умершим по материальному праву Чехии с юридическими последствиями для лиц, постоянно проживающих в Чехии, и для находящегося здесь имущества (п. 2 § 43). Следовательно, основанием для рассмотрения чешским судом вопроса о признании иностранного гражданина или лица без гражданства умершим является ходатайство соответствующих лиц, чей интерес в имуществе или ином основан на законе, действующем в данной стране. Более общий подход закреплен в венгерском Законе о международном частном праве — здесь предпосылкой применения венгерского права выступают вообще «внутренние интересы правового характера», которые обуславливают объявление венгерским судом иностранного гражданина умершим или отсутствующим либо установление факта смерти такого лица. Закон же МНР во всех случаях объявления лица безвестно отсутствующим или умершим в пределах территории Монголии подчиняет это действие монгольскому праву (п. 6 ст. 428 ГК МНР).

Двусторонние договоры о правовой помощи традиционно содержали и содержат положения в данной области, поскольку именно международно-правовым путем возможно устранить некоторые трудности, возникающие в практике признания лиц безвестно отсутствующими национальными органами юстиции государств, осуществляющих тесное взаимодействие друг с другом на всех направлениях военной, политической, хозяйственной и культурной жизни, включая и контакты между физическими лицами. Например, положениями советско-кубинского Договора о правовой помощи от 28 ноября 1984 г. (российско-кубинский договор еще не вступил в силу) предусматривается, что объявить лицо безвестно отсутствующим, умершим или установить факт его смерти вправе только судебное учреждение страны, гражданином которой являлось это лицо в то время, когда по последним данным оно было в живых. Наряду с этим соглашение устанавливает и другой вариант, когда закрепляется компетенция в отношении указанного учреждения и другой договаривающейся стороны. Это, в частности, может произойти в ситуациях подачи лицами, проживающими на территории последней, соответствующего ходатайства, если их права и интересы основываются на законодательстве этого государства (ст. 17). И в том и в другом случае применяется право соответствующей договаривающейся стороны.

Таким образом, если проживающая на территории России кубинская семья имеет в совместной супружеской собственности акции или иные ценные бумаги

российских предприятий и жена, будучи кубинской гражданкой, обращается в российский суд с просьбой о признании мужа умершим в условиях, когда с момента поступления последних данных о нем как о живом прошло более 5 лет, в целях решения вопроса, во-первых, о своем гражданском состоянии и, во-вторых, о судьбе его доли в общем имуществе супругов, то последний должен считаться компетентным для рассмотрения этого ходатайства и будет разрешать вопрос на основании российского права.

Подобные предписания зафиксированы во многих других договорах о правовой помощи (с Азербайджаном, Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Грузией, Киргизией, Латвией, Литвой, Эстонией, Республикой Молдова, Монголией, Чехословакией, Египтом, КНДР), а также в многосторонней Конвенции о правовых отношениях и правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. стран СНГ. Однако в данном документе получили решение также вопросы аналогичного свойства, касающиеся лиц без гражданства. Для них предусмотрен принцип привязки к последнему месту жительства лица, в отношении которого орган юстиции договаривающегося государства ведет производство по делу об объявлении безвестно отсутствующим, умершим либо устанавливает факт смерти (ст. 25). В новейших актах, посвященных правовой помощи в двусторонних отношениях с другими государствами, подготавливаемых Российской Федерацией, содержится несколько отличающееся регулирование.

Ввиду специфичности положений по рассматриваемому вопросу представляется целесообразным привести их полностью. Так, российско-польский Договор о правовой помощи от 16 сентября 1996 г. устанавливает следующее: «Ст. 23 "Признание лица безвестно отсутствующим или умершим".

1. Для признания лица безвестно отсутствующим или умершим, а также установления факта смерти применяется законодательство Договаривающейся Стороны, гражданином которой являлось лицо в то время, когда оно по последним сведениям было в живых.

2. Суд одной Договаривающейся Стороны может в соответствии с законодательством своего государства признать гражданина другой Договаривающейся Стороны безвестно отсутствующим или умершим, а также установить факт его смерти: 1) по просьбе лица, намеревающегося реализовать свои наследственные права или права, вытекающие из имущественных отношений между супругами, в отношении недвижимого имущества умершего или безвестно отсутствующего лица, находящегося на территории Договаривающейся Стороны, суд которой должен вынести решение; 2) по просьбе супруга (супруги) умершего или безвестно отсутствующего лица, проживающего на момент подачи ходатайства на территории Договаривающейся Стороны, суд которой должен вынести решение.

3. Решение, вынесенное согласно пункту 2 настоящей статьи, имеет юридические последствия только на территории Договаривающейся Стороны, суд которой вынес указанное решение».

Следует упомянуть и еще об одном примере исключения в регулировании отношений подобного рода двусторонними международно-правовыми соглашениями. Речь идет о Договоре о правовой помощи между СССР и Румынией от 3 апреля 1958 г., который строится на сочетании критериев гражданства и последнего местожительства лица, подлежащего признанию умершим или безвестно отсутствующим, для определения подсудности дела. Причем сфера применения какого-либо из указанных критериев конструируется прямо противоположным образом тем решениям, которые зафиксированы,



скажем, в российско-польском Договоре, т.е. общим принципом определения подсудности является критерий последнего местожительства лица. Частными случаями юрисдикции суда государства гражданства выступает, во-первых, нахождение недвижимого имущества на его территории, если заинтересованное лицо желает реализовать свои наследственные права или права, вытекающие из имущественных отношений между супругами, а также проживание в момент подачи ходатайства на его территории мужа или жены лица, подлежащего объявлению безвестно отсутствующим или умершим судебным учреждением государства, гражданином которого это лицо являлось, если они просят о таком признании безвестно отсутствующим или умершим (ст. 30).

Кодекс Бустаманте, представляющий важную веху в развитии МЧП, не оперирует рассматриваемыми понятиями безвестного отсутствия или объявления умершим как таковыми. В его ст. 30 лишь говорится, что «каждое государство применяет свое собственное законодательство для объявления гражданской личности прекратившейся в случае естественной смерти физических лиц и исчезновения...»

## **§ 5. Правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации**

Ключевыми для понимания правового статуса индивидуумов-иностранцев в Российской Федерации выступают конституционные предписания, во-первых, о том, что в Российской Федерации «признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права» (ч. 1 ст. 17). При этом особое значение имеет ст. 18 Конституции, содержащая необходимую конкретизацию в отношении реализации приведенных предписаний. Иными словами, речь идет о том, что в Российской Федерации права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. В данном контексте это означает, что в обоснование защиты нарушенных прав и свобод лицо может ссылаться, а судебное учреждение обязано применить нормы, зафиксированные в соответствующих международных документах и иным образом закрепленные в международном праве. Во-вторых, иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами РФ, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ (ч. 3 ст. 62).

В данном случае Основной закон РФ закрепляет в отношении иностранцев принцип национального режима, что означает установление правила об уравнивании, за некоторыми изъятиями и исключениями, в правах и обязанностях иностранцев и собственных граждан.

При этом важно заметить, что национальный режим предоставляется иностранным гражданам в нашей стране в безусловном порядке, т.е. без встречного требования о взаимности в отношении наделения аналогичным режимом российских граждан в конкретном зарубежном государстве. К примеру, государство X в своем внутреннем правопорядке не следует принципу национального режима применительно к иностранцам, находящимся на его территории. Однако его граждане, пребывающие в Российской Федерации, будут пользоваться правами наравне с россиянами несмотря на то, что российские граждане на территории страны X не будут уравнены в правах с собственными ее гражданами. В то же время нельзя не обратить в связи с этим

внимание на одно немаловажное обстоятельство. Если государство Y необоснованно устанавливает по отношению к российским гражданам какие-либо ограничения в правах, каким бы то ни было образом дискриминируя их, в ответ Российская Федерация вправе установить ответные ограничения для граждан этого государства на своей территории в изъятие из общего принципа национального режима, применив тем *самым реторсию* (см. об этом в гл. 8 «Общей части»).

В силу всего сказанного выяснение принципиальных составляющих правового положения собственных (т.е. российских) граждан и некоторых исключений, которые не распространяются на них и, соответственно, действуют только в отношении иностранных физических лиц, весьма важно.

В Федеральном законе «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 г. содержатся понятия, относящиеся к рассматриваемой области: «гражданство (подданство) иностранного государства», «иностранец», «иностранец без гражданства». Федеральный закон «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» от 13 октября 1995 г. также разграничивает группу иностранных участников внешнеторговой деятельности, являющихся физическими лицами, разделяя их на две категории: «иностранцы граждане, гражданская правоспособность и дееспособность которых определяется по праву иностранного государства, гражданами которого они являются, и лица без гражданства, гражданская дееспособность которых определяется по праву иностранного государства, в котором эти лица имеют постоянное место жительства» (ст. 2).

В Российской Федерации нет пока специального закона о правовом положении иностранцев — законотворческая работа над ним еще продолжается, поэтому решение соответствующих вопросов в затронутой сфере может быть осуществлено путем обращения либо к законодательным актам СССР, либо к нормам общего характера, или же к некоторым специальным нормам, содержащимся в отдельных документах, регулирующих «смежные» области. Так, Закон «О гражданстве Российской Федерации» от 31 мая 2002 г. оперирует следующими определениями: «иностранец — лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее гражданство (подданство) иностранного государства»; «иностранец без гражданства — лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и не имеющее доказательства наличия гражданства иностранного государства» (ст. 3). Выражение «иностранцы физические лица», таким образом, может включать граждан подданных иностранных государств, а также лиц без гражданства. Современная практика добавила к этому необходимость выделения в рамках указанного лиц, имеющих двойное гражданство, а также особой группы физических лиц — иностранцев: беженцев.

Одной из важнейших областей, принципиально влияющих на определение правового положения иностранных физических лиц на территории любой страны, в том числе и в России, является регулирование имущественных прав, в частности, права собственности.

Среди экономических прав личности, провозглашенных международно-правовыми документами в области прав человека, таких, как Всеобщая декларация прав человека, Пакты о правах человека и др., право собственности выступает одним из первостепенных. Так, в ст. 17 Всеобщей декларации прав человека провозглашается: «1. Каждый человек имеет право владеть имуществом как единолично, так и совместно с другими. 2. Никто не должен быть произвольно лишен своего имущества».

В Российской Федерации это право закреплено как одно из основных конституционных прав. Согласно ч. 2 ст. 8 Конституции РФ «в Российской Федерации признаются и защищаются равным образом частная, государственная, муниципальная и иные формы собственности». В связи с этим необходимо подчеркнуть, что в России ни одна из форм собственности, включая государственную, не имеет приоритета в защите, поскольку всем предоставляется *равная* защита. Следует особо отметить еще и то, что право собственности относится к основным правам и свободам человека и гражданина. В соответствии с Основным законом РФ в качестве таковых они имеют прямое действие. Если Конституцией устанавливается, что каждый вправе иметь имущество в собственности, владеть, пользоваться и распоряжаться им как единолично, так и совместно с другими лицами, что никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда, а принудительное отчуждение имущества для государственных нужд может быть произведено только при условии предварительного и равноценного возмещения (ст. 35), или федеральным законом и только в той мере, в какой это необходимо для достижения перечисленных в ч. 3. ст. 55 Конституции целей, то из этого со всей очевидностью следует, что любое действие (или бездействие), направленное на лишение лица прав собственности, не укладывающееся в приведенные рамки существующего правопорядка, должно рассматриваться как нарушение права собственности и, значит, посягательство на основные права и свободы человека. Эта формула касается как «своих» (национальных), так и иностранных граждан.

Например, распоряжением мэра Санкт-Петербурга от 7 февраля 1994 г. (а затем и городские власти Москвы поддержали своими решениями ту же практику) было утверждено Положение о порядке доставки и хранения транспортных средств на специальных площадках. В силу данного акта предусматривалось принудительное изъятие и помещение на особо отведенные платные площадки транспортных средств, поврежденных в результате ДТП, похищенных у владельцев либо не имеющих владельцев, оставленных владельцами на проезжей части с нарушениями правил благоустройства и проч. Нет сомнений, что указанными нормами Положения ограничивалось право собственности лиц на принадлежащие им автомобили или иные транспортные средства, так как в случае их оставления, например с нарушениями правил благоустройства, т.е. вне разрешенных мест стоянок, указанные объекты изымались, помещались на специальные платные стоянки, по сути должны были выкупаться гражданами, которые при этом лишались возможности свободно и беспрепятственно пользоваться ими. Поскольку право собственности является правом конституционным, то его ограничение, в том числе и ограничение отдельных его элементов, например права пользования, должно базироваться исключительно на федеральном законе. Таким образом, правомерно ли издание подобного акта субъектом или субъектами Федерации и, следовательно, являются ли законными упомянутые распоряжения и действия, основанные на них?

Руководствуясь конституционными предписаниями, гражданско-правовыми нормами общего характера, а также административным и административно-процессуальным законодательством Российской Федерации, судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда

РФ рассмотрела дело по кассационной жалобе мэра Санкт-Петербурга, поданной на решение городского суда по заявлению прокурора Санкт-Петербурга о признании рассматриваемого акта незаконным, который 18 ноября 1994 г. удовлетворил заявление. 25 января 1995 г. решение городского суда Санкт-Петербурга Верховным Судом РФ оставлено без изменения, кассационная жалоба на него — без удовлетворения. Тем самым получен важный для правоприменительной практики и конкретного осуществления имущественных прав на территории РФ ответ о пределах действий органов и должностных лиц по ограничению прав собственника.

Хотя действующее право Российской Федерации, как было отмечено ранее, исходит из основополагающего принципа национального режима, вопрос о дифференциации между отечественными гражданами РФ и иностранными гражданами и лицами без гражданства имеет немалое практическое значение прежде всего ввиду допускаемых законодательством отдельных исключений. Подход, выраженный в Конституции РФ, последовательно подтвержден и в ст. 2 ГК РФ, однозначно распространяющей действие правил, установленных гражданским законодательством, на отношения с участием иностранных граждан и лиц без гражданства, если иное не предусмотрено федеральными актами. Эти нормы устанавливают механизм действия принципа национального режима в случаях тех самых изъятий, которые могут вводиться либо федеральным законом, либо международным договором. Из этого вытекает, что иностранные граждане и лица без гражданства пользуются на территории России гражданской правоспособностью наравне с отечественными гражданами. При этом российское право не проводит разграничения между иностранцами проживающими в пределах юрисдикции Российского государства и находящимися вне ее. И те и другие могут иметь на территории России тот же объем имущественных, а также связанных с ними личных неимущественных прав и корреспондирующих им обязанностей, основанных на равенстве, автономии воли и самостоятельности участвующих в гражданском обороте субъектов, что и граждане РФ. Таким образом, реальное содержание прав собственности иностранных физических лиц на территории РФ раскрывается в тех правомочиях, которыми располагают граждане РФ, с одной стороны, и ограничениях, которыми данные правомочия сопровождаются в случае их использования иностранцами, — с другой.

Каков же характер подобных ограничений в имущественной сфере?

Во-первых, они связаны с приватизацией государственного и муниципального имущества, а также со статутом территории. Так, устанавливается необходимость получения специальных разрешений органов государственной власти и местного самоуправления и обязательное извещение компетентных органов при приватизации объектов и предприятий торговли, общественного питания, бытового обслуживания населения, а также мелких (до 200 человек среднесписочной численности работающих или с балансовой стоимостью по состоянию на 1 января 1992 г. до 1 млн. рублей) предприятий промышленности и строительства, автомобильного транспорта (Государственная программа приватизации государственных и муниципальных предприятий в

Российской Федерации, утвержденная Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. № 2284), а также принятия Правительством Российской Федерации или правительствами республик в составе Российской Федерации (в зависимости от вида государственной собственности) одновременно с принятием решения о допустимости приватизации объектов и предприятий оборонной промышленности (у которых оборонный заказ составляет более 30 процентов общего объема выпуска продукции), нефтяной и газовой промышленности, по добыче и переработке руд стратегических материалов, драгоценных и полудрагоценных камней, драгоценных металлов, радиоактивных и редкоземельных элементов, предприятий транспорта и связи, решения о возможности допуска иностранных инвесторов к участию в приватизации.

Существует прямой запрет на использование иностранных инвестиций при приватизации государственных и муниципальных предприятий, расположенных в границах закрытого территориального образования, кроме случаев, предусмотренных постановлениями Правительства Российской Федерации (п. 1 ст. 8 закона РФ «О закрытом административно-территориальном образовании»), и ограничения при приватизации жилья и совершении сделок с недвижимым имуществом, находящимся на территории закрытого административно-территориального образования.

Кроме того, ограничения могут обуславливаться предоставлением или отсутствием предоставления соответствующих прав российским гражданам в иностранном государстве, а также предписаниями международных договоров. Так, невозможность для иностранцев иметь земельные участки в собственности для осуществления племенного животноводства поставлена в зависимость от случаев, когда вышеназванный режим собственности не предоставлен российским гражданам соответствующим иностранным государством (Закон РФ «О племенном животноводстве» от 3 августа 1995 г. № 23-ФЗ).

Одним из существеннейших в практическом плане вопросов выступает круг вещей, которые могут быть предметом права собственности, а также объектов, которые не могут находиться в собственности субъектов гражданского права (вещи, изъятые из гражданского оборота). При этом они могут быть вообще изъяты, т.е. для всех участников гражданского оборота. Наряду с этим изъятия могут существовать только применительно к определенной категории лиц. Скажем, существует деление вещей на различные виды, в том числе движимые и недвижимые. В этом смысле для иностранных физических лиц, пребывающих или планирующих находиться в Российской Федерации, жизненно важно знать, вправе они или не вправе иметь в собственности недвижимое имущество, и если это возможно, то какое именно. В частности, могут ли они, будучи иностранцами, владеть на территории России объектами собственности в виде зданий, строений, сооружений, домов, земельных участков, горных и иных отводов и т.д.? Хотя запрет на безвозмездную передачу земельных участков иностранным гражданам в собственность, установленный ст. 7 Земельного кодекса РСФСР 1991 г., отменен Указом Президента РФ от 24 декабря 1993 г. № 2287, в настоящее время земельное законодательство РФ не содержит норм,

*допускающих* первичное предоставление земельных участков иностранным физическим и юридическим лицам.

В действующих российских актах имеются прямые *ограничения прав иностранцев в отношении земельных участков* (подробнее об этом см. в главе 18). Вместе с тем в соответствии с указом Президента РФ «О регулировании земельных отношений и развитии аграрной реформы в России» от 27 октября 1993 г. № 1767 граждане — собственники земельных участков — *обладают правом совершать с ними гражданско-правовые сделки*: продавать, обменивать, дарить, передавать по наследству, сдавать в залог, аренду, передавать в качестве взноса в уставные капиталы юридических лиц, в том числе с иностранными инвестициями, поскольку в законодательстве Российской Федерации не содержится запрета на участие иностранцев в таких сделках.

Что же касается другой недвижимости — строений, зданий, сооружений, домов, квартир в жилых домах общего проживания и их частей, находящихся на территории России, то они беспрепятственно могут составлять объект права собственности иностранцев, правда, опять-таки с теми оговорками, которые присутствуют в правовом регулировании статуса собственника в отношении вещей указанного характера, закрепленными в законодательстве. К так называемым оговоркам подобного рода можно отнести требование российского правопорядка, например, по регистрации оснований возникновения прав собственности на ряд объектов (квартиры, дома, коттеджи, нежилые здания и помещения и т. д.) в виде договора купли-продажи в компетентных государственных органах. Общим правилом российского права выступает положение о том, что и форма сделки с участием иностранцев по поводу недвижимости, находящейся на территории РФ, и права и обязанности по сделке, и основания возникновения права собственности в отношении недвижимости, а также подсудность разрешения споров, возникающих по поводу сделки или в связи с ней, равно как и по осуществлению правомочий собственника и их защите, будут обсуждаться и разрешаться в соответствии с законами Российской Федерации.

Определенные изъятия из принципа национального режима в правовом положении иностранных физических лиц связаны с их статусом. Например, подобного рода ограничения часто встречаются и в практике других государств применительно к такой категории иностранцев, как временно пребывающие на данной территории иностранные граждане (преимущественно туристы). На них, как правило, не распространяются общие условия медицинского обеспечения и медицинского страхования, которые действуют в конкретном государстве в отношении собственных граждан или постоянно проживающих на их территориях лиц без гражданства. Россия в этом плане не исключение. Согласно постановлению Правительства РФ от 11 декабря 1998 г. № 1488, утвердившему Положение о медицинском страховании иностранных граждан, временно находящихся в Российской Федерации, разработан порядок медицинского страхования, а приказом Министерства здравоохранения от 29 января 1999 г. № 27 — минимальный перечень медицинских услуг (включая медико-транспортные услуги), оказываемых в системе медицинского страхования застрахованным иностранным гражданам, временно находящимся на территории РФ.

Положение не распространяется на иностранных граждан, проживающих в РФ в общей сложности более 183 дней в календарном году; работающих в РФ по трудовым договорам; находящихся в служебных командировках в иностранных

дипломатических представительствах, консульских учреждениях, международных организациях, аккредитованных при Министерстве иностранных дел РФ; пребывающих в Российской Федерации с официальным визитом; находящихся в РФ по приглашению работников дипломатических представительств, консульских учреждений и международных организаций, аккредитованных при Министерстве иностранных дел РФ; имеющих право на бесплатное оказание медицинской помощи (включая медико-транспортные услуги) в соответствии с международными договорами РФ. Медицинское страхование граждан стран СНГ осуществляется на основе международных договоров, заключенных РФ с этими государствами. Особо следует указать на норму вышеуказанного Постановления № 1488, предписывающую Министерству иностранных дел РФ при введении иностранным государством порядка, в соответствии с которым медицинское страхование является обязательным условием въезда российских граждан на его территорию, рассматривать вопрос о необходимости введения аналогичного условия при въезде граждан этого государства в Российскую Федерацию.

Осуществление соответствующих прав физическими лицами — иностранцами обеспечивается адекватной процессуальной правоспособностью, т.е. способностью быть стороной в процессе, направленном на судебную защиту нарушенных или оспариваемых прав. Данный аспект правового положения индивидуумов-иностранцев на территории РФ в полном соответствии с конституционными предписаниями урегулирован преимущественно в ст. 433—438 Гражданско-процессуального кодекса РСФСР 1964 г. (в ред. от 31 декабря 1990 г.) и Арбитражном процессуальном кодексе РФ от 5 мая 1995 г. (ст. 22, 210—215). Здесь необходимо отметить то обстоятельство, возникающее согласно указанным и иным действующим правовым положениям, что данная категория лиц вправе подавать заявления о признании недействительными актов государственных органов и органов местного самоуправления, которые должны приниматься и рассматриваться судами в общем порядке, и, кроме того, предъявлять требования о возмещении убытков, причиненных действием (бездействием) государственных органов, органов местного самоуправления или их должностных лиц либо в результате издания неправомерного акта.

Суды Российской Федерации также принимают иски иностранных физических лиц о признании недействительными актов, изданных органами управления юридических лиц, участниками которых являются указанные физические лица, если они не соответствуют закону и иным нормативным правовым актам и нарушают права и охраняемые законом интересы таких лиц (например, решения собраний акционеров, правления и иных органов юридического лица — акционерного общества, нарушающие права акционеров, предусмотренные законодательством).

Безусловно, некий абстрагированный от индивидуальных особенностей каждой категории подход к освещению правового положения в Российской Федерации неоднородного во многих отношениях контингента иностранных физических лиц не может быть признан плодотворным во всех смыслах.

Необходимо осознавать, что в реальной жизни конкретные параметры статуса лица в сущности зависят от того, к какой группе лиц оно относится. И здесь имеется несколько различных критериев. Например, в зависимости от времени пребывания на территории РФ иностранные граждане и лица без гражданства применительно, в частности, к валютному регулированию, налогообложению и др. делятся на «резидентов» и «нерезидентов». Вместе с тем важное значение имеют цели пребывания лица в Российской Федерации, характер деятельности, род занятий и проч. Хотя описанный выше объем гражданской и гражданско-процессуальной право- и дееспособности индивидуума, относящегося к категории иностранных физических лиц, не колеблется в целом, однако с учетом его специфической деятельности в Российской Федерации в качестве, допустим, инвестора, концессионера, обладателя лицензии в области рыбного хозяйства, морского промысла, поиска, разведки и разработки минеральных ресурсов на отдельных участках государственной территории РФ и таковых, подпадающих под ее исключительную юрисдикцию, и т.д. в нем необходимо проявляются соответствующие особенности.

Так, в силу ст. 7 федерального закона «О континентальном шельфе Российской Федерации» от 30 ноября 1995 г. участки континентального шельфа могут предоставляться физическим и юридическим лицам иностранных государств (пользователям). Преимущественные права при прочих равных условиях предоставляются пользователям, максимально использующим возможности промышленности Российской Федерации. С внешней стороны это выглядит общим мерилом. С другой же стороны — это бесспорное ограничение фактического характера в отношении иностранных пользователей, поскольку совершенно естественно, что в большей мере подобное в силу объективных обстоятельств может быть осуществлено отечественными субъектами. Данное условие можно считать «имплицитным ограничением». Кроме того, применяются и такие ограничения, которые выражены явным порядком. Например, как установлено в упомянутом акте, «в интересах обеспечения безопасности и развития промышленности и энергетики РФ могут вводиться ограничения на участие иностранных пользователей в конкурсах (аукционах) на поиск, разведку и разработку ресурсов отдельных участков».

В то же время следует отметить случаи, когда ограничения право- и дееспособности иностранных граждан и лиц без гражданства бывают необоснованными, т.е. не базирующимися на законе. Обратимся к сфере интеллектуальной деятельности. Общим принципом выступает здесь, как и в других сферах, право иностранных авторов изобретений, товарных знаков, знаков обслуживания, промышленных образцов и т.д. *наравне с российскими гражданами* подать заявку на соответствующий вид объектов промышленной собственности в Российское патентное ведомство (Роспатент) и получить при условии удовлетворения требованиям закона охранное свидетельство (ст. 36 Патентного закона от 23 сентября 1992 г., ст. 47 закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» от 23 сентября 1992 г.). Однако механизм подачи заявки, ведения дел по получению и поддержанию документа в силе в подобных случаях, когда имеется определенная категория иностранных заявителей, особый: «Заявка может быть подана через патентного поверенного... Физические лица, проживающие за пределами РФ, или иностранные юридические лица... ведут дела по получению патентов и поддержанию их в силе через патентных поверенных» (п. 3 ст. 15 Патентного закона). «Иностранные юридические лица или постоянно проживающие за пределами РФ физические лица... ведут дела... через



патентных поверенных» (ст. 8 Закона о товарных знаках). Заметим, что в Патентном законе соответствующие нормы сконструированы и выражены, несомненно, как диспозитивные, в Законе о товарных знаках — как императивные, но имеющие достаточно четкую конкретизацию в отношении круга лиц, на которых они должны распространяться. Иными словами, через патентных поверенных должны действовать физические лица—иностранцы (заявители-изобретатели), если они проживают не в России. При этом не оговорено, что речь идет о месте постоянного жительства. Презюмируется, таким образом, что проживающие в Российской Федерации иностранцы вправе подавать дела в Патентное ведомство и вести их там без помощи патентных поверенных. Во втором из приведенных актов достаточно четко установлено, каким заявителям адресовано это положение — *постоянно* проживающим вне территории РФ. Следовательно, лица, имеющие местожительство в России, вправе вести дела самостоятельно. Практика же Роспатента пошла по иному пути — обязательного требования об участии патентного поверенного во всех случаях, когда имеет место иностранный заявитель, что не может не вызвать возражений ввиду создания тем самым необоснованного ограничения прав определенных иностранных физических лиц путем произвольного истолкования и применения нормы правового акта. Нелишне заметить, что и в вопросе уплаты патентных пошлин иностранные граждане пользуются иными, нежели российские граждане, ставками.

#### **Контрольные вопросы:**

1. Какие существуют основные режимы для установления правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства в международном частном праве?
2. Каковы коллизионные принципы определения дееспособности, ограничения или лишения дееспособности иностранных физических лиц?
3. Правовое регулирование института безвестного отсутствия и объявления умершим в МЧП.
4. Каково правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации?

### **Глава 15. Юридические лица**

**Литература:** *Ладыженский А.М.* Теория национальности юридического лица в международном частном праве//Советский ежегодник международного права. 1964—1965. М., 1966; *Корецкий В.М.* Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права // Избранные труды. Т. 2. Ч. 1. Международное частное право. Киев, 1989. С. 4—125; *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 82—93; *Луниц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 41—73; *Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984. С. 90—110; Правовые формы организации совместных производств стран—членов СЭВ. М., 1985; Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник / Под ред. *Васильева Е.А.* М., 1993; Сборник договоров об оказании правовой помощи. М., 1996; *Ануфриева Л.П.* Иностранные юридические лица: правовое положение в Российской Федерации//Российская юстиция. 1997. № 2; *Троценко А., Карманова Е.* Оффшорные компании. М., 1995; Оффшорные фирмы в международном бизнесе: принципы, схемы, методы. М., 1998; *Звеков*

*В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999. С. 204—221; Блищенко И.П., Дориа Ж. Прецеденты в международном публичном и частном праве. М., 1999; Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 134—163; Кох Х., Магнус У., Зинклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. М., 2001. С. 213—233.*

## **§ 1. Некоторые общие вопросы учения о юридических лицах вМЧП**

Изучение в международном частном праве такой категории, как юридические лица, связано с решением ряда проблем не только практического, но и теоретического порядка. В рассматриваемой области, равно как и в других институтах, и вообще для международного частного права весьма характерно разделение всех лиц, действующих на данной территории, на отечественных (национальных) и иностранных. То же самое имеет место и применительно к юридическим лицам. Одним из самых важных обстоятельств, которое прежде всего принимается в расчет при оценке правового положения юридического лица в конкретном государстве, выступает критерий: к какой категории лиц в вышеуказанном смысле оно относится — «своим», т.е. принадлежащим к данной стране, или «чужим», принадлежащим к другому государству.

Физическое лицо имеет гражданство (подданство), т.е. особую правовую связь с определенным государством, в силу которой обеспечивается защита его прав и интересов даже вне пределов собственного государства с помощью разнообразных средств, предпринимаемых последним, а также domicilio — место постоянного или преимущественного жительства, которое далеко не всегда совпадает с государством гражданства (подданства). А есть ли domicilio у юридического лица? Существует ли понятие «национальности» применительно к юридическим лицам? Может ли domicilio юридического лица быть иным, нежели страна его учреждения? Эти и многие другие вопросы в каждом конкретном случае требуют надлежащего ответа, который в конечном итоге определит правовое положение юридического лица. Кроме того, после получения ответов на поставленные вопросы необходимо рассмотреть материальное содержание тех правовых норм, которые регулируют правовой статус, право- и дееспособность, ее объем, возникновение и условия ее прекращения, ограничения прав и обязанностей юридических лиц в гражданско-правовом отношении в соответствующей стране и т. д.

Основным фактором для уточнения гражданско-правового статуса иностранных юридических лиц в международном частном праве является то обстоятельство, что на них воздействуют по крайней мере две регулирующие системы — система национального права государства, считающегося для данного юридического лица «своим», и государства, на территории которого оно действует или предполагает действовать (территориальный закон). При этом в ряде случаев особое значение могут иметь также и нормы соответствующих многосторонних или двусторонних международных договоров, в которых участвуют рассматриваемые государства.

## **§ 2. «Национальность» юридического лица**

Отвечая на поставленные выше вопросы, следует подчеркнуть, что, конечно же, категория «национальности» применительно к юридическим лицам является условной, неточной, используемой в определенной мере лишь в целях удобства, краткости, обиходного употребления, и в юридическом отношении не может рассматриваться как надлежащая для целей обращения к ней при характеристике юридических лиц. Ею, бесспорно, оперируют в качестве понятия, к которому прибегают, когда говорят о физических лицах. Тем не менее ее использование в аспекте юридических лиц не вызывает возражений, если стоит задача отграничения, как было подчеркнуто ранее, отечественных правосубъектных образований от иностранных. Например, по Закону Объединенных Арабских Эмиратов (ОАЭ) о торговых посредниках (агентах) 1981 г. (с изменениями 1988 г.) торгово-посредническую деятельность вправе осуществлять в ОАЭ только граждане или юридические лица ОАЭ. Иными словами, подобного рода деятельность для иностранных компаний запрещена. Другой пример. На основании Закона о компаниях № 8 1984 г. (с изменениями и дополнениями, внесенными Законом № 13 1988 г.) 51% акций компании, создаваемой на территории ОАЭ, может владеть только физическое или юридическое лицо отечественного правового порядка. Следовательно, задача установления, идет ли в данном конкретном случае речь о местном или иностранном субъекте права, выступает как наиглавнейшая. Особенно наглядно категория «национальности» юридических лиц выступает в ситуациях объявления экономических и политических санкций в отношении какого-либо государства, которые имманентно распространяются и на его физических или юридических лиц. В частности, в известном деле «Банка Ливии против Бэнкерз Траст Компани» по иску, заявленному истцом в Высокий суд Англии в 1987 г., «национальность» истца, т.е. его принадлежность к ливийскому государству, была ключевым моментом для использования Соединенными Штатами Америки экономических санкций против Ливии, послуживших основаниями для судебных требований. Истец, Ливийский арабский внешний банк — ливийская государственная корпорация, контролируемая Центральным банком Ливии, 8 января 1986 г., в 14.00 по нью-йоркскому времени выдал поручение ответчику Бэнкерз Траст компани, корпорации, зарегистрированной в штате Нью-Йорк, о переводе средств в Лондон, в филиал ответчика на счет клиента. Головной офис американской корпорации в Нью-Йорке не удовлетворил запрос своего филиала о перечислении средств его клиенту, поскольку в 16.00 того же дня была получена информация секретаря казначейства США о том, что Президент США подписал указ, запрещающий американским юридическим лицам, в том числе их филиалам за границей, выплачивать валютные средства ливийским учреждениям в качестве меры в рамках объявленных против Ливии экономических санкций.

Помимо этого, в консульских конвенциях, заключаемых государствами, в числе функций консула значится и «осуществление предусматриваемых законом и правилами представляемого государства прав надзора и инспекции в отношении судов, имеющих национальность представляемого государства, и самолетов, зарегистрированных в этом государстве, а также в отношении их экипажей; оказание помощи упомянутым выше судам и экипажам, принятие заявлений относительно плавания судов, осмотр и оформление судовых документов...» (ст. 37 Консульской конвенции, заключенной между Российской Федерацией и Республикой Корея 18 марта 1992 г.). Кроме того, соответствующим двусторонним международным договором может быть установлено, что юридическим лицам, принадлежащим к договаривающимся

государствам, предоставляется на основе взаимности национальный режим (либо режим наибольшего благоприятствования) для целей осуществления деятельности на территории другого договаривающегося государства. В этом случае также крайне необходимо разграничить, во-первых, своих, т.е. национальных, юридических лиц, во-вторых, иностранных, т.е. принадлежащих к договаривающемуся государству, и, в-третьих, «чужих» — принадлежащих к недоговаривающимся государствам.

Термин «национальность» устойчиво используется в праве применительно к морским, речным, воздушным и прочим (космическим) судам. Так, в Кодексе торгового мореплавания РФ от 30 апреля 1999 г. в п. 1 ст. 17, именуемой «Национальность судна», устанавливается: «Судно, пользующееся правом плавания под Государственным флагом Российской Федерации, имеет национальность Российской Федерации. Судно, имеющее национальность Российской Федерации, обязано нести Государственный флаг Российской Федерации» (пп. 1, 2). Аналогичны положения ст. 4 Воздушного кодекса РФ от 19 марта 1997 г.: «Воздушное судно, зарегистрированное или учтенное в установленном порядке в Российской Федерации, приобретает национальную принадлежность Российской Федерации». Последующие положения со всей логичностью обуславливают, что исключение судна из Государственного реестра гражданских воздушных судов РФ влечет за собой утрату судном национальной принадлежности Российской Федерации: «Данные о гражданском воздушном судне исключаются из Государственного реестра гражданских воздушных судов в случаях продажи гражданского воздушного судна или перехода на иных основаниях права собственности на него иностранному государству, иностранному гражданину, лицу без гражданства или юридическому лицу при условии вывоза судна за пределы территории Российской Федерации» (п. 5 ст. 33 Воздушного кодекса РФ).

### **§ 3. Личный статус юридического лица**

Что касается понятий, правомерно и юридически точно употребляемых применительно к иностранным юридическим лицам, то к ним прежде всего следует отнести категорию «личного статуса» юридического лица. Легально в собственном качестве категория личного статуса юридического лица закреплена в особой статье ГК РФ и модельного гражданского кодекса, разработанного в рамках стран СНГ, — «Закон юридического лица». «Личный статус» — это тот правопорядок, в силу предписаний которого появилось данное образование, в качестве юридического лица осуществляющее деятельность. Нормы этого правопорядка санкционируют возникновение и ликвидацию соответствующего юридического лица.

Очень часто в международной жизни вопросы отыскания закона, которому подчиняется и в соответствии с которым было создано то или иное юридическое лицо, возникают в связи с налогообложением, являющимся важной составляющей его общего правового положения в зарубежной стране. Так, если договором об устранении двойного налогообложения, действующим между Российской Федерацией и Бельгией, установлено, что от налогообложения на территории одного договаривающегося государства освобождаются доходы, полученные юридическими лицами от соответствующих видов деятельности, осуществляемой на территории другого договаривающегося государства, то необходимо, как минимум, подтвердить,

является ли данное образование, претендующее, скажем, на освобождение от налога на прибыль в России, бельгийским юридическим лицом, и таким образом выявить, распространяются ли на него положения международного договора.

Так, при рассмотрении Президиумом ВАС РФ протеста первого заместителя Председателя Высшего арбитражного суда Российской Федерации на решение от 8 июля 1996 г., Постановление апелляционной инстанции от 26 декабря 1996 г. Арбитражного суда Свердловской области и постановление Федерального арбитражного суда Уральского округа от 14 марта 1997 г. по иску корпорации «Пан Ам Фармасьютиклз, инк.» к Государственной налоговой инспекции по городу Екатеринбург о признании недействительным предписания от 21 февраля 1996 г. о применении финансовых санкций за занижение в 1994 году прибыли арбитражные органы вынуждены были установить, что обратившееся в суд юридическое лицо является корпорацией, учрежденной в соответствии с законодательством Соединенных Штатов Америки и, вследствие положений п. 4 ст. 1, 2 и 3 Закона Российской Федерации «О налоге на прибыль предприятий и организаций», налогообложению подлежит прибыль иностранной компании, осуществляющей предпринимательскую деятельность в РФ через постоянное представительство, определяемая как разница между выручкой от реализации продукции (работ и услуг) без налога на добавленную стоимость и акцизов, других доходов и затратами, непосредственно связанными с осуществлением деятельности иностранного юридического лица в Российской Федерации, включая управленческие и общеадминистративные расходы, понесенные как на территории РФ, так и, в отдельных случаях, за границей. Определив государственную принадлежность истца (США), суд применил ст. 5 Договора между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки об избежании двойного налогообложения и предотвращения уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы и капитал от 17 июня 1992 г., в которой предусмотрено, что прибыль лица с постоянным местопребыванием в одном договариваемом государстве облагается налогом именно в этом государстве, если только это лицо с постоянным местопребыванием не осуществляет коммерческую деятельность в другом договариваемом государстве через постоянное представительство. Если лицо с постоянным местопребыванием осуществляет коммерческую деятельность в другом договариваемом государстве, прибыль такого лица может облагаться налогом в другом государстве только в части, которая относится к деятельности такого представительства (см: Постановление Президиума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 12 мая 1998 г. № 3973/97 // Нормативные акты по финансам, налогам, страхованию и бухгалтерскому учету. 1998. № 12.).

#### **§ 4. Основные доктрины определения личного статуса**

Нормы национального права различных государств не совпадают по своему содержанию в определении того, какое лицо является «принадлежащим» данному государству, вследствие чего их законодательство, доктрина и практика (прежде всего судебная) по-разному решают задачу отыскания правопорядка, в рамках которого данное юридическое лицо будет квалифицироваться «своим», т.е. национальным. Однако несмотря на это, в мире было выработано несколько признаков, руководствуясь которыми

законодатель или судья квалифицировали соответствующее образование в качестве правосубъектного лица собственного или иностранного правапорядка. К их числу относятся критерии учреждения, или регистрации (инкорпорации), местопребывания головных органов (административного центра, центра управления) юридического лица, а также центр эксплуатации (основной производственной, коммерческой и другой хозяйственной деятельности). Кроме того, в некоторых ситуациях, особенно при рассмотрении конкретного дела судом, когда соответствующее юридическое лицо обладает несколькими признаками одновременно и ни один из них не квалифицируется решающим, может быть применен критерий «контроля».

Следует сказать, что, поскольку данные критерии долгое время существовали как разработанные и признаваемые судебной практикой и доктриной, принято различать и соответствующие теории, в основу которых положен тот или иной признак: теорию «инкорпорации» (incorporation theory), теорию «оседлости» — местонахождения административного центра (siège social, siège réel, Sitztheorie, effective seat theory), «центр эксплуатации» (d' *établissement effectif*, place of business).

**Теория инкорпорации.** В современном международном частном праве очень часто «конкурирующими» друг с другом критериями выступают категории инкорпорации и местонахождения юридического лица. Принято считать, что первый признак для определения личного статуса иностранного юридического лица свойствен странам, принадлежащим к англосаксонской системе права (США, Великобритании; государствам, входящим в Британское Содружество Наций, т.е. бывшим английским колониям и доминионам: Индии, Нигерии, Пакистану, Цейлону, Непалу, Кении, Кипру, Зимбабве, Уганде, Танзании и т. д.; Австралии; Новой Зеландии; Южно-Африканской Республике; Канаде, кроме провинции Квебек, и др.), Сингапуру, Филиппинам, Западному Самоа, Багамским, Виргинским, Нормандским островам и т. д. Действительно, это так. Вместе с тем ныне и государства так называемой континентальной системы права в своем законодательстве и судебной практике активно используют рассматриваемый признак. Достаточно сказать, что Россия, Беларусь, Казахстан, Китай, Чехия, Словакия, Нидерланды и проч. отсылку к закону места инкорпорации (учреждения, регистрации) закрепляют как необходимый коллизионный принцип для отыскания личного статуса. Только в последние десятилетия он получил распространение (в том числе и благодаря перечисленным в последней группе странам) в качестве легально зафиксированного в нормативном материале соответствующих государств.

Основное содержание теории и самого критерия инкорпорации (учреждения) сводится к тому, что компания (применительно к США — корпорация), которая учреждена в соответствии с законодательством (правом) страны, регулирующим ее создание, будет считаться принадлежащей к правапорядку такой страны. Иными словами, компания, образованная по английскому закону и существующая на основании его предписаний, будет признаваться английской компанией в тех государствах, правовые предписания которых в этой области строятся на принципах инкорпорации. У этой теории имеются варианты.

Так, скандинавские страны придерживаются того, что компания подчиняется закону той страны, в которой сделана первая запись о ее регистрации (занесена в реестр). В большинстве случаев это будет совпадать с государством, по закону которого компания была создана, поскольку обязательность первой записи в реестр связана с получением статуса правосубъектного образования.

В Указе Президиума ВНР № 13 о международном частном праве 1979 г. устанавливается иерархия коллизионных правил для целей решения вопроса о праве, являющемся личным статутом иностранного юридического лица: «(2) Личным законом юридического лица является закон государства, на территории которого юридическое лицо было зарегистрировано. (3) Если юридическое лицо было зарегистрировано согласно законодательству нескольких государств или если согласно закону, действующему по местонахождению его административного центра, указанному в уставе, регистрации не требуется, то его личным законом является закон, применяемый по местонахождению, указанному в уставе. (4). Если юридическое лицо согласно уставу не имеет местонахождения или имеет несколько местонахождений и оно не было зарегистрировано по закону ни одного из государств, то его личным законом является закон государства, на территории которого расположено место нахождения центрального органа управления» (ст. 18).

**Теория оседлости.** Согласно теории «оседлости», называемой иногда и иначе — теорией «эффективного местопребывания», личным статутом юридического лица (компания, корпорации, правосубъектного товарищества) является закон той страны, в которой находится его центр управления (совет директоров, правление, иные исполнительные или распорядительные органы).

В доктрине существует мнение, что в этом случае не имеет значения, где осуществляется деловая активность такого юридического лица. К числу государств, явно стоящих на позициях использования подобного критерия, относятся Франция, Испания, Бельгия, Люксембург, ФРГ, большинство других стран ЕС, а также Украина, Польша и т. д. Анализируемый признак, как правило, закрепляется в уставе, поэтому считается, что, руководствуясь им, легко установить принадлежность данного юридического лица к соответствующему правопорядку. Однако то же самое можно сказать и о критерии инкорпорации, так как внесение в реестр компаний, корпораций или иных видов юридических лиц сопровождается выдачей свидетельства о регистрации (сертификата инкорпорации — в странах «общего права») с указанием в нем того, что рассматриваемое образование создано в соответствии с законами данной юрисдикции (государства).

Критерий местонахождения общества, компании, товарищества или корпорации имеет значение и для стран, придерживающихся в своей законодательной и судебной практике теории «инкорпорации». Так, в соответствии с Постановлением пленума Верховного суда РФ и пленума Высшего арбитражного суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «при государственной регистрации юридических лиц следует исходить из того, что местом нахождения юридического лица является место нахождения его органов». Материальные нормы Российской Федерации, относящиеся, к примеру, к обществам с ограниченной ответственностью, оперируют сочетанием нескольких имеющихся в этом отношении признаков: «Место нахождения общества определяется местом его государственной регистрации. Учредительными документами общества может быть установлено, что местом нахождения общества является место постоянного нахождения его органов управления или основное место деятельности» (п. 2 ст. 4 Закона об обществах с ограниченной ответственностью от 8 февраля 1998 г.).

Критерий местопребывания юридического лица в отечественной практике использовался и в международных договорах. Например, Договор о правовой помощи между ПНР и СССР от 28 декабря 1957 г. закреплял, что правоспособность и дееспособность юридического лица определяется по закону

Договаривающейся стороны, на территории которой оно имеет свое местонахождение (ст. 22). В дальнейшем Дополнительным протоколом, подписанным между партнерами 23 января 1980 г., приведенный принцип был заменен на признак учреждения (инкорпорации).

**Теория центра эксплуатации.** Еще одним критерием отыскания личного статуса юридического лица выступает признак осуществления основной деятельности, который использован в теории «центра эксплуатации». Ее смысл достаточно прост: юридическое лицо в качестве личного закона имеет статут той страны, где оно проводит производственную (в широком смысле слова) деятельность. Этот критерий свойствен практике развивающихся стран для целей объявления «своими» всех образований, которые ведут свои деловые операции на территории данного государства. Это имеет определенные корни как политического, юридического, так и экономического характера. Дело в том, что именно развивающиеся страны заинтересованы в привлечении иностранного капитала для подъема национального хозяйства и, следовательно, облечении его в соответствующие отечественные организационно-правовые формы. С другой стороны, поскольку за счет повышенной нормы прибыли функционирование в пределах их юрисдикции является достаточно выгодным и для иностранных контрагентов, их приток оказывается весьма существенным. Что же касается обеспечения контроля со стороны национальных органов государства пребывания за подобными юридическими лицами, то «привязку» их к отечественному правопорядку развивающегося государства может осуществить наиболее простым образом — с помощью именно критерия «центра эксплуатации». В результате указанные специальные акты по корпоративному праву многих стран, традиционно именуемых «развивающимися», используют именно этот принцип. Так, Закон о компаниях 1956 г. Индии в особом разделе, посвященном иностранным компаниям, особо оговаривает, что компания, учрежденная в соответствии с законами иностранного государства, может зарегистрироваться в Республике Индия как «иностранная компания, имеющая местом осуществления бизнеса Индию» (ст. 591—601).

Рассматриваемый признак может выражаться с помощью разнообразных формулировок. Так, в Инструкции ГНС РФ № 39 от 11 октября 1995 г. (в ред. от 29 декабря 1997 г.) для целей определения места реализации работ (услуг) устанавливается, что таковым является «место экономической деятельности покупателя услуг, если покупатель этих услуг имеет место нахождения в одном государстве, а продавец — в другом».

В современном регулировании в области международного частного права рассматриваемый критерий достаточно часто присутствует в международном договорно-правовом материале. В частности, в многосторонних конвенциях последних лет, разработанных в сферах, получающих все большее значение с точки зрения хозяйственных интересов участвующих в международном обороте лиц, — Конвенции о договорах международной купли-продажи 1980 г., Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге и международных операциях по факторингу 1988 г. и др. — данный признак положен в основу определения закона, которому подчиняется иностранное юридическое лицо. Следует тем не менее обратить внимание, что в переводе на русский язык текстов упомянутых конвенций выражение «*having place of business*» («место осуществления бизнеса») превратилось в совершенно другой критерий — «местонахождение коммерческих предприятий», что представляет собой очевидную неточность с точки зрения юридического содержания



терминологии.

Обзор теорий и подходов, закрепленных в законодательстве различных государств в области решения вопроса о личном статусе юридического лица, при том, что имеются самостоятельные критерии, определяющие соответствующий выбор, позволяет, однако, констатировать, что в современном мире ни один из них не применяется изолированно от других. Для иллюстрации указанного целесообразно провести сопоставление некоторых законоположений ряда стран.

Принято считать, что в категорию государств, применяющих для определения личного статуса юридического лица критерий «оседлости» при игнорировании принципа «центра эксплуатации», входят и Германия, и Португалия. Однако всесторонний, объективный взгляд на положения соответствующего законодательства не позволяет безоговорочно сделать подобный вывод. Так, в § 13 (b) разд. 2 книги первой Германского торгового уложения 1897 г. предусматривается, что «для заявлений, образцов подписей, подачи документов и регистрации, если зарубежное право не требует иного, действуют соответственно предписания в отношении головных отделений или отделений по месту нахождения общества». При этом § 24 разд. 1 книги первой Германского гражданского уложения (ГГУ) гласит: «Местом нахождения союза (союза лиц, т.е. юридического лица, — *Л.А.*) считается, если не установлено иное, место, в котором находится его правление». Согласно же § 5 Закона ФРГ об акционерных обществах 1965 г. «местонахождение общества определяется его уставом». В качестве местонахождения устав, как правило, указывает место, где общество *имеет предприятие* (курсив мой. — *Л.А.*), или место, где находится правление общества или откуда ведется управление делами общества. Сравнивая данное положение с вышеприведенной нормой российского Закона об обществах с ограниченной ответственностью, можно отметить очевидное совпадение решений.

В Португалии, как следует из формулировок некоторых актов, столь же неочевидно решается этот вопрос. В частности, небесспорна редакция ст. 26 Торгового кодекса Португалии 1888 г.: «Любой коммерсант, чтобы пользоваться правами, признаваемыми за ним настоящим Кодексом, и защитой, предоставляемой фирме, должен внести ее в торговый реестр округов, в которых имеет *свое главное предприятие...*» (курсив мой. — *Л.А.*). Из приведенного текста видно, что понятие «главное предприятие» может связываться не только с местонахождением административных органов, но и с ведением производственной деятельности — не даром, как представляется, говорится именно о «предприятии».

Из числа рассмотренных теорий и, соответственно, критериев, на которых они базируются, наиболее распространенными в мировом масштабе в настоящее время выступают теории «инкорпорации» и «оседлости». Однако если говорить об их реальном применении, то важно подчеркнуть, что весьма редки случаи, когда каждая из них используется «в чистом виде», т.е. без обращения к другой. В самом деле, анализируя российское законодательство в той или иной сфере, так или иначе связанной с функционированием юридических лиц, — налоговым, валютным и т.д., можно заметить, что при общем закреплении в праве России критерия инкорпорации (см. Основы гражданского законодательства 1991 г., федеральный закон «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» 1995 г. и др.) в нем присутствует как определяющий также и признак оседлости — местонахождения.

В законах РФ об акционерных обществах и обществах с ограниченной

ответственностью место нахождения общества определяется местом его государственной регистрации, если в уставе общества в соответствии с федеральными законами не предусмотрено иное. В то же время п. 2 ст. 4 Закона об обществах с ограниченной ответственностью допускает, что место нахождения общества может быть установлено в учредительных документах как место постоянного нахождения его органов управления или основное место его деятельности. Напомним, что согласно ст. 30 ГК 1964 г. место нахождения юридического лица определялось местом, где находился его постоянно действующий орган.

Определение места нахождения общества имеет значение для решения ряда правовых вопросов, возникающих в его деятельности, в частности для определения места исполнения обязательства, когда оно не указано в договоре или в правовом акте (ст. 316 ГК), установления компетентного учреждения для рассмотрения споров с участием общества (ст. 25 АПК, ст. 117, 119 ГПК) и др.

В этом плане самым красноречивым примером являются положения п. (б) ст. 5 и 6 Закона о валютном регулировании и валютном контроле от 9 октября 1992 г., которые оперируют понятием «имеющие местонахождение в Российской Федерации», вместо «места учреждения», применительно к «резидентам» — российским юридическим лицам.

Пример Российской Федерации не является единственным. Очень многие страны, которые приемлют принцип инкорпорации, требуют, чтобы местопребывание корпорации (компании), закрепленное в уставе, находилось в пределах территории того государства, чьим законодательством регулируется ее создание. Так, Торговый кодекс Японии, считающейся страной, исповедующей теорию «инкорпорации», недвусмысленно закрепляет: «Юридическим адресом товарищества считается местонахождение его головной конторы» (ст. 54); «Товарищество считается учрежденным с момента регистрации по месту нахождения его головной конторы» (ст. 57).

В связи с этим в науке и практике международного частного права, относящихся к иностранным юридическим лицам, возникает проблема различного толкования понятия «местопребывание». В общем плане различают формальную — «статутарную», т.е. указанную в уставе, и реальную — «эффективную» оседлость. Различия между двумя категориями в принципе не имеют значения, если местонахождение юридического лица по уставу (местонахождение зарегистрированного офиса) и фактическое пребывание его органов управления совпадают. Везде, кроме этой страны, такая компания будет рассматриваться как юридическое лицо, существующее в рамках иностранного правопорядка.

Различия между двумя формулами, выражающими рассматриваемый критерий, становятся очевидными и неизбежно вызывают трудности определенного толка, если предположить, что некая компания переводит пребывание своих органов из страны *A* в государство *B*. При условии, что и страна *A*, и страна *B* стоят на позициях доктрины формальной оседлости, это не будет иметь принципиальных последствий. Однако указанное обстоятельство кардинальным образом повлияет на дальнейшее, если страна *A* является государством, придерживающимся теории «эффективного местопребывания», так как она не допустит перевода административного центра данного юридического лица за пределы своей территории. Компания в таком случае должна быть распущена (если только законодательства и того и другого государства не предусматривают разрешение подобного перевода). Если страна *A* стоит на позициях формальной оседлости, а государство *B* следует критерию

эффективного местонахождения, рассматриваемая компания при избрании другого места нахождения ее органов — в рамках другой юрисдикции — не примет это во внимание, а государство *Б* в силу упомянутого критерия не признает ее и потребует изменения уставных положений в части нахождения органов управления. Именно в силу подобных обстоятельств в международном масштабе со всей необходимостью встает вопрос о взаимном признании государствами компаний, товариществ, корпораций и т.п., которые были образованы на основании различных материальных норм.

В двусторонних отношениях признание иностранных юридических лиц осуществляется, как правило, в торговых договорах, договорах о мореплавании и поселении, договорах о правовой помощи или о взаимном поощрении иностранных капиталовложений, об устранении двойного налогообложения. В многостороннем масштабе договорно-правовых инструментов, действующих в рассматриваемой области, насчитывается незначительное количество. Так, в рамках ЕЭС в Брюсселе была разработана Конвенция о взаимном признании компаний и юридических лиц от 29 февраля 1968 г., до сих пор не вступившая в силу и, как кажется, не имеющая перспектив в этом плане, так как некоторые страны, даже ратифицировавшие ее, в частности Нидерланды, аннулировали свои ратификационные акты. 1 июня 1956 г. в Гааге также была заключена конвенция, не вступившая до сих пор в силу, о признании правосубъектности иностранных компаний, объединений и учреждений. Конвенция в рамках Совета Европы о признании негосударственных организаций, заключенная 24 апреля 1986 г., вступила в силу с 1 января 1991 г. Она применяется к объединениям, обществам и иным частным учреждениям, которые образованы в соответствии с условием (наряду с прочими требованиями) об отсутствии цели извлечения прибыли в рамках деятельности, имеющей международный характер (ст. 1). Как Конвенция 1968 г. (ЕС), так и Гаагская конвенция не основываются ни на одной из двух главных рассмотренных теорий. Они сконструированы таким образом, чтобы любое государство, присоединившееся к ним, могло применить свою собственную концепцию, будь то теория «инкорпорации» или «эффективной оседлости», закрепленная в его национальном законодательстве или практике. Нормы о признании, содержащиеся в данных международных договорах, имеют более узкий смысл, поскольку имеют целью достижение согласия государств в отношении признания гражданской и гражданско-процессуальной правоспособности (точнее, способности выступать в суде — *jus standi in judicio*) юридических лиц. Третья из упомянутых конвенций строится на принципе инкорпорации.

**Теория контроля.** Начало использования этой теории связывается в истории и науке международного частного права с периодами Первой и Второй мировых войн. Дело в том, что во время вооруженных конфликтов проблема иностранных юридических лиц принимает новые очертания, а именно приобретает характер так называемых «враждебных иностранцев». Воюющие государства закономерно заинтересованы в том, чтобы любые контакты с последними, прежде всего экономические, были сведены к нулю. Формальные же признаки определения фактической и эффективной связи данного юридического лица с тем или иным правовым порядком оказываются недостаточными. Еще в циркуляре французского министерства юстиции от 24 февраля 1916 г. указывалось в связи с данным вопросом, что, когда речь идет о враждебном характере юридического лица, нельзя довольствоваться исследованием «правовых форм, принимаемых компаниями: ни местонахождение административного центра, ни другие признаки,

определяющие в гражданском праве национальность юридического лица, недостаточны, так как речь идет о том, чтобы... выявить действительный характер деятельности общества». Вражеским, говорилось в документе, надо признать юридическое лицо, если его управление или его капитал в целом или его большая часть находится в руках неприятельских граждан, ибо в этом случае за фикцией гражданского права скрываются действующие физические лица.

В отечественной литературе по международному частному праву в качестве необходимого прецедента, давшего толчок к применению и развитию теории «контроля», указывается на дело «Daimler Co. v. Continental Tyre & Rubber Co.», рассматривавшееся английским судом в 1915 г. Суд при разбирательстве дела стал устанавливать, кто является действительными участниками данного юридического лица, к какому гражданству они принадлежат и кто стоит во главе управления им. В ходе этого выяснилось, что из 25 тысяч акций, составлявших акционерный капитал компании «Даймлер», только одна принадлежала британскому подданному, а остальные находились в собственности германских держателей. Несмотря на то, что компания была инкорпорирована в Англии, зарегистрирована согласно английским законам, суд признал на основании выясненных обстоятельств данное юридическое лицо «вражеским», т.е. принадлежащим Германии. Другими примерами выступают законы Швеции от 30 мая 1916 г. и 18 июня 1925 г., которые оперировали терминологией «контроля» в целях препятствования приобретению земли и рудников компаниями, которые хотя и были созданы в Швеции, но фактически контролировались иностранцами. Согласно канадскому Закону о налогообложении доходов (Tax Revenue Accrued Act) компания, действующая за рубежом, для целей налогообложения считается канадской, если 10% ее акций контролируется канадскими резидентами.

Впоследствии, в ходе Второй мировой войны, в соответствии с британским актом 1939 г. о сделках с «вражескими» лицами к враждебным иностранцам вновь были отнесены юридические лица, контролируемые «вражескими» физическими лицами либо организованные или зарегистрированные по законам государства, состоящего с Англией в войне.

В сегодняшней практике подобного рода критерий мог бы, как представляется, применяться не только в процессе ведения каких-либо военных действий, но в совершенно мирное время на основании решения международной организации, скажем, при введении Советом Безопасности ООН санкций в целях обеспечения мира и безопасности. Например, во исполнение резолюций 841 и 873 Совета Безопасности специальным распоряжением Президента РФ было предписано, что предприятиям, учреждениям, организациям и частным лицам, находящимся под юрисдикцией Российской Федерации, вплоть до особого указания запрещены любые операции и виды деятельности с любым лицом или органом Гаити или третьими лицами, если последними осуществляются операции с Гаити или с территории Гаити. Аналогичным порядком регламентировались (ограничивались) торговые и вообще гражданско-правовые отношения российских хозяйствующих субъектов с предприятиями Боснии, Герцеговины, Югославии, Ирака и др. Кроме того, законодательства некоторых государств исходят из названного критерия и в общем плане для достижения определенных целей, скажем, при налогообложении. Так, правила о налогообложении доходов с иностранной собственности (Foreign Accrual Property Income Rules), относящиеся к области применения канадского Закона о подоходном налоге (Income Tax Act),

устанавливают, что для целей налогообложения прибыль от нерезидентских компаний, в которых канадские резиденты владеют более чем 10% или которые контролируют в иной форме, считается прибылью, полученной канадским резидентом, и подлежит налогообложению в Канаде.

Поскольку нормы национального права различных государств, касающиеся требований о правосубъектности и право- и дееспособности юридических лиц, не совпадают, в международном обороте нередко создаются ситуации, когда одно и то же образование в одних странах рассматривается как правосубъектное, а в других — как неправосубъектное, одни государства считают данную компанию принадлежащей одному государству, а другие — другому. В результате одно и то же юридическое лицо в некоторых случаях *внешне* может выглядеть обладающим двойной «национальностью», а при иных условиях — не имеющим «национальности» вообще. Так, включенное в торговый реестр Люксембурга общество, имеющее местопребыванием 5 из 7 членов его Совета директоров Кипр, которые там же собираются на свои заседания, и считающееся люксембургским юридическим лицом, с точки зрения законодательства Франции могло бы рассматриваться как кипрское юридическое лицо; компания, созданная в соответствии с законами Британских Виргинских островов, но перенесшая на основании норм Ордонанса о компаниях международного бизнеса 1984 г. свой зарегистрированный офис в другую юрисдикцию (например, Панамы), будет рассматриваться и в Панаме, и во Франции, и в Швейцарии в качестве юридического лица панамского права, в Испании же, Португалии, Японии, Вьетнаме, России, Великобритании, большинстве штатов США и др. — как юридическое лицо Британских Виргинских островов.

Однако здесь должно последовать уточнение. Ранее сделанная оговорка о внешнем впечатлении не случайна. В действительности компания, обладающая сертификатом инкорпорации, выданным, скажем, регистратором компаний Республики Мальта, но имеющая местопребыванием головного офиса итальянскую Сицилию, для того, чтобы считаться итальянским юридическим лицом, должна быть включена в торговый реестр соответствующей области Италии. Только в этом случае можно говорить о «двойной» национальности. Вместе с тем это объективно будет означать и наличие двух юридических лиц (хотя бы и состоящих, возможно, из одних и тех же участников, управляющих, с одинаковым уставным капиталом, сферой и видами деятельности и т.д.) — мальтийского и итальянского. Фактическое же присутствие в каком-либо государстве, разделяющем критерий оседлости, юридического лица без внесения его в торговый реестр страны само по себе в правовом отношении мало что определяет. В силу этого, если конкретное общество, имеющее местом пребывания административных органов г. Лион во Франции, не осуществило необходимых формальных процедур по внесению себя в торговый реестр г. Лиона, то и считаться французским юридическим лицом оно не может. Следовательно, речь идет не об отсутствии «родства» с Францией и французским правопорядком, а о правосубъектности вообще. В свете изложенного встречающиеся в юридической литературе высказывания по данному поводу не вполне оправданны. В качестве примера сошлемся, в частности, на мнение авторов учебного пособия «Международное частное право» о том, что «компания, организованная по законам Франции, но имеющая центр управления в Англии, окажется «безродной». И наоборот, компания, образованная по законам Англии и имеющая центр управления во Франции, будет признаваться «родной» каждым государством и по сути станет

обладательницей двух национальностей».

**Сфера действия личного статута.** Категория личного статута чрезвычайно важна для юридического лица, поскольку, как было отмечено, именно он отвечает на главный вопрос — является ли данное лицо юридическим, т.е. обладает ли волей, относительно независимой от воли лиц, объединяющихся в нем, иными словами, самостоятельным субъектом права. Торговое товарищество (*societe en nom collectif, partnership, offene handelsgesellschaft*), созданное во Франции, будет правосубъектным образованием с точки зрения ее законодательства, а также в Испании, Португалии, но неправосубъектным — в Англии, США, на Британских Виргинских и Нормандских островах, в Сингапуре, Германии, Швейцарии и т.д., хотя в последних из указанных стран за товариществами и признаются некоторые важные права, свойственные юридическим лицам. Таким образом, каждое иностранное юридическое лицо, будучи созданным конкретным правом, имеет последний в качестве личного закона. Этот порядок определяет все жизненно важные стороны действительности данного явления — возникновение, функционирование, продолжение существования или прекращение, а также возможные способы и формы преобразования. Тем же правом регулируется и объем правоспособности юридического лица, устанавливаются ее пределы. Личный закон юридического лица, кроме того, указывает формы и порядок выступления юридического лица во внутреннем и внешнем хозяйственном обороте. Содержание личного статута дает ответы на вопрос о том, вправе или не вправе рассматриваемое юридическое лицо в своей деятельности выходить за рамки отечественной юрисдикции и каковы условия, форма и специальные требования, предъявляемые к такому выходу. Следовательно, решение проблем личного статуса, личных прав в отношении данного юридического лица с третьими лицами находится всецело в сфере действия личного статута.

При ликвидации юридического лица, действующего за границей и имеющего на территории иностранного государства имущество, в том числе и недвижимое, личный закон, а не закон места нахождения вещи, как это обычно бывает в МЧП, будет решать судьбу последнего. В отдельных случаях обязательственных отношений, т.е. тогда, когда личность стороны в определенном роде обязательствах приобретает особое значение (например, при выдаче гарантии или поручительства, имеющих акцессорный характер), содержание прав и обязанностей сторон в таком отношении будет также подчиняться личному закону юридического лица, являющегося подобной стороной, а не закону, избранному сторонами для регулирования взаимоотношений в рамках основного обязательства, или закону, применимому к существу отношения в силу коллизионной нормы.

## **§ 5. Проблема «международных юридических лиц» в международном частном праве**

В течение последних десятилетий не только в зарубежной, но и в отечественной научной и учебной литературе по МЧП весьма активно обозначилось понятие «международные юридические лица». Достаточно сказать, что во многих пособиях и учебниках по данной дисциплине используется это словосочетание без каких-либо оговорок об условности его применения или чего-либо иного. В большинстве случаев отмечается, что о международных юридических лицах следует вести речь тогда, когда они

созданы международным соглашением (договором), как, например, Международный банк реконструкции и развития, Международный валютный фонд, Европейский банк реконструкции и развития, Межгосударственное Евроазиатское объединение угля и металла стран СНГ, Межгосударственный банк, также созданный в рамках СНГ, и проч. М.М. Богуславский особо отмечает, что в советской юридической литературе понятие международного юридического лица впервые было применено в связи с международными банками, созданными странами—членами СЭВ: Международным банком экономического сотрудничества (МБЭС) и Международным инвестиционным банком (МИБ).

Подходя к оценке рассматриваемого понятия с позиций принципа историзма, следует подчеркнуть, что в свое время создание юридических лиц подобного рода посредством заключения межгосударственного договора было в целом достаточно редким явлением и сопровождалось практически всегда изъятием их из-под действия общих норм национального гражданского, торгового, таможенного, налогового или иных отраслей права соответствующего государства. Таким государством выступало государство местопребывания центральных органов международного юридического лица. Его правовое положение могло отличаться от правового положения любых других юридических лиц, действующих в конкретной стране, как национальных, так и иностранных. С этим, как представляется, можно было бы связывать выделение так называемых международных юридических лиц в отдельную категорию. В сегодняшних условиях международных отношений при создании соответствующих образований (корпоративного или иного типа) путем заключения межправительственного или межведомственного соглашения, прежде всего когда явление объединения лиц и капиталов поистине в трансграничном масштабе получило достаточный размах и на гражданско-правовом уровне, нет нужды устанавливать какие-либо специальные, «тепличные», условия для функционирования таких объединений. Всецелое подчинение юридического лица национальному правопорядку соответствующего государства снимает необходимость, кроме как в целях уточнения его «генезиса» (происхождения), в квалификации его как международного юридического лица, а следовательно, и выделении названной категории вообще. Так, в соглашении стран СНГ «О содействии в создании и развитии производственных, коммерческих, кредитно-финансовых, страховых, смешанных транснациональных объединений» от 15 апреля 1994 г. унифицированным порядком предусмотрено, что транснациональные объединения являются юридическими лицами по законодательству государства их регистрации. Статус филиалов (отделений) и представительств транснациональных объединений определяется в учредительных документах в соответствии с законодательством государства местонахождения филиалов (отделений) и представительств (ст. 5). При этом указывается, что транснациональные объединения могут создаваться как на основе межправительственных соглашений, так и путем заключения договоров непосредственно между хозяйствующими субъектами (ст. 3). В развитие этого действующее законодательство Российской Федерации, прежде всего федеральный закон «О финансово-промышленных группах», принятый 30 ноября 1995 г., оперирует категориями «транснациональная финансово-промышленная группа», «межгосударственная финансово-промышленная группа».

Данные термины понимаются следующим образом: финансово-

промышленные группы — это объединения, среди участников которых имеются юридические лица, находящиеся под юрисдикцией государств — участников Содружества Независимых Государств, имеющие обособленные подразделения на территории указанных государств либо осуществляющие на их территории капитальные вложения, которые регистрируются как транснациональные финансово-промышленные группы в соответствии с федеральным законом и как межгосударственные (международные) финансово-промышленные группы — на основе межправительственного соглашения. Особенности создания, деятельности и ликвидации межгосударственной финансово-промышленной группы устанавливаются межправительственными соглашениями. При этом для их участников национальный режим устанавливается межправительственными соглашениями на основе взаимности. Участникам межгосударственной финансово-промышленной группы в порядке и на условиях, установленных Правительством РФ, могут предоставляться таможенные тарифные льготы, предусмотренные законом «О таможенном тарифе», по товарам, перемещаемым через границу в рамках деятельности этой финансово-промышленной группы. Следует подчеркнуть, что по смыслу упомянутого отечественного акта указанные образования не наделяются статусом юридического лица как неким новым качеством по отношению к входящим в их состав участникам, а действуют на основе гражданско-правовых договоров.

Как видно, в целом конструкция «международных юридических лиц» не вписывается в качестве дополнительной категории в понятийный ряд, существующий в науке и практике международного частного права, а именно: «национальное юридическое лицо» — «иностранное юридическое лицо», и в любом случае должно включаться либо в одну, либо в другую группу.

Например, транснациональное объединение, учрежденное в Российской Федерации в соответствии с международным договором стран СНГ, будет «национальным» для России и иностранным для всех других государств. Учрежденное аналогичным образом в Беларуси, объединение будет «своим» в этой стране и иностранным — в России, на Украине, в Казахстане и т. д., т. е. белорусским для всех прочих стран. Таким образом, ныне существование данного термина не имеет материальной основы, может ввести в заблуждение. Его использование по крайней мере должно сопровождаться уточнениями и пояснениями.

**Транснациональные корпорации.** Транснациональные корпорации (ТНК) — явление, порожденное развитием всемирных экономических отношений в XX в. ТНК обычно относят к международным монополиям, деятельность которых затрагивает ряд государств. Западные авторы нередко рассматривают ТНК в качестве субъектов международного экономического права, действующих наряду с государствами и международными организациями. Подобные воззрения не случайны, так как общеизвестным является факт возрастающего влияния ТНК на национальную экономику не только развивающихся, но и развитых европейских стран, а также и на мировую экономику в целом.

Специфичным признаком ТНК выступает их неоднородность и расчлененность с юридической точки зрения, поскольку мощное материнское образование учреждает сеть филиалов и дочерних предприятий в различных странах. С другой стороны, необходимо подчеркнуть их гомогенность в экономическом плане. В юридическом отношении подчиненные разным юрисдикциям компании, входящие в ТНК, управляются из одного экономического центра, который олицетворяется материнским предприятием.



ТНК могут образовываться как униациональными по структуре своего капитала корпорациями («Майкрософт», «Рэнк-Ксерокс», «Кока-кола», «Дженерал электрик», «Бритиш Петролеум», «Фольксваген АГ», «Мицубиси», «Креди Лионне» и т.п.), так и крупными объединениями, образованными за счет «интернационализации» капитала («Агфа Геверт», «Данлоп-Пирелли»). В обоих случаях монополистическое объединение разбрасывает свои предприятия по всему миру в целях увеличения прибыли за счет минимизации себестоимости выпускаемой продукции, освоения новых рынков и в известной мере ухода от налогового бремени либо его сокращения, если правовая действительность соответствующей страны позволяет это сделать. Таким образом, с правовой точки зрения, ТНК — это совокупность формально самостоятельных юридических лиц, имеющих различную государственную принадлежность, фактически управляемых иностранным юридическим лицом, т.е. материнской компанией.

В результате достаточно серьезного влияния, которое оказывали ТНК на экономику, а в ряде ситуаций и политику принимающих государств, в целях недопущения вмешательства в их внутренние дела члены международного сообщества поставили перед собой задачу разработки международного кодекса поведения ТНК, проект которого был подготовлен в рамках специально созданных ЭКОСОС ООН органов — Центра по ТНК и Комиссии по ТНК. Данный кодекс поведения ТНК до сих пор не принят государствами, так как большинство из них, чьи национальные субъекты контролируют ТНК, отстаивают рекомендательный, а не юридически обязательный характер его норм. Между тем роль и влияние ТНК в мире продолжают расти, что получило отражение в материалах IX конференции ЮНКТАД (1996 г.), в которых говорится, что «корпорациям должна быть предоставлена возможность участия в многосторонних международных форумах», и подчеркивается необходимость «начать интеграцию частного сектора и иных новых действующих лиц в повседневную деятельность ЮНКТАД».

***Европейские торговые общества. Унификация права торговых обществ.***  
В рамках Европейского Союза (ранее Европейских сообществ — Евратома, ЕОУС и ЕЭС) проблема «европейской» компании стояла практически с 60-х гг. Существенным элементом создания Общего рынка в соответствии с Договором о создании Европейского экономического сообщества (Римским договором 1957 г.) является «свобода поселения, устройства промыслов и занятия частной хозяйственной деятельностью». В ходе этого процесса право на создание хозяйственного общества в любом государстве—участнике ЕС или право на участие в таком обществе представляется в качестве одной из главных составляющих, которая заключается в том, что предприятия во всех странах — участницах ЕС должны действовать в сопоставимых, если не равных, условиях. Данную цель создания максимально гармонизированных правовых норм, способствующих взаимодействию предприятий разных стран в осуществлении ими частной хозяйственной деятельности, которая принципиально очерчена в Римском договоре, преследует европейское право торговых обществ.

Как упоминалось ранее, основной документ унификационного характера — Брюссельская конвенция о взаимном признании компаний и юридических лиц 1968 г. — остается не принятой государствами — участниками ЕС, хотя еще в 1957 г. Римским договором установлены общие признаки предпринимательских организаций ЕЭС. Под таковыми, в частности, понимаются «компании или фирмы, учрежденные в соответствии с законодательством государств-членов, зарегистрированное местопребывание, центральное управление и основная

предпринимательская деятельность которых находится внутри Сообщества» (ст. 58).

В этих обстоятельствах унифицированные нормы, относящиеся к европейскому праву торговых обществ, представлены многочисленными директивами — актами ЕС, в каждом из которых сформулированы общие типовые положения. Директива не действует непосредственно. Она требует принятия государствами-членами национальных правовых актов для реализации установленного в директиве содержания. Поскольку в каждом отдельном случае директива требует от государств-участников решить в установленные сроки определенные задачи с помощью средств национального правопорядка, т.е. должна опираться на национально-правовые предписания, за государствами-членами остается свобода усмотрения в том, что касается механизма ее исполнения. Благодаря директивам достигается максимально возможное сближение и гармонизация национального законодательства стран—участниц ЕС в той или иной области. Таким образом, в отличие от постановления, имеющего юридически обязательный характер для государств и находящихся под его властью субъектов (юридических и физических лиц), директива не обладает непосредственной обязывающей силой. В результате этого в рамках установленного общим порядком соответствующего концептуального содержания законодательство государств—членов ЕС в области, например, торговых товариществ, акционерных компаний и обществ с ограниченной ответственностью, располагает известным разнообразием.

Указанное правовое средство использовалось странами ЕС для достижения единообразия в регулировании, в частности, вопросов защиты капитала, создания акционерных обществ, их слияния и разделения, а также содержания их уставов (директивы № 77/91/EWG от 13 декабря 1976 г., 78/855/EWG от 25 октября 1978 г. и 82/89/EWG от 17 декабря 1982 г.). Отдельное внимание было уделено проблемам гармонизации законодательства и практики государств-членов в сфере деятельности иностранных филиалов в пределах их границ. Так, в директиве № 89/666/EWG от 21 декабря 1989 г. содержатся положения о порядке опубликования сведений и документов в связи с созданием иностранными обществами филиалов на территории стран-членов. Эти положения касаются как самих государств, составляющих ЕС, так и третьих стран. Общей целью директивы служит создание благоприятных условий и защитных мер для тех лиц, которые вступают через филиалы в отношения с соответствующим иностранным юридическим лицом. Важное значение имеет также унифицированный подход к решению проблемы создания обществ с ограниченной ответственностью с одним участником. Как известно, далеко не все государства мира (а сегодня более чем в 90 государствах — от Египта до ЮАР и Зимбабве, а также от Испании и Португалии до Сингапура — существование обществ с ограниченной ответственностью является общепринятым) признают правомерность учреждения обществ единственным участником. Например, в ФРГ, несмотря на то, что законодательство об обществах в Германии действует с 1892 г., это стало возможным лишь в современный период вследствие разработки и принятия специальной директивы в рамках ЕС (№ 89/667/EWG от 21 декабря 1989 г.), которая направлена на признание всеми государствами-членами создаваемых с участием одного учредителя обществ с ограниченной ответственностью.

Параллельно с унификацией правовых норм, относящихся к корпоративным образованиям и их деятельности в рамках национальных правовых систем, осуществляемой посредством реализации директив, в ЕС ведется работа по

созданию соответствующих постановлений, предусматривающих новые формы юридических лиц — *единых европейских торговых обществ*. Так, утверждено постановление «О европейском хозяйственном объединении на основе общих интересов», которое представляет собой новую правовую форму, призванную облегчить сотрудничество между государствами и хозяйствующими субъектами — производственными единицами в области объединения мелких и средних предприятий в целях повышения их конкурентоспособности. Разработанная конструкция хозяйственного объединения подразумевает устранение возникавших в прошлом при подобном объединении трудностей выбора правовой формы хозяйственных обществ, определяемой правопорядком одного из партнеров, которая нередко оказывалась чуждой для остальных участников сотрудничества. Подготовленные решения в данной сфере исходят из новой конструкции, призванной при объединении хозяйствующих субъектов создать структуру, насколько возможно приспособленную к общим интересам участников и преодолению препятствий юридико-технического, налогового, психологического, административного и другого порядка. Заинтересованные предприятия могут воспользоваться такой новой формой на добровольной основе.

Не достигнуто пока согласие государств—членов ЕС по вопросу о *едином европейском акционерном обществе*, которое также мыслится как унифицированная правовая форма, свободная от национальных предписаний. Помимо разработки модельных инструментов, относящихся к акционерному обществу, Комиссия ЕС внесла предложения о единых концепциях *европейского кооператива, европейского союза и европейского взаимного общества*. Кроме того, имеется в виду и разработка общеевропейской организационно-правовой формы для лиц свободных профессий. При этом нельзя полагать, что после утверждения подобных единообразных документов ЕС создаваемые в соответствующих формах юридические лица должны квалифицироваться как изъятые из пределов юрисдикции конкретного государства, на территории которого они будут учреждены.

**«Оффшорные» компании. Компании международного бизнеса.** В связи со сложившейся в результате усиления хозяйственного взаимодействия и интернационализации торгово-производственных связей между различными государствами экономической ситуацией многим странам приходится соревноваться друг с другом за привлечение в свою экономику дополнительных денежных и иных средств. В то же время любой предприниматель на определенном этапе сталкивается с проблемами управления, отчетности, с необходимостью выхода на международные рынки компании, а также обязанностью платить в ряде случаев достаточно высокие налоги. Возникает вопрос о путях решения всех этих трудностей. В настоящее время одним из весьма практикуемых средств подобного рода является оффшорный бизнес.

Когда говорят о преимуществах оффшорного бизнеса, обычно имеют в виду возможности снижения налоговых затрат и управления банковским счетом и создания одного или нескольких предприятий за границей.

В то же время в юридическом плане содержание оффшорного бизнеса заключается в том, что за рубежом появляется новый субъект хозяйственных отношений, который получает возможность действовать самостоятельно. Этот механизм используется для различных целей, в том числе налогового планирования и др. (управления риском, получения доступа к международным финансовым и инвестиционным услугам и т.д.). Бесспорно, налоговое планирование — одно из основных направлений и мотивов не только создания,

но и развития оффшорного бизнеса. Следует в данной связи подчеркнуть, что термин «налоговое планирование» свойствен в большей мере западной экономической и юридической науке и практике. В экономической и правовой литературе России, а также других стран СНГ он до сих пор активно использовался лишь применительно к анализу ситуации в экономике именно развитых стран.

Для Российской Федерации понятия «оффшорный бизнес», «оффшорная компания» являются не только сравнительно новыми, но и спорными в некоторых отношениях. Так, например, весьма распространенным мнением было то, что категория «оффшорная компания» не может рассматриваться в качестве юридического понятия. Вместе с тем сегодня, как представляется, это уже не соответствует действительности, так как существуют примеры законодательного закрепления этого термина, причем в его противопоставлении другой категории — «внутренней компании» («inshore company»), как имеет место на Кипре, в Великобритании, Ирландии, на Британских Виргинских островах.

Таким образом, юридическое содержание понятия «оффшорная компания» в современном значении подразумевает такое образование, преимущественно корпоративного типа, созданное в рамках определенных юрисдикции, которое не вправе вести производственную и торговую, вообще какую-либо хозяйственную деятельность в пределах государства учреждения и, следовательно, не подлежит налогообложению в пределах данной территории, однако является юридическим лицом, инкорпорированным в соответствии с законодательством этого государства.

Современная структура бизнеса может иметь следующую схему: материнская компания — самостоятельное юридическое лицо в зоне налоговых льгот (оффшорная фирма). В этот ряд возможно включение дополнительных звеньев, например производственного или торгового предприятия, расположенного в третьей юрисдикции. Поскольку при переводе доходов напрямую в «налоговые гавани» юридические лица нередко сталкиваются с налоговыми барьерами (в большинстве стран при распределении доходов в адрес оффшорных фирм дополнительно взимается налог «у источника»), такое звено становится необходимым.

Однако в некоторых странах от этого налога освобождаются банковские проценты, даже если они переводятся в адрес фирм в «налоговых гаванях» (Нидерланды, Швейцария). Отсутствие в этих странах дополнительного налога на банковский процент в сочетании с льготным режимом по переводу других видов доходов (дивидендов и роялти) в большинство развитых стран мира делает их удобным «перевалочным пунктом» в международных финансовых операциях. Следовательно, несмотря на то, что подобные государства не относятся к оффшорным зонам, в них также целесообразно учреждать предприятия, ориентированные на определенные виды деятельности, с использованием их в структурных схемах в расчете на минимизацию налогового бремени.

В международной практике часто применяются комбинированные схемы, включающие фирмы, расположенные в «налоговых гаванях» и в странах с умеренным уровнем налогообложения: остров Мэн — Нидерланды; Гибралтар — Швейцария; Кипр — Греция; Нидерланды — Нидерландские Антильские острова; Швейцария — Нидерланды — остров Мэн и др. Однако назначение оффшорных фирм не сводится исключительно к налоговому планированию. Специалисты отмечают, что оффшорные системы весьма подвижны, они могут

создаваться под конкретный деловой проект или инвестиционную программу. Оффшорная компания освобождает владельца от многих формальных процедур, связанных, в частности, с аудитированием бухгалтерской отчетности и прочими требованиями, относящимися к бухгалтерскому учету. Оффшорные компании создаются также для управления риском, которое заключается в регистрации предприятия в одной зоне с возможностью перемещения ее активов в более политически и экономически стабильный регион мира. Например, маловероятно, что на острове Гернси, где политический строй не менялся уже несколько сот лет, произойдут крупные изменения. Управление риском достигается путем создания гибкой и подвижной системы перераспределения активов с целью минимизации рисков и повышения устойчивости международного предприятия.

В случае появления признаков нестабильности и других факторов оффшорные структуры позволяют перевести капитал в более надежный регион и создать для него «убежище» (например, учредить траст — доверительную собственность — широко известный институт англо-американского права). Распространенным способом использования оффшорной компании является создание ее представительств, а также дочерних компаний в зарубежных странах, например в России.

В активе средств, которыми вправе воспользоваться оффшорная компания, следует прежде всего назвать разнообразные услуги по управлению капиталом, приобретению и эксплуатации сформированных портфелей ценных бумаг других корпоративных образований, различные формы инвестиций.

Компания международного бизнеса (от англ. international business company) — понятие, в современной жизни известное праву ряда территорий, имеющих преимущественно зависимый или сходный с ним статус, а иногда и самостоятельных суверенных государств, предоставляющих льготные налоговые режимы («налоговые убежища»), что способствует учреждению в их пределах значительного числа иностранных компаний, действующих в международном гражданском обороте. Как правило, компании международного бизнеса не могут осуществлять хозяйственную деятельность внутри таких территорий или государств. В их числе находятся прежде всего получившие наибольшее распространение в последнее время так называемые оффшорные зоны — Кипр, Лихтенштейн, Люксембург, Мальта, Панама, Сингапур, ряд штатов США (Делавэр, Невада, Вайоминг и т. д.), британские зависимые территории, которые не входят в состав Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии и пользуются определенной степенью самоуправления, включая собственное законодательство, а также территории иных государств: Бермудские, Виргинские, Каймановы, Фолклендские острова, Гибралтар, Гонконг (ныне Сянган), острова Терке и Кайкос, Мэн, Джерси, Гернси, Нидерландские Антильские острова и др. Одним из главных требований по учреждению и функционированию компаний международного бизнеса выступает условие о ведении деятельности исключительно за границей конкретного государства или территории. Кроме того, в силу положений местного законодательства необходимо наличие зарегистрированного в пределах рассматриваемой юрисдикции административного центра (центра управления — офиса компании), назначение директорами компании граждан данной страны, финансирование компании из источников, находящихся вне этой территории.

Компании международного бизнеса (КМБ), в частности, на Британских Виргинских островах (БВО), в соответствии с законодательством БВО

существуют наряду с публичными компаниями, частными компаниями и простыми товариществами. Последние не пользуются статусом самостоятельного юридического лица. Правосубъектность, правовое положение, учреждение и деятельность компаний международного бизнеса БВО регулируются Законом о компаниях 1885 г., Ордонансом о подоходном налоге 1946 г., специальным Ордонансом о компаниях международного бизнеса 1984 г. (с поправками, дополнениями и изменениями), Законом об управлении компаниями 1990 г., а также в части компаний, действующих в специальных областях, — Законом о банках и трастовых компаниях 1990 г., Законом о страховом бизнесе (специальные положения) 1991 г. После регистрации на территории Британских Виргинских островов компания может даже сменить место регистрации и продолжать свое существование в соответствии с законодательством другой страны, если это допускается уставными положениями данной компании, законодательством той другой юрисдикции, в пределах которой может быть внесена в реестр такая учрежденная на БВО компания международного бизнеса, при условии, однако, соблюдения ею требований законодательства БВО о компаниях международного бизнеса. Учредительными документами компании международного бизнеса выступают прежде всего, как и для любой иной компании в рамках Британского Содружества Наций, два документа: «Меморандум ассоциации» (меморандум компании) и «Статьи ассоциации» (внутренний регламент компании). Меморандум регулирует внешние отношения компании, а регламент, рассматриваемый как договор между членами компании и компанией, — внутренние (порядок распределения и передачи долей (акций), изменения размера капитала, проведения собраний, голосования, назначение директоров, их полномочия, ответственность перед компанией и проч.). Меморандум ассоциации компании международного бизнеса, кроме того, должен содержать наименование и адрес зарегистрированного агента компании; размер уставного капитала компании и количество номинальных акций либо указание об их отсутствии; наименование валюты, в которой выпускаются акции; количество категорий и число выпусков акций; перечень привилегий, прав, ограничений и т. д., которые применяются для определенного вида акций; положение о направлении держателям предъявительских акций уведомлений об общих собраниях компании и иных способах уведомления; указание о возможностях замены обыкновенных акций на, предъявительские и наоборот; регламентацию ограничений, которыми характеризуется деятельность компании как компании международного бизнеса согласно положениям национального акта — Ордонанса 1984 г. При учреждении КМБ меморандум подписывается зарегистрированным агентом, указанным непосредственно в его содержании, в присутствии лица, которое должно засвидетельствовать подпись. Аналогичным образом должны быть оформлены и статьи ассоциации компании. Планируемое название компании должно быть одобрено регистрирующим органом — регистратором компаний БВО. После уплаты регистрационного сбора зарегистрированной компании выдается свидетельство об инкорпорации (Certificate of Incorporation). Заявки на регистрацию страховых компаний подаются инспектору по страхованию, при учреждении банков, управленческих компаний и трастовых компаний — инспектору по банкам и трастовым компаниям. Все компании вправе начать свою хозяйственную деятельность незамедлительно после регистрации, т. е. никакого специального разрешения не требуется. Если определенное образование корпоративного типа, намеревающееся создать КМБ, до регистрации заключило письменное

соглашение — контракт с третьими лицами, он может быть одобрен в течение разумного периода времени после учреждения КМБ и ее регистрации. В законодательстве БВО не содержится никаких ограничений по уставному капиталу создаваемых юридических лиц, в том числе и для КМБ. Однако общераспространенным правилом является то, что КМБ имеют капитал в размере 50 000 долл. США (для сравнения: публичные или частные компании — 1000 долл. США в качестве минимального капитала). В компании международного бизнеса должен иметься по крайней мере один директор. Практика показывает, что учреждение таких компаний происходит в условиях наличия двух директоров. Наименование компании может быть любым, с тем, однако, требованием, чтобы это название содержало любое из слов или их аббревиатур: «лимитед», «корпорация», «инкорпорирована», «акционерное общество» на английском, французском или испанском языке («Société anonyme», «Sociedad Anonima»), не вводило в заблуждение публику, особенно в случаях наименований, сходных или идентичных с наименованиями уже существующих известных компаний, если только последние не дадут своего согласия на использование подобного имени; не было агрессивным, а также не имело в своем составе терминов «страхование», «банк», «строительное общество», «имперский», «королевский», «муниципальный», «трастовая компания», «доверительный собственник» и т.д., что давало бы возможность интерпретации наименования такой компании как якобы находящейся под патронажем королевы или членов ее семьи, государства или правительства, казны, органов местного самоуправления и т.п. Для компаний международного бизнеса не имеется никаких ограничений по национальности (гражданству) директоров, единственным требованием в этом плане выступает условие о том, чтобы зарегистрированным агентом компании был резидент БВО. Местопробывание компании также может быть в любой точке земного шара. Оно может изменяться соответственно внесению дополнений в учредительные документы. Принятие компанией решений по увеличению или уменьшению уставного капитала происходит на основе постановления, вынесенного директором. Он же санкционирует заключение сделок от имени компании. Сделки совершаются письменно или за корпоративной печатью компании в такой форме, которая свойственна заключению договоров физическими лицами. Обычным правилом является то, что при заключении контрактов со стороны компании требуется аффидевит свидетеля, подтверждающего проставление подписи или подписей на документе, оформляемом от имени и в интересах компании. В налоговом отношении компании международного бизнеса, созданные в оффшорных зонах, и в частности на БВО, полностью подчинены той юрисдикции, в рамках которой они проводят фактическую хозяйственную деятельность, т.е. вне пределов страны или территории, где они инкорпорированы, поэтому налоговый, валютный или иной контроль в юрисдикции регистрации отсутствует.

## **§ 6. Допуск иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности**

Как следует из вышеизложенного, для определенных категорий юридических лиц, известных современной практике международного частного права, к каковым относятся оффшорные компании, в рамках юрисдикции их учреждения (регистрации) специального акта, которым санкционируется допуск к

хозяйственной деятельности, не требуется. Вместе с тем, как это ни парадоксально, в пределах собственной юрисдикции такие компании и не вправе осуществлять подобную деятельность. Их учреждение в той или иной стране или зоне как оффшорной компании само по себе устраняет возможность действовать на данной территории в качестве хозяйствующего субъекта национального права. Понятие «оффшорный» предполагает деятельность за границей. Таким образом, компания международного бизнеса или просто оффшорная компания, являющиеся таковыми в силу предписаний закона государства регистрации, с точки зрения осуществления производственной, коммерческой, вообще хозяйственной деятельности во всех странах будут рассматриваться как иностранные.

Что же касается законодательных предписаний различных государств, относящихся к данному вопросу, то они так же, как и в других областях, не совпадают.

Рассмотрим действующие правовые положения в этой сфере некоторых европейских и иных стран. Например, согласно ст. 15 Торгового кодекса 1885 г. Испании (характерно, что с незначительными изменениями он был введен в действие и в других государствах: на Кубе и Пуэрто-Рико — с 1 мая 1886 г., на Филиппинах — с 6 августа 1886 г.) «иностранные компании, учрежденные за границей, вправе вести торговую деятельность в Испании. Правоспособность названных лиц определяется законодательством соответствующей страны. Торговая деятельность названных лиц и создание торговых заведений, осуществляемые на территории Испании, регулируются данным Кодексом. Договорами Испании с другими государствами может быть установлено иное».

Во Франции иностранная компания, даже учредившая представительство (бюро) в этой стране в целях рекламы, сбора информации, налаживания, поддержания и развития контактов и т.д. с французскими коммерсантами и юридическими лицами, не имеет права на совершение каких-либо юридических актов на ее территории (заключение контрактов, куплю-продажу, аренду или предоставление услуг). Осуществление собственно хозяйственной деятельности для иностранных юридических лиц возможно посредством создания по крайней мере либо агентства, либо своего филиала во Франции. Возможно также учреждение *отделения* иностранного общества или компании, которое, однако, не пользуется правами юридического лица, не имеет самостоятельного капитала, а его деятельность ограничена «эксплуатацией» (использованием) активов (ценностей, услуг и т.д.), которые создаются или обеспечиваются зарубежной фирмой. Создание же филиала заграничного юридического лица может потребовать особого разрешения на «инострannую инвестиционную деятельность во Франции», депонирования устава, внесения в торговый реестр и реестр компаний, публикации в газете и проч. Все вопросы регистрации новых предприятий или филиалов во Франции, включая создаваемые иностранными субъектами права, осуществляются центром оформления предприятий (CFE — Centre de formalités des entreprises) при Торгово-промышленной палате г. Парижа или соответствующего департамента.

В ФРГ для того, чтобы иностранное юридическое лицо могло быть признано правоспособным на ее территории, ему необходимо получить отдельное постановление исполнительной власти, если оно принадлежит к особой категории юридических лиц (союзов — Vereine), требующих специальной регистрации или разрешения. Указанное не применяется в отношении торговых товариществ — акционерных обществ. При этом важно подчеркнуть, что по Акционерному закону ФРГ 1965 г. (с изменениями по состоянию на 1 января



1992 г.) акционерное общество признается торговым товариществом даже и в том случае, когда предмет его деятельности не входит в сферу торговли (§ 3).

В Японии согласно действующему законодательству иностранные компании, намеревающиеся осуществлять коммерческие сделки в качестве способа продолжительного осуществления предпринимательской деятельности на территории этой страны, обязаны назначить представителя в Японии и создать контору по месту его жительства или в другом месте, которое укажет это лицо (ст. 479 Торгового кодекса Японии 1899 г.). Иностранная компания обязана обеспечить регистрацию по месту нахождения своей конторы и дать об этом публичное объявление. Регистрация и публичное объявление регулируются положениями, относящимися к регистрации и публикации филиала компании, учрежденной в Японии, имеющей аналогичный или сходный характер. Кроме того, в случае подобного рода иностранная компания обязана осуществить регистрацию в соответствии с законодательством, на основании которого она была учреждена, т.е. в «материнской» стране, с указанием имени и места жительства своего представителя в Японии. До обеспечения такой регистрации иностранная компания не имеет права осуществлять предпринимательскую деятельность в Японии и совершать сделки (ст. 481 ТКЯ). Суд вправе издать распоряжение о закрытии конторы иностранного юридического лица по требованию министра юстиции, акционера, кредитора или другого заинтересованного лица в случаях, если, например, наряду с прочим последняя прекратила платежи или в течение одного года после регистрации не начала деятельность, обуславливающую регистрацию в Японии, либо прекратила ее на период не менее одного года (ст. 484 ТКЯ).

В силу Закона об иностранных инвестициях № 77 от 5 сентября 1995 г. Кубы, заменившего собой Декрет № 50 от 15 февраля 1982 г., допуск иностранных юридических лиц — инвесторов также требует разрешения (authorization). Процедуры одобрения могут осуществляться в отношении 3 разрешенных форм: joint venture (кубинских коммерческих организаций—совместных предприятий), договора ассоциации, компании с иностранным капиталом. Правовой статус учрежденного joint venture, отличающийся от статуса составляющих его участников, приобретает путем регистрации в Торговой палате Кубы. Такое совместное предприятие может создавать филиалы и дочерние компании как на Кубе, так и за рубежом. Предусмотренная в ст. 20—22 Закона процедура допуска иностранных инвесторов путем одобрения договора ассоциации заключается в получении разрешения на инвестицию со стороны исполнительного комитета при Совете министров Кубы, полномочного решать вопросы в любой области экономического сотрудничества, или специально для этого созданной комиссии правительства. Министерство иностранных инвестиций и экономического сотрудничества определяет государственную организацию, ответственную за развитие экономического сотрудничества и определяет область экономики, в которой планируется реализовывать инвестиции и вести деятельность. Иностранное юридическое лицо обязано провести переговоры по всем ключевым вопросам договора об ассоциации, заключить его и представить на одобрение компетентного органа. Некоторыми специалистами отмечается, что подобная практика заключения договоров об ассоциации и их одобрения в большей степени соответствует концессионной системе допуска иностранных юридических лиц.

Если иностранный инвестор предполагает осуществлять деятельность в форме компании с иностранным капиталом, он должен образовать кубинскую компанию и подать совместно с ней заявку на получение разрешения в

Министерство иностранных инвестиций и экономического сотрудничества.

В Новой Зеландии — стране, с правовой точки зрения мало известной в России, компании, являющиеся филиалами иностранных фирм и находящиеся на территории Новой Зеландии, согласно Закону о компаниях 1955 г. не рассматриваются как самостоятельные отечественные предприятия, и порядок их учреждения на территории данного государства требует согласия Комиссии по иностранным инвестициям. Совместные предприятия (joint venture), которые зачастую создаются для реализации специфических сделок и контрактов, осуществляемых, как правило, в течение ограниченного срока, также не являются юридическими лицами. В соответствии с инвестиционным законодательством Новой Зеландии — Законом об иностранных инвестициях 1973 г., Правилами регулирования иностранных капиталовложений 1985 г., дополненными в 1989 г., и Законом о торговле 1986 г. — иностранное лицо должно получить разрешение Комиссии по иностранным инвестициям, если оно намерено осуществлять следующую деятельность: создание нового бизнеса в соответствующих сферах (за исключением таких областей, как рыболовство, радио- и телевидение, аграрный сектор и земельные угодья), превышающего 10 млн. новозеландских долларов; приобретение новозеландской компании стоимостью свыше 10 млн. новозеландских долларов; приобретение имущества (независимо от стоимости) компании, ведущей деятельность в сферах, имеющих ограничения с точки зрения инвестиционного законодательства, и др. Согласно существующей практике наиболее приемлемыми формами ведения деятельности в рассматриваемой стране для зарубежных фирм является создание отдельной компании и регистрация ее в соответствии с Законом о компаниях 1955 г. в качестве новозеландской компании в любой из правовых форм: акционерной компании с ограниченной ответственностью, компании с неограниченной ответственностью, компании (частной компании) с ограниченной ответственностью.

В связи с этим следует отметить, что акционерные общества (компании, корпорации) почти во всех государствах мира признаются правосубъектными и правоспособными.

Одной из развитых стран, допускающих создание оффшорных компаний и корпораций на своей территории, являются Соединенные Штаты Америки. Здесь сложилось несколько «оффшорных центров», в том числе в штатах Невада, Мэриленд и Делавэр. В отношении последнего следует отметить, что ни один другой штат не имеет таких гибких корпоративных законов. Примечательно, что две известные оффшорные юрисдикции — Либерия и Панама — приняли свои законы о компаниях, практически скопировав Закон о корпорациях общего типа штата Делавэр 1967 г. В свете этого представляется целесообразным более подробно остановиться на законодательной и правоприменительной практике данного штата в области учреждения и допуска к хозяйственной деятельности иностранных юридических лиц или американских юридических лиц, созданных с участием иностранных учредителей как оффшорные компании.

Рассматриваемого рода корпорации на территории штата не подпадают под налогообложение штата Делавэр, если не ведут деятельности, т.е. не извлекают прибыли, в штате. Все это выглядит необычным для США — страны с высоким уровнем развития системы налогообложения и контроля со стороны Департамента внутренних доходов США.

Для обеспечения правомерного функционирования таких компаний и поддержания их «in good standing» («в эффективном состоянии») необходимы

организация отчетности и оплаты налогов, что возможно осуществить как непосредственно, так и через секретарские (агентские) фирмы. Действующий порядок постановки на учет в Департаменте Внутренних доходов США в целях налогообложения всех регистрируемых в США корпораций, ведущих предпринимательскую деятельность, основан на получении особого вида документа — формы SS-4 (стандартного приложения к регистрационным документам, заполнение и представление которого при регистрации позволяет затем получить идентификационный номера корпорации).

Возникает вопрос: необходимо ли заполнение формы SS-4 и получение идентификационного номера при организации компании в штате Делавэр, если последняя не имеет намерения вести деятельность в пределах штата?

В связи с тем что данный аспект четко не урегулирован в законодательстве США, на практике он встречает различные толкования и варианты ответов.

В принципе речь идет о том, что в конкретном случае, если компания не заполнила форму SS-4, не извлекает прибыли и не обладает «работающим» банковским счетом на территории США, к тому же при этом у компании нет налогового идентификационного номера, то компетентные государственные органы США *de jure* «не знают» о ее существовании, так как Департамент внутренних доходов США не ставится автоматически в известность при регистрации новой компании, если ее учредители не заполняют форму SS-4. В свете изложенного применительно к анализируемому аспекту допуска иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности заполнение формы SS-4 и получение идентификационного номера корпорацией в данном или ином штате могут рассматриваться в качестве явочного порядка допуска, не требующего административного акта. В то же время, очевидно, именно практика использования подобного рода документов дала основание некоторым другим авторам утверждать, что у иностранного юридического лица в современном мире может быть один домициль (место нахождения административного центра) и несколько (прежде всего налоговых) резиденций.

### **§ 7. Правовое положение иностранных юридических лиц в Российской Федерации**

В вопросе правового положения иностранных юридических лиц на территории России отечественный правопорядок исходит из закрепленного в Гражданском кодексе, в федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г., а ранее — в законе РСФСР «Об иностранных инвестициях в РСФСР» от 4 июля 1991 г. и других актах для юридических лиц — иностранных инвесторов принципа национального режима: «Правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленный российским инвесторам за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами» (ст. 4 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»). В связи с этим необходимо уточнить, что речь идет именно о фиксировании принципа национального режима, т.е. уравнивании в правах иностранных и отечественных субъектов права, а не режиме наибольшего благоприятствования, и подчеркнуть, что, несмотря на чисто внешнюю схожесть формулировок данного Закона или в некоторых случаях международных договоров с последним режимом, не следует заблуждаться в отношении квалификации.

Наиболее адекватно юридическому содержанию национального режима этот

принцип выражен в ст. 2 ГК посредством использования следующей формулы: «Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом».

В свете указанного становится ясно, что, помимо определения правового режима, которым пользуются в Российской Федерации иностранные юридические (а также и физические) лица—предприниматели, российский правопорядок должен располагать если не дефинициями, то хотя бы критериями отнесения правосубъектных образований к иностранным юридическим лицам. В настоящее время действующее право Российской Федерации оперирует несколькими понятиями в этом плане. Например, существует категория «российские лица», т. е. лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, имеющие постоянное местонахождение на ее территории, а также физические лица, имеющие постоянное или преимущественное место жительства на территории РФ и зарегистрированные в качестве «индивидуальных предпринимателей», с одной стороны, и понятие «иностранцы», т.е. «юридические лица и организации в иной правовой форме, гражданская правоспособность которых определяется по праву иностранного государства, в котором они учреждены», — с другой. Об этом говорит ст. 2 федерального закона «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» от 13 октября 1995 г. Вместе с тем в ряде актов в валютном, банковском, налоговом и другом законодательстве России весьма активно используются антонимичные категории «резидентов» и «нерезидентов». Так, для целей валютного регулирования и валютного контроля под «резидентами» понимаются юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, с местонахождением в Российской Федерации, предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, с местонахождением в Российской Федерации, а также находящиеся за ее пределами филиалы и представительства резидентов, указанных выше. В свою очередь «нерезидентами» являются юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами Российской Федерации, предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств с местонахождением за пределами Российской Федерации, а также находящиеся в Российской Федерации филиалы и представительства вышеупомянутых нерезидентов.

Сопоставление содержания приведенных понятий позволяет заключить, что все лица, которые, во-первых, организованы в соответствии с законами иного, нежели Российская Федерация, государства и, во-вторых, имеют свое местонахождение вне ее территории, должны квалифицироваться как иностранные.

Правда, при этом иногда могут возникать затруднения с трактовкой понятия «местонахождение» и, следовательно, фактическим его установлением. Известно, что в доктрине и объективном праве большинства государств (преимущественно континентальной Европы) под местонахождением юридического лица подразумевают местонахождение административного центра — его головных органов. Однако все большее значение сегодня, как было показано ранее, придается критерию, связанному с местом, избранным юридическим лицом для осуществления бизнеса — производственной,

торговой, коммерческой и вообще любой деятельности, позволяющей извлекать прибыль. Этот фактор берется за основу некоторыми странами для квалификации юридических лиц, действующих на их территории в качестве активных товаропроизводителей (создателей услуг) или торговцев — купцов, «своими», т.е. национальными, юридическими лицами.

В свете этого нередко какого-либо одного критерия установления принадлежности юридических лиц к отечественному или иностранному правопорядку — учреждения, или инкорпорации, или регистрации, т.е. внесения в реестр, — оказывается недостаточно, и в результате применяются субсидиарные (либо альтернативные) признаки, как, например, местонахождение органов управления или проведения основной деятельности. Таким образом, думается, становится вполне очевидным, почему действующий российский правопорядок в ряде случаев кумулятивно применяет указанные критерии, как это было отмечено, в частности, применительно к валютному регулированию и регулированию внешнеторговой деятельности, в аспекте иностранных лиц, а также может быть продемонстрировано и на материале актов гражданского права. Так, в Основах гражданского законодательства 1991 г., введенных в действие на территории РФ с 3 августа 1992 г., устанавливалось, что в случаях внешнеэкономических сделок при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где *учреждена*, имеет место жительства или *основное место деятельности* сторона, являющаяся лицом, которое совершает наиболее характерное для данного вида договора действие. Аналогична конструкция соответствующего положения в Законе о залоге применительно к отношениям между залогодателем и залогодержателем, если одной из сторон в них выступает иностранное, в том числе юридическое, лицо.

Итак, если установлено, что данное юридическое лицо является на территории РФ иностранным, что же оно вправе совершать в гражданско-правовой сфере? И коль скоро основой правового положения «иностранцев» в России является уравнивание их в правах с национальными лицами, за некоторыми изъятиями, устанавливаемыми законодательством, на чем прежде всего акцентировалось внимание в настоящем разделе, то каковы же исключения из правил и ограничения, составляющие эти изъятия?

Здесь важное значение имеет, во-первых, то различие, которое проводится, скажем, в налоговом законодательстве, между иностранным юридическим лицом, действующим через представительство, учрежденное в пределах Российской Федерации, и таковым, осуществляющим бизнес в России без открытия в ней представительства или филиала. В этом плане детальное регулирование содержится в Инструкции Государственной налоговой службы РФ от 16 мая 1995 г. № 34.

В общеправовом же плане все иностранные юридические лица могут вести на территории РФ хозяйственную деятельность, заключать сделки, создавать с участием российских юридических и физических лиц либо юридических и физических лиц третьих государств или без таковых новые образования в соответствии с предусмотренными законодательством Российской Федерации организационно-правовыми формами, открывать и закрывать представительства или учреждать филиалы, в том числе для ведения внешнеторговой деятельности от имени иностранного юридического лица, совершать связанные с такими и другими сделками расчеты, страховые, транспортные, кредитно-финансовые и другие операции. При этом предусматривается, что иностранное юридическое лицо при совершении сделок на территории РФ не вправе ссылаться на

ограничение полномочий его органа или представителя, не известное российскому праву, «за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать об указанном ограничении» (см. п. 3 ст. 1202 ГК РФ). Хотя действующие гражданско-правовые нормы Российской Федерации и требуют в силу тех же Основ, а также ГК РФ, чтобы, в частности, форма внешнеэкономических сделок, заключенных на территории России, подчинялась отечественному праву, в то же время это не должно означать, что при этом нельзя стремиться к соблюдению и императивных предписаний, установленных иностранным законом, т.е. правоположениями того государства, где данное юридическое лицо считается национальным.

В том, что касается ведения операций внешнеэкономического характера на российской территории, что является, как правило, в случаях с иностранными юридическими лицами ключевым, главным началом выступает отсутствие каких-либо формальных разрешений для их осуществления. В связи с этим нужно обратить внимание на известное противоречие между формальным и фактическим моментами в вышеприведенных констатациях. Действительно, строго юридически специального разрешения на осуществление внешнеэкономической (внешнеторговой) деятельности не требуется. С другой стороны, без получения карточки ВЭД (кода участника внешнеэкономической деятельности) ни один субъект права на территории РФ не может ничего реально осуществить в рамках центрального звена такой деятельности — обеспечения таможенной очистки товаров, совершения формальностей при ввозе или вывозе грузов. При таком положении вещей становится принципиальной задачей получения соответствующей регистрации, т.е. разрешений не только формального характера, но и по существу.

Правовое положение иностранного юридического лица в рассматриваемой сфере наряду с вышеуказанным характеризует также требование соблюдения императивных материально-правовых норм, регулирующих внешнеэкономическую деятельность. Например, рассматриваемые субъекты обязаны обеспечивать соответствие стандартам, сертификации, безопасности и безвредности товаров, ввозимых на территорию РФ по таким сделкам, удовлетворять формальным требованиям определенного порядка по ввозу и вывозу товаров и услуг, предоставлять статистическую отчетность по своей внешнеторговой деятельности в связи с операциями на территории РФ и т.д.

Так, если в соответствии с указом Президента РФ № 1209 «О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок», вступившим в силу 1 ноября 1996 г., необходимо впредь оформление паспорта бартерной сделки, то это распространяется и на иностранные юридические лица. В связи с этим необходимо иметь в виду, что вывоз товаров, работ и услуг, результатов интеллектуальной деятельности должен сопровождаться обязательным ввозом на таможенную территорию РФ товаров, работ и услуг, эквивалентным по стоимости экспортированным товарам либо зачислениям на счетах в уполномоченных банках валютной выручки от экспорта товаров в установленном порядке.

Другой сферой, в правовом и экономическом отношении наиболее значимой для иностранных юридических лиц, как упоминалось выше, является инвестирование с их стороны капиталов в российскую экономику (подробнее см. об этом в гл. 19). Возникающая вследствие этого соответствующая хозяйственная деятельность может проходить в рамках вновь создаваемых структур или привлечения иностранных капиталовложений в уже

существующие российские предприятия в установленных законодательством формах, т.е. в качестве предприятий с иностранным участием (ранее именуемых совместными предприятиями) либо на основе только иностранного учредительства. В подавляющем большинстве случаев — это хозяйственные общества и товарищества: товарищества, акционерные общества и общества с ограниченной ответственностью.

Литература последнего времени изобилует публикациями прикладного характера, представляющими своеобразный «путеводитель» для иностранных предпринимателей, решивших создать структуру в рамках российского правопорядка. Тем не менее существуют неоднозначные положения российского права, которые не дают сами по себе исчерпывающих ответов на некоторые вопросы и на которых целесообразно остановиться особо. В частности, ст. 2 Федерального закона РФ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. предусматривает, что иностранные инвесторы — это иностранные юридические или физические лица, которые по законодательству соответствующих государств «вправе осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации». Однако ни сам данный закон, ни изданные во исполнение его предписаний подзаконные либо иные акты в области иностранного инвестирования, в том числе регулирующие создание и регистрацию предприятий с иностранными инвестициями, никоим образом не уточняют, как подобное право иностранного гражданина или юридического лица должно подтверждаться со стороны государства происхождения инвестора.

Или возьмем такую весьма распространенную ситуацию, когда при учреждении, скажем, акционерного общества в Российской Федерации иностранный участник производит оплату акций имуществом, денежная оценка которого подлежит согласованию с другими учредителями. Данная форма оплаты не противоречит действующему праву и именно Федеральному закону об акционерных обществах 1995 г. Более того, для иностранных юридических лиц подобное является весьма привлекательным, так как означает финансовую льготу — ввоз товаров, осуществляемых в порядке внесения имущественных вкладов в уставные фонды хозяйственных обществ и товариществ, освобождается от уплаты таможенных пошлин. Оплата может быть произведена и деньгами, ценными бумагами, другими вещами, а также имущественными правами, имеющими денежную оценку. Иностранными инвестициями согласно Закону об иностранных инвестициях в Российской Федерации являются все виды имущественных и интеллектуальных ценностей, вкладываемых иностранными инвесторами в объекты предпринимательской деятельности, не изъятых из гражданского оборота и не ограниченных им (ст. 2). Таким образом, вкладом в уставный капитал общества со стороны иностранных участников могут служить наряду с прочим и имущественные права либо иные права, имеющие денежную оценку. При этом подобным вкладом не может быть непосредственно объект промышленной/интеллектуальной собственности (патент, объект авторского права, программа ЭВМ и т.д.) или ноу-хау. В то же время вполне признается в качестве вклада исключительное или неисключительное право пользования объектами указанного рода, передаваемое обществу по договору лицензии.

Упомянутое освобождение от уплаты таможенной пошлины при ввозе товаров иностранным учредителем в качестве вклада в уставный (складочный) капитал, в свою очередь, далеко не всегда бывает достижимо, поскольку, с одной стороны, льгота провозглашается, а с другой — ее реализация

обставляется рядом условий, практически делающих невозможным ее использование. Речь идет о том, что, например, в соответствии с Таможенным кодексом РФ (ст. 174, 182), Законом о таможенном тарифе Российской Федерации (ст. 34, 37), а также постановлением Правительства от 23 июля 1996 г. № 883 «О льготах по уплате ввозной таможенной пошлины и налога на добавленную стоимость в отношении товаров, ввозимых иностранными инвесторами в качестве вклада в уставный (складочный) капитал предприятий с иностранными инвестициями» устанавливается три критерия для освобождения: во-первых, товары должны быть отнесены к основным (производственным) фондам, во-вторых, они не должны быть подакцизными, и, в-третьих, они должны быть ввезены в срок, предоставленный для оплаты уставного (складочного) капитала. В свете этого иностранный инвестор не сможет, например, ввезти автотранспортные средства, даже если создаваемое предприятие и имеет в качестве уставного вида деятельности экспедиторские, пересылочные, транспортные и иные услуги, включая перевозку грузов и пассажиров, так как автомобиль является подакцизным товаром. Кроме того, таможенные органы трактуют перечень оборудования по Общероссийскому классификатору основных фондов (ОКОФ) не расширительно, хотя сам по себе он не является исчерпывающим (т.е. закрытым). Те же органы к тому же требуют, чтобы указание периода на оплату уставного капитала было зафиксировано в учредительных документах, что не всегда имеет место на практике, поскольку не является императивным по ГК РФ, законам об акционерных обществах или обществах с ограниченной ответственностью, которые лишь в общей форме предусматривают оплату 50% уставного капитала на момент регистрации, а остальной части — в течение года после регистрации. В отношении же ввоза бытовой техники, оргтехники, мебели, аудио- и видеозаписывающих устройств, даже и при удовлетворении всем прочим требованиям, льготы предоставляются по решению заместителя председателя ГТК. Тем самым в ряде случаев создаются непреодолимые препятствия для пользования провозглашенными льготами.

### **Контрольные вопросы:**

1. Каково соотношение понятий «национальность» и «личный статус» юридического лица?
2. В чем состоит юридическое содержание категории «личный статус» юридического лица?
3. Каковы основные доктрины определения личного статуса?
4. В чем состоит проблема «международных юридических лиц» в международном частном праве?
5. Как осуществляется допуск иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности в различных странах?
6. В чем состоят особенности правового положения иностранных юридических лиц в Российской Федерации?

## **Глава 16. Государство как особый субъект в международном частном праве**

**Литература:** *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 197—206; *Богуславский М.М.* Иммуниет государства. М., 1962; *Усенко Е.Т.* Иммуниет государства от иностранной юрисдикции и исполнительных мер//Сборник информационных материалов. Вып. XIII. ТПП СССР. М., 1962; *Луиц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 74—91; *Иванов С.И.* Современные тенденции в



законодательстве некоторых буржуазных государств по вопросу об иммунитете государства и его собственности (на примере США и Англии)//Советский ежегодник международного права. 1981. М., 1982. С. 236—245; *Луиц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984. С. 110—117; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 71—74, 237—250; *Белов А.П.* Правовые проблемы дела о «царских долгах» (иск к СССР в американском суде)//Секция права. Торгово-промышленная палата СССР. Материалы секции права. Вып. 39. М., 1990. С. 42—68; *Ушаков Н.А.* Юрисдикционные иммунитеты государства и его собственности. М., 1993; *Фолсом Р.Х., Гордон М.У., Спаногл Дж. А.* Международные сделки. Краткий курс. М., 1996; *Звеков В.П.* Международное частное право: Курс лекций. М., 1999; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 164—178.

### **§ 1. Правовое положение государства в гражданско-правовых сделках международного характера. Понятие иммунитета**

Международное сотрудничество многообразно по формам, сферам осуществления, реализуется различными видами субъектов, среди которых выступают и государства. Причем нередко последние не только выступают в качестве субъектов властных отношений, т.е. межгосударственных отношений публично-правового характера, регулируемых международным правом, но и вступают в цивилистические отношения имущественного либо неимущественного порядка, являющиеся международными частноправовыми отношениями и подпадающие под действие международного частного права.

Государства издавна участвовали в международных торговых, культурных и иных связях. Во времена средневековья осуществление государством контактов с другими суверенами опосредствовалось связями между монархами и персонифицировалось последними. Первоначально понятие иммунитета (лат. *immunitas*) означало изъятие от податей и повинностей, даруемое отдельным лицам и сословиям, иногда целым общинам. С начала средних веков иммунитет применялся к владениям как короля, так и других привилегированных лиц, особенно духовенства. Римский император Гонорий положил начало пониманию иммунитета как слияния привилегии и освобождения от общей юрисдикции, предоставленного им духовенству. Как пишет русский ученый М.И. Брун, особенного расцвета иммунитет достигает во времена империи.

Иммунитет государства есть один из краеугольных институтов международного частного права, определяющих правовое положение государства в международных сделках и вообще в частноправовых отношениях международного характера. Иммунитет, в соответствии с которым государство при осуществлении им гражданско-правовых актов с субъектами национального права иностранных держав не подсудно иностранным судам, не подчиняется действию иностранных законов, освобождается от обеспечительных и принудительных мер по иску и исполнению судебного решения, а также ареста и реквизиции собственности, принято обосновывать *обычно-правовой* нормой, вытекающей из принципов суверенного равенства и уважения суверенитета государств, действующих в международном публичном праве. Наиболее емко и сжато характеристика правового содержания иммунитета выражена в известных еще со времен римского права юридических максимах: «*par in parem non habet imperium*» («равный над равным власти не

имеет»), «*par in parem non habet potestas*» («равный по отношению к равному полномочий не имеет»), «*par in parem non habet jurisdictionem*» («равный над равным не имеет юрисдикции»).

Государство может выступать во внешней сфере в различных категориях отношений. Во-первых, его партнерами могут быть другие государства или международные организации. Они могут заключать международные договоры о предоставлении и получении займов, уступке территории, организации сотрудничества в конкретных областях, определении линий делимитации и демаркации границ, заключать военные и политические союзы и т.д.

Во-вторых, государство может вступать в разнообразные имущественные и неимущественные отношения с иностранными юридическими и физическими лицами (например, приобретать участки земли для расширения территории посольства или миссии, сдавать в концессию участки недр в целях разработки и добычи полезных ископаемых на своей территории, сдавать в аренду принадлежащие ему здания и сооружения, находящиеся как в собственной стране, так и на территории иностранного государства, приобретать и отчуждать принадлежащее ему имущество, заказывать работы, услуги, товары и т.п.). Во всех указанных во второй группе случаях государство участвует в таких отношениях, в которых могли бы действовать и любые прочие субъекты гражданского или торгового права. Важно подчеркнуть, что и в первом и во втором варианте государство действует не в качестве двух лиц: «казны» (фиска) — субъекта власти и «купца» — субъекта гражданско-правовых отношений, а совокупно, во многих своих ипостасях, не утрачивая присущих ему суверенных качеств. Иммунитет государства следует отличать от консульских и дипломатических иммунитетов, которые предоставляются как привилегии особым категориям представляющих государство лиц в целях облегчения отправления ими своих функций на основе норм дипломатического и консульского права. Так, консульские конвенции, заключаемые государствами в целях урегулирования взаимных отношений по обмену консульскими учреждениями и осуществлению ими своих функций, особо оговаривают, как правило, предоставление, пользование и отказ в надлежащих случаях консульских представителей от иммунитета.

Специальный комитет Конференции в Сан-Франциско, созданный для разработки проекта ст. 2 Устава ООН, дал такое толкование суверенитета, имеющее фундаментальное значение для понимания иммунитета: «Под «суверенным равенством» понимается следующее: а) государства юридически равны, б) каждое государство пользуется неотъемлемым правом полного суверенитета, в) личность государства пользуется уважением, правом на территориальную целостность и политическую независимость, г) каждое государство должно честно исполнять свой долг и свои обязанности». Из этого следует, что ни одно государство не может осуществлять в отношении другого государства какие-либо меры принуждения, несовместимые с суверенитетом последнего, даже если оно действует на иностранной территории. Принципы суверенного равенства и уважения суверенитета закреплены во многих последующих международных документах: Декларации ООН о принципах международного права, касающихся дружественных отношений и сотрудничества между государствами, 1970 г., Заключительном акте Совещания по безопасности и сотрудничеству в Европе 1975 г., Парижской хартии для новой Европы 1990 г. и др.

В прошлые времена норма об иммунитете государств носила императивный характер, а трактовка его содержания характеризовалась абсолютностью и

полнотой. В период феодализма, когда государство не отделялось от личности монарха и когда совпадали собственность государства и собственность суверена, иммунитет государства был неотделим от иммунитета монарха (государя). В современных же условиях это совпадение не имеет места, поэтому иммунитет государства даже в монархиях шире понятия иммунитета ее главы, т.е. самого монарха.

Подходя к рассмотрению вопроса иммунитета государства, следует подчеркнуть его международно-правовую природу. Кроме того, важно отметить, что до появления на мировой арене советского государства принцип иммунитета государства повсеместно и безоговорочно использовался и активно поддерживался. В литературе приводились даже курьезные случаи обращения к принципу иммунитета в судах западных держав. В частности, в 1883 г. английский Суд Королевской Скамьи (King's Bench), будучи апелляционным судом, признал, что независимый монарх (а речь шла о главе небольшого колониального княжества) «не колеблет своего иммунитета, даже проживая в Англии и вступая в договор под вымышленным именем, не исключая даже и столь личного характера договора, как обещание жениться». Как видно, понимание иммунитета в английской доктрине, если судить по приведенному решению, не ограничивается вопросами «публичных актов» государства. Таким образом, английская практика особенно твердо стояла на защите иммунитета государства.

В судах Германии в начале века принцип иммунитета также проводился в жизнь весьма устойчиво.

Например, в 1916 г. некий германский подданный по более чем сомнительному иску получил исполнительный лист против российского правительства, на основании которого был наложен арест на средства русского правительства, хранившиеся в банкирской конторе в Германии. Царское правительство заявило протест по этому поводу, признанный уважительным Министерством иностранных дел Германии. В соответствующем германском суде было возбуждено так называемое «пререкание о подсудности», в ходе которого рассмотрение со всей детальностью спора завершилось констатацией, что суверенное государство не может согласно международному праву быть привлечено в иностранном суде к ответу по иску, а имущество его стать объектом мер взыскания. Из французской судебной практики более позднего периода применительно к позиции по вопросу об иммунитете можно указать на дело о пароходе «Покровский», в отношении которого в 1938 г. по требованию общества «Сосифрос» был наложен арест. Апелляционный суд г. Экса поддержал решение суда 1-й инстанции о снятии ареста с этого парохода и указал, что иностранные государства в силу независимости и суверенитета пользуются во Франции иммунитетом в отношении юрисдикции, как и иммунитетом по исполнению судебных решений.

В том же 1938 г. было вынесено решение английской высшей судебной инстанцией по делу, связанному с пароходом «Cristina». Палата лордов признала, что судно, перешедшее в собственность испанского правительства, пользуется иммунитетом и не может быть ни задержано, ни арестовано судебными властями Англии. Суд, кроме того, подчеркнул, что судебные органы не должны привлекать к суду иностранное суверенное государство против его воли независимо

оттого, направлен ли судебный процесс непосредственно против государства или преследует цель изъятия определенного его имущества.

Современное регулирование отношений в связи с провозглашением, действием и защитой иммунитетов государства, а также их объемом и содержанием строится большей частью на основе специального национального законодательства. Во многих странах приняты отдельные акты, посвященные иммунитету. Данная тенденция активно начала развиваться с 70-х гг. XX столетия, когда в ряде государств Европы, Азии, Африки и Америки развернулись правотворческие процессы в данной области в форме выработки законов. Так, в Австрии в 1974 г. был принят акт, касающийся иммунитета государства, в ранге федерального закона, в США в 1976 г. издан Закон об иммунитете иностранных государств, Великобритания приняла в 1978 г. Закон об иммунитете государств, Сингапур — в 1979 г. Закон об иммунитете иностранного государства, ЮАР — в 1981 г. Закон об иммунитете иностранного государства, Пакистан — в 1981 г. Ордонанс об иммунитете государства, Канада — в 1982 г. Закон, предоставляющий государству иммунитет в судах Канады, Австралия — в 1984 г. Акт об иммунитете иностранного государства.

В нашем государстве вопросы иммунитета урегулированы в ст. 61 Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и ст. 435 ГПК 1964 г. (в ред. Указа Президиума Верховного Совета РСФСР от 1 августа 1980 г.). В Основах ГЗ 1991 г. говорится, что «особенности ответственности государства в регулируемых гражданским законодательством отношениях с участием иностранных юридических граждан и государств определяются законом СССР об иммунитете государства и его собственности» (ст. 25). Более того, ст. 127 ГК РФ 1994 г. практически дословно повторяет это положение. Из этого можно заключить, что в нашей стране также планируется создание подобного рода акта. С другой стороны, согласно ст. 124, 1204 ГК РФ установлено, что участие Российской Федерации, а также субъектов Российской Федерации в гражданских отношениях осуществляется на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами. В принятом 30 декабря 1995 г. федеральном законе «О соглашениях о разделе продукции» впервые за всю историю существования советской и позднее российской государственности было закреплено положение о том, что в соглашениях, заключаемых Российской Федерацией с иностранными гражданами и иностранными юридическими лицами, может быть предусмотрен в соответствии с российским законодательством отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения (ст. 23).

В других странах Европы положения, относящиеся к иммунитету государства, содержатся либо в законах о международном частном праве, либо в общих гражданско-правовых актах. Например, венгерский Указ Президиума ВНР № 13 о международном частном праве 1979 г. устанавливает, что венгерскому суду или иному компетентному учреждению не подсудны иски к иностранному государству, иностранному органу государственной власти или государственному управлению, если они не отказались от иммунитета (ст. 56—57).

Закон Чехии (в прошлом действовавший в ЧССР) 1963 г. о международном частном праве и процессе определенным образом высказывается по проблеме иммунитета государства: «Юрисдикции чехословацких судов и нотариатов не

подлежат иностранные государства и лица, которые на основании международных договоров или иных правил международного права или специальных чехословацких правовых предписаний пользуются в Чехословацкой Социалистической Республике иммунитетом» (п.(1) § 47). Вместе с тем далее закон предусматривает изъятия из приведенного правила: «Однако юрисдикция чехословацкого суда налицо в тех случаях, когда предметом производства является недвижимое имущество государства и лиц, указанных в части 1, находящееся на территории ЧССР, или их права в отношении такого недвижимого имущества, принадлежащего другим лицам, а также права, вытекающие из правоотношений найма такого имущества, если предметом производства не является оплата за наем; предметом производства является наследство, в котором указанные в части 1 лица выступают вне своих официальных функций; предмет производства относится к выполнению профессии или осуществлению торговой деятельности лицами, указанными в части 1, вне их официальных функций» (пп.(а)—(в) § 47). Но подлинный смысл пониманию чехословацким законодателем иммунитета государства придает последний из подразделов § 47, исключительно в совокупности с которым должны трактоваться все предыдущие и который недвусмысленно утверждает, что иностранное государство и лица, указанные в части 1, подчиняются юрисдикции чехословацких судов и органов добровольно.

## **§ 2. Иммунитет государства. Виды иммунитета**

Принято различать следующие виды иммунитетов: 1) иммунитет от действия законодательства иностранного государства; 2) юрисдикционные иммунитеты: а) судебный иммунитет (иммунитет от предъявления иска в иностранном суде), б) иммунитет от предварительного обеспечения иска, в) иммунитет от принудительного исполнения судебного решения; 3) иммунитет государственной собственности.

### ***Иммунитет от действия законодательства иностранного государства.***

Данный вид иммунитета имманентен тем составным частям суверенитета, которые именуется независимостью и верховенством. Действительно, если государство независимо и обладает верховенством, то невозможно без его согласия подчинить его действия иному закону, кроме собственного. Действия государства определяются его внутренним правопорядком и нормами международного права, но никак не законами другого государства. Отсюда следует, что в гражданско-правовых отношениях государство подчиняется только собственному законодательству, если оно не согласилось на иное. Вследствие этого при заключении государством частноправовой сделки с иностранным физическим или юридическим лицом в случае, если стороны не определили применимое к их отношениям право (т.е. отсутствовала явно выраженная воля государства), договор будет регулироваться правом данного государства.

Государство может согласиться на применение к соответствующему гражданско-правовому договору с его участием иного правопорядка, нежели его собственный, однако такое согласие должно быть явно выраженным. При этом подразумевается, что автономия воли сторон в таких ситуациях должна трактоваться неограниченно. Гражданско-правовое обязательство суверена не может подпадать под действие иностранного закона, если государство не согласилось на выбор такого иностранного правопорядка. С согласия

государства в сделке (договоре) могут быть сформулированы изъятия из принципа иммунитета от подчинения иностранному законодательству. В то же время подобные исключения из общего правила не могут трактоваться расширительно, а должны реализовываться в строгом соответствии с оговорками, сделанными непосредственно в самом соглашении.

Некоторые авторы (например, С.И. Иванов) выделяют помимо всех названных иммунитетов еще и налоговый иммунитет. Однако представляется, что налоговый иммунитет и есть частное проявление реализации иммунитета от подчинения государства действию иностранных законов (в данном случае налогового законодательства).

Показательной в этом плане является судебная практика США.

В 1812 г. Верховный суд принял решение по делу «шхуны «Иксчейндж» (дело «The Schooner «Exchange» vs. McFaddon and others»). Суд отказал в решении по этому делу в иске американским гражданам, которые требовали восстановить их в правах собственности на эту шхуну, ранее реквизированную Францией и ставшую частью ее морского флота. Вынося решение, судья Маршалл заявил, что хотя все суверены обладают правами территориальной юрисдикции, они не распространяют действие этих прав на других суверенов. Долгое время это решение считалось руководящим для американских судов.

Постоянная палата международного правосудия в Гааге 12 июня 1929 г., разрешая дела о займах соответственно югославского и бразильского правительств («дела о сербских и бразильских займах»), размещенных среди французских граждан, признала, что вопрос о силе «золотой оговорки» по этим займам подчинен законам Югославии и Бразилии, а не французскому законодательству, ибо «к особенностям суверенного государства относится то, что оно не предполагается подчинившим существо и действительность своих обязательств иному закону, нежели своему собственному».

Таким образом, ни одно государство не может требовать от иностранного государства подчинения «чужому» законодательству. В силу этого при заключении международно-правовых договоров государства особо оговаривают подобного рода аспекты своих отношений.

Например, Соглашение между Правительством РФ и Правительством США о содействии капиталовложениям от 3 апреля 1992 г., определяя, что от имени Соединенных Штатов будет действовать специальный уполномоченный ими орган, именуемый «эмитентом», — Корпорация зарубежных частных инвестиций (ОПИК — Overseas Private Investments Corporation), устанавливает следующее: «Эмитент как некоммерческое агентство Правительства Соединенных Штатов Америки не будет подпадать под действие законодательства Российской Федерации, применяемого в отношении коммерческих организаций, занимающихся страховой или финансовой деятельностью» (п. (с) ст. 2).

**Юрисдикционные иммунитеты:** *судебный иммунитет (иммунитет от предъявления иска в иностранном суде); иммунитет от предварительного обеспечения иска; иммунитет от принудительного исполнения судебного решения*, Юрисдикционные иммунитеты в самом общем смысле понимаются как изъятие государства и его органов из-под юрисдикции другого государства, вследствие чего без согласия государства нельзя к нему предъявить иск в иностранном суде, наложить арест на его имущество в порядке

предварительного обеспечения иска или осуществить принудительные меры по исполнению решения суда другого государства. Все три приведенные подвиды иммунитетов иногда называют также судебными иммунитетами в широком смысле слова. Здесь необходимо заметить, что современные законы об иммунитете некоторых государств, хотя и устанавливают ограничение иммунитета, все-таки разделяют собственно юрисдикционный иммунитет (т.е. судебный иммунитет в узком смысле) и иммунитет от исполнительных мер. Скажем, в актах Австралии, Великобритании, Канады презюмируется, что согласие иностранного государства на подчинение местной юрисдикции не означает согласия с применением мер по предварительному обеспечению и принудительному исполнению судебного решения.

Иммунитет от предъявления иска принято именовать судебным иммунитетом в узком смысле слова. Иными словами, данная разновидность иммунитета означает прежде всего неподсудность государства иностранному суду. Каждое государство имеет право искать в суде, т.е. само предъявить требование в суде иностранного государства к физическому или юридическому лицу. Однако заявление иска к государству в иностранном суде, как правило, невозможно, если только само государство не согласилось на подчинение юрисдикции соответствующего государства. Подобное согласие может быть выражено индивидуальным актом, т.е. выдано специально применительно к данному случаю. Например, ст. 57 Закона Венгрии о международном частном праве устанавливает, что «венгерский суд или иной юрисдикционный орган вправе осуществить производство против иностранного государства либо его исполнительного, административного или иного органа или дипломатического представителя, обладающего иммунитетом, или иного лица, пользующегося иммунитетом от венгерской юрисдикции, если иностранное государство отказалось от иммунитета».

Такой отказ от иммунитета может быть также заявлен общим порядком, допустим, в двустороннем соглашении. Например, содержание некоторых положений вышеуказанного договора между Российской Федерацией и США позволяет сделать вывод о наличии возможностей для закрепления подобного отказа. В частности, в нем устанавливается следующее: «Если эмитент при осуществлении своих прав в качестве кредитора приобретет любые такие имущественные ценности или станет правопреемником в отношении любого права, включая право собственности, право на заявление претензии, преимущественное право или право на предъявление иска, Правительство Российской Федерации признает... такое приобретение или правопреемство» (п. (а) ст. 2). Иначе говоря, если эмитент получил от российского юридического лица право на иск, обращенный к государству, т.е. Российской Федерации, то в силу договорных предписаний Правительство РФ должно признать предъявление к себе такого требования и в судебном порядке.

Выше указывалось на некоторые специфические особенности консульских и дипломатических иммунитетов. Проявление их имеет место также и в случаях отказа от иммунитета. Например, в консульских конвенциях подчеркивается, что «представляемое государство может отказаться от любых привилегий и иммунитетов работников консульского учреждения или членов их семей...». Однако такой отказ всегда должен быть определенно выраженным и о нем должно быть сообщено государству пребывания в письменной форме (ст. 21 Консульской конвенции, подписанной 18 марта 1992 г., между Российской Федерацией и Республикой Корея).

Нормы об обязательном согласии государства на отказ от иммунитета от

предъявления к нему иска в иностранном суде распространяются и на встречные иски. Иными словами, нельзя в судебном учреждении иностранного государства предъявить против государства требование в порядке встречного искового производства без его согласия, даже если первоначальный иск и был заявлен в данном суде этим последним.

Иначе выглядят соответствующие правила в ситуациях отказа от консульского иммунитета. В частности, консульские конвенции могут предусмотреть противоположный подход. Так, в вышеупомянутой российско-корейской Консульской конвенции устанавливаются следующие предписания: «Возбуждение консульским должностным лицом или консульским служащим дела в том случае, когда он мог бы воспользоваться иммунитетом от юрисдикции государства пребывания, лишает его права ссылаться на иммунитет от юрисдикции в отношении какого бы то ни было встречного иска, непосредственно связанного с основным иском» (ст. 21). В то же время отказ от иммунитета от юрисдикции в отношении гражданского или административного дела не означает отказа от иммунитета от исполнительных действий, являющихся результатом судебного решения. В отношении таких действий необходим отдельный отказ.

Правило о непредъявлении иска в суде к иностранному государству распространяется на все категории исков, будь то иски, заявляемые непосредственно государству — *in personam* (так называемые прямые иски), или косвенные иски (*in rem*), когда требование связано, например, с имуществом, принадлежащим государству. Типичным примером в этом плане являются требования по поводу государственных морских или воздушных судов.

Основное содержание судебных иммунитетов может быть сформулировано следующим образом: во-первых, ни одно государство не может быть принуждено ни другим государством, ни каким-либо иным лицом быть ответчиком в иностранном суде; во-вторых, совершение государством каких-либо действий на территории другого государства с его согласия не означает автоматического подчинения юрисдикции судов последнего по делам, обусловленным такими действиями или деятельностью; в-третьих, подсудность иностранного государства местным судам может иметь место только при прямом согласии на это соответствующего государства; в-четвертых, прямо выраженное согласие на рассмотрение требования, заявленного против государства в судебном учреждении другого государства, не ведет к автоматическому его согласию на предварительное обеспечение иска или на принудительное исполнение судебного решения, если таковое будет вынесено не в пользу государства.

Все изложенное отнюдь не означает, что государство не может выступить в иностранном суде в качестве истца. Вместе с тем судебный иммунитет предполагает, что в подобного рода ситуациях, когда государство само предъявило требование в судебном учреждении иностранного государства, оно обладает тем не менее иммунитетом в отношении встречного иска, что является отражением общего подхода к явлению иммунитета.

Суды различных стран, сталкиваясь с вопросом об иммунитете государства, руководствуются национально-правовыми предписаниями в отношении порядка его рассмотрения, которые весьма разнятся. В США на основании § 1602 Закона 1976 г., если предъявляется иск к государству или осуществляется наложение ареста на его имущество, «решения в отношении требования иностранных государств об иммунитете должны выноситься судами



Соединенных Штатов Америки». Помимо этого, п. (с) § 1330 устанавливает, что для целей закона «факт появления иностранного государства в суде не означает признания юрисдикции *in personam* по любому иску о предоставлении средств судебной защиты, если он не вытекает из сделки или иных действий, указанных в §§ 1605—1607 Закона». Сделки же, перечисленные в приведенных разделах, относятся к категории коммерческой деятельности, что означает непризнание иммунитета государства. В свете этого суд рассматривает фактическую сторону дела, которую составляют действия государства, их природу и цели, после чего выносит решение, подпадают ли они под категорию *jure imperii*.

В подобных условиях данные положения можно толковать только так, что явка государства (его представителей) в суд будет восприниматься последним как признание юрисдикции американского суда. Наряду с этим иностранное правительство вправе по дипломатическим каналам обратиться в Государственный департамент с ходатайством о признании иммунитета. Представители последнего делают необходимое заявление в суде. Иногда министерство юстиции и Государственный департамент, поддерживая ходатайство, могут совместно представить в суд заявление о заинтересованности Соединенных Штатов в благоприятном для иностранной стороны (государства) направлении конкретного дела (ст. 517 Свода законов США и ст. 29 Федеральных правил апелляционного производства). Вопрос о том, обладает ли иностранное государство иммунитетом, решается, как отмечалось, самим судом на основании Закона 1976 г. об иммунитете иностранных государств.

Так, при рассмотрении дела о «царских долгах» в Нью-Йоркском федеральном окружном суде США и далее на стадиях апелляционного процесса в 1986 — 1987 гг. генеральный атторней и представители Госдепартамента поддержали вступление СССР в процесс в порядке «специального обращения» (*special appearance*) и представили «Заявление об интересе США в благоприятном для СССР направлении дела» («*Statement of Interest of the United States*»). Несмотря на то, что подобные ходатайства не имеют обязательной силы для суда, тем не менее последний к ним прислушивается и учитывает их при вынесении решения.

В английском суде ссылка иностранного государства на иммунитет должна быть осуществлена собственно представителями этого государства. В отдельных случаях у суда могут возникнуть сомнения в отношении суверенного статуса государства, вследствие чего он вправе обратиться за соответствующими разъяснениями в Министерство иностранных дел. Если последнее подтверждает действительность суверенного статуса данного государства, полученная справка является для суда императивной. В Законе Великобритании 1978 г. об иммунитете установлено исключение из общего правила о явке в суд, согласно которому, если государству для доказывания своего иммунитета необходимо предстать перед судом, этот факт не рассматривается как отказ от иммунитета, если только оно не предприняло иных мер.

В странах континентальной системы права, прежде всего во Франции, заявление о неподсудности либо недопустимости наложения ареста на имущество иностранного государства обеспечивается его представителями.

Например, при подготовке к рассмотрению в суде первой инстанции (*Cour de la grande instance*) Парижа в 1993 г. иска Ирины Щукиной к Российской Федерации, обусловленного требованиями истицы к музеям России и Франции по поводу картин из коллекции

русского мецената С.И. Щукина, Посольство РФ во Франции от имени Министерства иностранных дел России направило французскому Министерству иностранных дел ноту, в которой имелась ссылка на международно-правовую основу иммунитета Российской Федерации, в силу которого государство не может быть привлечено к суду без его согласия. В ходе же слушаний должностные лица Посольства РФ во Франции приняли конструктивное участие. При этом в ноте Министерства иностранных дел РФ подчеркивалось, что назначение Российским государством французского адвоката и появление в суде представителей посольства никоим образом не означает его согласия на подчинение данного спора юрисдикции французского суда. Российские авторы, освещавшие данный процесс в юридической литературе, особо подчеркивали важность явки представителей Российского государства в суд.

Не подвергая сомнению в целом тактику проведения защиты по данному делу, следует тем не менее высказать одно важное соображение. Явка в суд — процессуальное действие, имеющее далеко не всегда одинаковое значение и совпадающие в юридическом отношении последствия применительно к практике судов всех стран мира. Гиперболизация проявления в этом уважения к судебному учреждению и недооценка связанных с этим в ряде случаев последствий может обернуться непоправимыми результатами негативного характера. В целом правовые последствия явки в английский или американский суд далеко не идентичны явке, как было показано выше на конкретных примерах исков в связи с картинами из коллекции Щукина, во французский суд.

В Германии для совершения процессуальных действий против иностранного государства требуется предварительное согласие правительства. В других странах, как правило, органы исполнительной власти занимают активную позицию в процессе рассмотрения судебного дела с участием иностранного государства в связи с его ссылкой на иммунитет: делают заявления о наличии или отсутствии дипломатических сношений, о признании или непризнании правительства и т.п. Например, в Аргентине никакое разбирательство в аргентинском суде не может быть возбуждено против иностранного государства до того, как Министерство иностранных дел Аргентины не осуществит через дипломатические каналы запрос о согласии государства на подчинение юрисдикции аргентинского суда. В то же время указанная процедура не будет применяться, если речь идет о странах, которые допускают в отношении Аргентины ограничение иммунитета. Следовательно, будет иметь место реторсия. В этом случае решение также принимается компетентными органами исполнительной власти.

***Иммунитет государственной собственности.*** Понятно, что такие юрисдикционные иммунитеты, как предварительное обеспечение иска и принудительное исполнение иностранного судебного решения возможны только с помощью использования иммунитета государственной собственности. Следовательно, последний является средством реализации указанных двух разновидностей иммунитета. Юридическим содержанием иммунитета собственности иностранного государства является в конечном итоге запрещение обращения взыскания и принудительного изъятия имущества, принадлежащего государству, находящегося как непосредственно в руках его органов и представителей, так и в руках третьих лиц. Применительно, скажем, к практике бывшего Советского Союза и нынешней России это лица,

осуществляющие право оперативного управления (хозяйственного ведения) собственностью государства.

В связи с распадом Советского Союза огромную значимость приобрели вопросы статуса собственности бывшего СССР, расположенной за рубежом, а значит, и вопросы иммунитета государственной собственности и правового положения государства в вещных отношениях в целом.

Фактическое содержание, значение и роль иммунитета того или иного вида не одинаковы. Особенно характерны эти различия, если речь идет о правовых последствиях непризнания иммунитета государств. Так, предварительное обеспечение иска, осуществленное вразрез признанию иммунитета, тем не менее может составить временную меру. Впоследствии, после либо успешного отстаивания государством ссылки на иммунитет, либо отказа в иске истцу, обеспечение может быть снято. Взыскание же, обращенное на имущество государства в порядке принудительного исполнения судебного решения, направлено на изъятие собственности. Данные вопросы приобретают чрезвычайную актуальность сегодня, когда спорадически возникает угроза государственного дефолта в связи с возможностью неуплаты Российской Федерацией долгов по ГКО и ФКО, замороженных после 17 августа 1998 г., а также осуществления расчетов в рамках ликвидации задолженности по займам МВФ, кредиторам Лондонского и Парижского клубов, так как объявление дефолта автоматически вызовет шквал обращений взысканий кредиторов на имущество Российской Федерации (недвижимость, счета в банках, морские и воздушные суда и т.д.), находящееся за рубежом.

В упомянутом выше случае заявления во французский суд иска И. Щукиной наряду с виндикационными требованиями (истребованием вещи из рук ненадлежащего владельца и возврата их собственнику) предъявлялись и притязания обеспечительного порядка — наложение ареста на картины и каталоги выставки полотен художников-импрессионистов и А. Матисса, проходившей в Центре Помпиду. Исковые требования обосновывались тем, что право собственности Российского государства на картины не может быть признано во Франции, поскольку Декрет о национализации, узаконивший безвозмездное изъятие картин у собственника в пользу государства, противоречит французскому публичному порядку. Из этого следует, что собственником картин является Ирина Щукина как единственная оставшаяся к тому времени в живых наследница (дочь) С.И. Щукина. Напомним, что в 1954 г. во Франции слушалось первое дело по признанию права собственности и наложению предварительного ареста на картины Пикассо из той же коллекции С.И. Щукина его первой дочери — Екатерины, по которому был вынесен отказ. И в том, прошлом, и в настоящем случае отказы были мотивированы тем, что французский публичный порядок в рассматриваемых ситуациях не задет в такой мере, чтобы требовалось принятие срочных мер, что эти картины были приобретены много лет тому назад иностранным сувереном от его собственных граждан, на его собственной территории и в соответствии с законами страны. В решении от 16 июня 1993 г. содержится констатация, что картины были национализированы декретом 1918 г. и что оба российских музея представляют собой учреждения публично-правового характера.

Проблема иммунитета государственной собственности особенно широко обсуждалась в постреволюционный период, когда в суды западных стран широкой волной пошли обращения физических и юридических лиц по поводу национализированного в Советской России (Советском Союзе), а также и за рубежом имущества бывших собственников, оказавшихся на территории этих государств. В подобного рода делах основным вопросом стояло признание (или непризнание) буржуазными государствами советских декретов о национализации. При этом, судебная практика в ряде случаев в некоторых странах испытала на себе воздействие политических тенденций и факторов и в силу этого характеризовалась известной неустойчивостью.

Так, в английском решении от 12 мая 1921 г. (дело Лютера — Сегора), которое считалось «руководящим» при рассмотрении «советских дел», были сформулированы основные идеи следующего содержания: если государство объявляет некую вещь своей собственностью, то английский суд не вправе входить в рассмотрение вопроса об основаниях приобретения последним права собственности. В споре *Vevasseur vs. Krupp*, в свою очередь составившем прецедент (*leading case*) для последующего разрешения дел с участием собственности советского государства, признания декретов о национализации и т.д., фигурировали снаряды, привезенные в Англию и изготовленные путем контрафакции, вопреки английскому охранному свидетельству. Однако поскольку микадо Японии потребовал этот товар как составляющий собственность его государства, то суд освободил его для возврата этому государству без расследования вопроса о том, имелась ли контрафакция вопреки английскому охранному свидетельству... Соответственно этому в решении 1921 г. указано: «Если Красин (в рассматриваемый период торгпред России в Англии. — Л.А.) привез товары в Англию от имени своего правительства и объявил, что они принадлежат российскому правительству, то ни один английский суд не может проверять такое заявление. Подобное расследование противоречило бы международной вежливости между независимыми суверенными государствами». Аналогично этому в другом английском решении 1924 г., по делу, касающемуся советского парохода «Юпитер», суд постановил: «Когда вопрос ставится об английской юрисдикции в отношении имущества, расположенных в Англии, заявление иностранного суверена о том, что это имущество принадлежит ему, должно быть признано достаточным, поскольку, чтобы проверить правильность этого заявления, надо было бы нарушить тем самым иммунитет иностранного суверена».

В то же время в известном французском решении по делу РОПИТ («Российское общество пароходных компаний и торговли») суд исходил из иных воззрений, а именно: коллизийная норма Кодекса Наполеона (ст. 6) отсылает по вопросам возникновения права собственности к советскому закону, который, однако, не может быть применен ввиду его противоречия французскому публичному порядку, возводящему право частной собственности в ранг священных и неприкосновенных основ существующего во Франции правопорядка.

Решения же французских судов, вынесенные после Второй мировой войны в отношении национализации, проведенной в Алжире, демонстрировали изменение позиций в этом вопросе судебной практики Франции, так как ставили во главу угла невозможность нарушения национализацией французского публичного порядка ввиду того, что она не касалась французских граждан и проводилась в пределах иностранной юрисдикции.

В течение более чем десятилетия Комиссией международного права ООН разрабатывался проект статей Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государства и его собственности. В 1991 г. Комиссия постановила на своем заседании созвать международную конференцию для рассмотрения проекта и заключения Конвенции. Комиссия исходила из предлагаемого содержания ряда понятий, используемых в связи с иммунитетом государств. Например, под «государством» понимаются составные части федеративного государства, различные органы управления, учреждения или институты государства, правомочные предпринимать действия в осуществление суверенной власти, и т.д.; «коммерческой сделкой» именуется любой коммерческий контракт (или сделка), представляющий собой отдельный его (или ее) вид: продажа товаров, предоставление услуг, займ или иная сделка финансового характера, включая любое обязательство по гарантии или возмещению; любой иной контракт или сделка коммерческого, промышленного, торгового или профессионального характера, за исключением трудового договора.

### **§ 3. Основные доктрины иммунитета государства и их содержание**

*Теория абсолютного иммунитета.* Данная теория является исторически первой, отражающей суть иммунитета наиболее полно и безусловно, что подробно было показано выше. Отечественное законодательство и международная практика нашего государства традиционно исходили из признания абсолютного иммунитета государства.

Еще задолго до принятия Основ гражданского судопроизводства СССР 1961 г. постановление ЦИК и СНК СССР от 14 июля 1929 г. «О порядке наложения ареста и обращения взыскания на имущество, принадлежащее иностранному государству» устанавливало, что такие меры могут быть произведены лишь с предварительного в каждом отдельном случае разрешения Совета Народных Комиссаров (ст. 1). Эти правила действовали с учетом принципа взаимности. В дальнейшем нормы, закрепляющие абсолютный иммунитет, расширили сферу охвата (ст. 61 Основ гражданского судопроизводства).

Действующим правом Российской Федерации иммунитет иностранного государства предусматривается в ГПК РСФСР 1964 г. (с многочисленными изменениями и дополнениями, включая изменения от 26 ноября 1996 г., 17 марта 1997 г. и др.), АПК РФ 1995 г., других федеральных законах и актах. В частности, в ст. 435 ГПК указывается, что «предъявление иска к иностранному государству, обеспечение иска и обращение взыскания на имущество иностранного государства могут быть допущены только лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства». Часть 3 ст. 435 ГПК представляет собой важный инструмент, позволяющий практически использовать содержащиеся в рассматриваемом акте положения, относящиеся к иммунитету государств. В соответствии со ст. 61 Основ гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик «в тех случаях, когда в

иностранном государстве не обеспечивается советскому государству, его имуществу или представителям советского государства такая же судебная неприкосновенность, какая, согласно настоящей статье, обеспечивается иностранным государствам, их имуществу или представителям иностранного государства в СССР, Советом Министров СССР или иным правомочным органом может быть предписано в отношении этого государства, его имущества или представителя этого государства применение ответных мероприятий».

Развернутое регулирование, относящееся к иммунитету иностранного государства, содержится в АПК РФ. Будучи актом, принятым в период, когда Российская Федерация стала самостоятельным субъектом международного права, проводящим суверенную политику в законотворчестве, он мог вместить в себя опыт предшествующего регулирования, а также учесть новейшие его тенденции. Представляется, что формулировки АПК, касающиеся иммунитета, характеризуются большей подробностью и четкостью. Предъявление в арбитражном суде иска к иностранному государству, привлечение его в качестве третьего лица к участию в деле, наложение ареста на имущество, принадлежащее иностранному государству и находящееся на территории РФ, и принятие к нему других мер по обеспечению иска и обращению взыскания на это имущество в порядке принудительного исполнения решения арбитражного суда допускаются лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства, если иное не предусмотрено федеральными законами или международными договорами РФ (ст. 213 АПК РФ).

Упоминание о международных договорах в данном случае немаловажно, ибо известно, что именно в них может содержаться санкционированное отклонение от тех общих предписаний, которые имеются во внутреннем праве государств. Так, в пока еще сохраняющем свое действие Положении 1989 г. о торговых представительствах СССР за границей установлено, что торговые представительства могут выступать в качестве ответчиков в судах по спорам, вытекающим из сделок и иных юридических актов, совершенных представительствами в странах пребывания, в отношении которых государство в международных договорах или путем одностороннего заявления, доведенного до сведения компетентных органов страны пребывания, выразило согласие на подчинение торгового представительства суду страны пребывания по указанным спорам. Это означает, что торгпредства, будучи органами внешних сношений, выступают ответчиками в иностранных судебных учреждениях не во всех случаях, а только в рамках спорных отношений по сделкам, заключенным ими в странах пребывания, и лишь в соответствующих инстанциях последних.

Например, в торговых договорах СССР с Италией 1948 г., Австрией 1955 г. содержались подобные нормы, в силу которых советское государство соглашалось на юрисдикцию местных судов по спорам, вытекающим из сделок, заключенных торгпредствами с национальными субъектами права страны пребывания, к тому же на территории страны пребывания. В нынешней практике, когда количество сделок, заключаемых непосредственно государством (торгпредствами или другими его органами), в частности Российской Федерации, резко сократилось, а наибольший удельный вес в имущественных отношениях с участием государства составляют иностранные инвестиции, международные договоры включают соответствующие положения, направленные на преодоление «тупиковых ситуаций» и беспрепятственное разрешение споров, если таковые возникнут с участием государства или его органов. Альтернативой отказу государства от иммунитета выступает в подобных соглашениях передача спора на рассмотрение третейскому суду,

преимущественно «ad hoc», действующему согласно Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ или подчиняющемуся иным предписаниям.

**Теория функционального иммунитета.** Государство, участвуя в международных гражданско-правовых отношениях, не утрачивает своих качеств суверена. Однако именно это утверждение с 20—30-х гг. XX столетия начинает подвергаться сомнению. В 1925 г. итальянский Кассационный суд по иску фирмы «Тезини и Мальвецци» к торгпредству СССР признал, что иностранное государство в принципе изъято из-под юрисдикции итальянских судов. Одновременно он предположил, что государство может отказаться от своего иммунитета как в явной форме (*espressamente*), так и молчаливо. По мнению суда, молчаливый отказ от иммунитета государства может проявиться в самом факте осуществления на территории Италии деятельности, которую вправе вести любое частное лицо, — торговой или промышленной. В подобном случае у государства якобы отсутствует иммунитет. На базе такой презумпции суд должен каждый раз особо решать вопрос, является ли акт государства действием, совершенным в порядке управления, или актом хозяйственной деятельности. Разумеется, сама постановка вопроса о предоставлении возможности иностранному суду углубляться в детали и давать такую квалификацию несовместима с началами независимости и суверенитета государства.

Изложенное составляет суть теории функционального иммунитета государства. Ее разновидностью выступает теория *торгующего государства*. Основным постулатом этих теорий служит тезис о якобы чрезвычайном характере функции государства заниматься частноправовой деятельностью, которая выходит за рамки того, что обычно свойственно государству как таковому. В совокупности *и в противопоставление* теории абсолютного иммунитета данные концепции в литературе иногда характеризуются как доктрины *ограниченного иммунитета*.

Как видно, данные теории исходят из разграничения выступления государства в качестве публично-правового субъекта и лица, осуществляющего частноправовые действия, сходные с тем, что может совершить любое иное лицо в гражданском обороте, — действия *jure imperii* и *jure gestionis*. В то же время даже западные авторы (например, голландский ученый А. Томмен) признаются, что провести подобное разграничение достаточно затруднительно вследствие отсутствия необходимого критерия. Так, суд во Франции признает, что использование государством судна в целях перевозки грузов есть коммерческая деятельность, а суд в другой стране (Швеции) полагает, что такое судно занимается деятельностью некоммерческого характера и квалифицирует перевозку как публично-правовой акт, влекущий за собой предоставление иммунитета.

Оценивая этапы развития рассматриваемых теорий, следует отметить, что впервые доктрина, противопоставленная абсолютному иммунитету, была зафиксирована в проекте регламента Института международного права в 1891 г. Затем ее реанимирование произошло в 20—30-х гг. при рассмотрении дел с участием советского государства и его собственности. В этот период была заключена Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил, относящихся к иммунитету государственных судов, 1926 г. Она долгое время (вплоть до 1937 г.) не вступала в силу и не собрала большого числа участников. Ни СССР не был, ни Российская Федерация не является ее членом. Стремления правящих кругов ряда государств подчинить государственные суда режиму, аналогичному тому, который установлен для частных морских судов, с

подписанием данной Конвенции увенчались успехом. Основные положения Конвенции заключаются в следующем: «Суда вместе с их грузом, состоящие в собственности правительств или арендованные правительством и служащие для торговых целей, подчиняются в мирное время общему морскому праву и не должны пользоваться иммунитетом». Конвенция допускает арест и обращение взыскания на иностранные государственные суда и грузы, перевозимые ими. Однако эти положения не распространяются на военные, патрульные, санитарные суда, а также суда правительственных служб. Подписанный 24 мая 1934 г. Дополнительный протокол к Брюссельской конвенции предоставил иммунитет судам, зафрахтованным государством на определенное время или рейс, при условии, что судно используется только для целей правительственной или неторговой службы.

В современных условиях, когда действует и вступила в силу (для Российской Федерации — с 11 апреля 1997 г.) Конвенция ООН по морскому праву 1982 г., «общее морское право» в данном вопросе составляет регулирование, содержащееся в ее ст. 95 и 96, согласно которым полным иммунитетом от юрисдикции какого бы то ни было государства, кроме государства флага, пользуются в открытом море военные корабли, а также суда, принадлежащие государству или эксплуатируемые им и состоящие только на некоммерческой государственной службе.

Наконец, в 70—80-х гг. с принятием рядом государств специальных законодательных актов, посвященных иммунитету и закрепляющих ограничение иммунитета иностранного государства, наступает третий этап в развитии теорий, сутью которых является отход от абсолютного иммунитета в пользу других конструкций, определяющих его содержание. Укрепление теории ограниченного иммунитета в практическом плане связывают прежде всего с Европейской конвенцией, заключенной 16 мая 1972 г. в Базеле. В ее преамбуле сказано, что, во-первых, она должна служить целям более тесного единения государств—членов Сообщества, а во-вторых, государства-участники учитывают проявляющуюся в международном праве тенденцию *ограничения* случаев, когда государство может ссылаться на иммунитет в иностранном суде.

В Европейской конвенции 1972 г. непосредственно установлены подобного рода случаи, когда ссылки на иммунитет не допускаются: помимо фактов общего значения, когда государство само отказалось от иммунитета, обстоятельства предъявления иска со стороны государства в иностранном суде лишают его права на признание иммунитета; иммунитет не признается, если спор возник по трудовому контракту, в связи с отношениями по поводу недвижимости, требованиями возмещения ущерба, охраны промышленной собственности, а также в связи с деятельностью *jure gestionis*, осуществляемой агентством государства или его бюро в стране суда. Таким образом, Конвенция исходит из территориального начала в определении характера деятельности (т.е. ее связи с территорией конкретного государства), которая является предметом квалификации для суда при предоставлении иммунитета или, напротив, непризнании иммунитета государства.

Конвенция допускает неприменение иммунитета прежде всего в зависимости от характера действий государства, если они представляют деятельность не публично-правовую, а частноправовую. В связи с этим следует подчеркнуть широту трактовки Конвенцией природы действий государств, оперирующей именно понятием «частноправового характера», а не просто «коммерческого», как это имеет место, например, в национальных актах ряда государств, воспринявших идеологию Конвенции (законы США, Великобритании). Кроме



того, Конвенция ограничивает непризнание иммунитета лишь некоторыми их видами. В то же время, согласно ст. 17 Конвенции, не допускается применение обеспечительных мер, в силу чего можно сделать вывод, что иммунитет от предварительного обеспечения иска признается ею безоговорочно.

Несмотря на то, что именно Европейская конвенция 1972 г. послужила стартом для принятия государствами специальных законов об иммунитете государств, воспринявших конвенционные положения, было бы ошибкой утверждать тождественность юридической сущности подходов, используемых в национальном и международно-правовом правотворчестве. В большинстве случаев во внутригосударственных актах иммунитет иностранного государства от местной юрисдикции все же предполагается, он существует как основа в силу общей нормы, ограничения же считаются исключением из правила. Конвенция, наоборот, исходит из презумпции, что иммунитет сопутствует государству не всегда, а в строго определенных случаях, за рамками которых он не признается. Данный подход прослеживается не только в содержании конвенционных положений, но и композиционно: сперва в ней перечисляются основания рассмотрения в судах договаривающихся сторон гражданских дел в отношении иностранного государства, а затем указываются случаи применения иммунитета.

Вследствие этого, думается, правильнее говорить об ограниченном иммунитете именно применительно к его конструкциям и содержанию, выраженным в Европейской конвенции 1972 г. Теория ограниченного иммунитета находит в настоящее время достаточно большое распространение. В странах, не имеющих специального законодательства по данному вопросу, она применяется в судебной практике при конкретном разрешении дел, касающихся иммунитета государств. Материалы, полученные Генеральным секретарем ООН в ответ на разосланный 18 января 1979 г. в рамках Организации циркуляр с просьбой представить данные по состоянию существующей в этом отношении в государствах практики, подтвердили, что концепциям ограниченного иммунитета следуют Барбадос, Дания, Греция, Норвегия, Суринам, Финляндия, ФРГ, а Австрия, Бельгия, Италия, Франция, Швейцария также в известной степени разделяют ее при рассмотрении дел судами.

#### **§ 4. Тенденции развития правового регулирования иммунитета государства**

В современных условиях, как было отмечено, регламентация вопросов, связанных с иммунитетом государства, развивается в направлении разработки и создания отдельных нормативных актов, закрепляющих к тому же в ряде стран отход от теории абсолютного иммунитета и явную склонность в пользу «функционального» или ограниченного иммунитета. В данный период, когда у нас отсутствует специальный закон, соответствующие ориентиры, которых будет придерживаться Россия, во многом остаются неточными, хотя некоторые признаки «новых веяний» можно заметить и сейчас.

Ранее говорилось, что практика СССР, а затем и Российской Федерации традиционно стояла на позициях защиты теории абсолютного иммунитета. Наряду с этим в новейших актах законодательства можно встретить положения, содержание которых хотя и не напрямую, но достаточно заметно отразило перемещение акцентов в мировой тенденции правового регулирования

отношений, связанных с иммунитетом иностранного государства. Так, в федеральном законе «О соглашениях о разделе продукции» от 30 декабря 1995 г. (в ред. Федеральных законов от 7 января 1999 г. № 19-ФЗ, от 18 июня 2001 г. № 75-ФЗ) не подразумевается, а отчетливо выраженным образом устанавливается возможность отказа нашего государства от всего спектра иммунитетов: «В соглашениях, заключаемых с иностранными гражданами и иностранными юридическими лицами, может быть предусмотрен в соответствии с законодательством Российской Федерации отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного и (или) арбитражного решения» (ст. 23). При этом сохраняется приоритетное действие норм международных договоров, заключенных Российской Федерацией, если ими установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены федеральным законом (ст. 24).

Помимо этого обращает на себя внимание регулирование, предлагаемое в части третьей ГК РФ. В ст. 1204, озаглавленной «Участие государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом», говорится: «К гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства правила настоящего раздела применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом». Аналогичные предписания по затронутому вопросу содержатся и в Модельном гражданском кодексе стран СНГ (ст. 1214). Это может означать только то, что государство не претендует на принципиально иной статус в отношениях частноправового характера, как это было раньше. Ранее в проекте ГК РФ имелось конкретизирующее положение: «Правила настоящей статьи применяются к сделкам, которые государство совершает или с которыми оно связано иным образом, чем при осуществлении суверенных функций. При определении характера сделки принимается во внимание правовая природа сделки и учитывается ее цель». Несомненно, в данной формулировке вызывает безусловную критику противопоставление категорий совершения сделок и осуществления «суверенных функций», поскольку государство ни при каких обстоятельствах не утрачивает своей суверенности.

Все вышеизложенное, включая конвенционное регулирование и национально-правовые акты некоторых государств, а также ряд крупных гражданско-правовых процессов, прошедших в последние 10—15 лет в странах Запада по искам иностранных физических и юридических лиц к СССР и Российской Федерации, позволяет поставить сегодня задачу более тщательного осмысления принципов регулирования, которое предстоит разработать Российской Федерации в вопросе иммунитета.

В частности, развитие событий в рамках «дела о царских долгах», слушавшегося в федеральном районном суде г. Нью-Йорка в США по коллективному иску физических лиц—держателей облигаций и бондов, выпущенных царским правительством в 1916 г., о взыскании задолженности по основному долгу и процентам, несмотря на многолетние (с 1982 по 1986 г.) попытки СССР в лице МИД доказать неподсудность советского государства американскому суду, вынудило правительство Советского Союза нанять американских адвокатов и в конце концов явиться в суд. Хотя это и было представлено в форме «специального обращения в суд», последствия явки и непризнания иммунитета могли быть равными, а возможно, и более серьезными, чем при неявке.

Вопрос о том, обладает ли данное государство в конкретном случае иммунитетом, решается судом на основе установления, является ли деяние

подпадающим под суверенную либо коммерческую деятельность. В результате такого рассмотрения суд определяет, обладает ли он в таком случае юрисдикцией или нет. При этом доказательство своей «суверенности» государство должно представить непосредственно, путем явки в суд, во всех случаях предъявления к нему иска, пусть даже и лишено оснований, в порядке «специального обращения».

Разрешение спора, касавшегося полотен из коллекции С.И. Щукина во французском суде, также вскрыло уязвимость в современных условиях теории абсолютного иммунитета. При внимательном знакомстве с материалами дела трудно игнорировать основной аргумент в позиции защиты ответчиков — российских музеев и Российской Федерации, который сводился к тому, что оба музея выполняют публично-правовую функцию, осуществляют хранение картин, входящих в федеральную государственную собственность; что организация выставок за рубежом является публично-правовой функцией государства и не преследует каких-либо коммерческих целей, а их проведение не направлено на извлечение доходов Российским государством. Следовательно, вся конструкция была рассчитана на то, что вопрос об иммунитете Российской Федерации встанет прежде всего в плоскости функционального иммунитета.

Таким образом, мнения российских авторов, высказывавшихся в пользу ревизии принципа абсолютного иммунитета государства в современных условиях могут считаться небесспорными.

#### **Контрольные вопросы:**

1. Каковы особенности правового положения государства в гражданско-правовых сделках международного характера?
2. В чем состоит юридическое содержание понятия иммунитета?
3. Каковы виды иммунитетов?
4. Какие существуют основные доктрины иммунитета государства и их содержание?
5. Какими правовыми средствами осуществляется в современной практике регулирование иммунитета государств?
6. Каковы перспективы и тенденции развития правового регулирования иммунитета государства?

### **Глава 17. Правовое положение международных организаций**

**Литература:** *Богуславский М.М.* Международное экономическое право. М., 1986. С. 134—176; *Нешатаева Т.Н.* Мировой банк и Международный валютный фонд: правовая идея и реальность// Московский журнал международного права. 1993. № 2. С. 82—100; *Вельяминов Г.Н.* Основы международного экономического права. М., 1994; *Шамсиев Х.Р.* Лондонский и Парижский финансовые клубы//Московский журнал международного права. 1998. № 3. С. 230—234.

Рассматривая вопрос о правовом статусе международных (межправительственных, межгосударственных прежде всего) организаций в МЧП, следует подчеркнуть, что конструкция международно-правового договора как основы деятельности так называемых «международных

юридических лиц» весьма характерна именно для международных институций, поскольку они создаются подобным образом и являются органами сотрудничества государств или его координации. Международно-правовое соглашение конституирует учредительный акт международной организации, которая существует и действует в области международного публичного права. Вместе с тем международная организация не может осуществлять свою международно-правовую деятельность без того, чтобы не быть субъектом хозяйственного оборота, — она должна получать от государства пребывания и находящихся под его суверенитетом субъектов услуги связи, энергоснабжения, пользоваться почтовыми, телеграфными, телефонными, железнодорожными, космическими и прочими объектами и предприятиями, равно как и многими другими благами и структурами в своей повседневной жизни.

Для того чтобы существовать реально в гражданско-правовых отношениях, международные организации должны стать имманентно включенными в рассматриваемую хозяйственную, правовую, административную и т.д. систему в качестве составной единицы, ибо вне связей с какой-либо национальной правовой системой конкретного государства ни одно образование существовать не может. Надлежащей формой подобного существования в юридическом и экономическом плане выступает, как известно, институт юридического лица. Его образование санкционируется соответствующим правопорядком. Например, ООН — юридическое лицо штата Нью-Йорк (США), ЮНЕСКО — французское юридическое лицо, МОТ, ВОЗ, Международный союз электросвязи, Международный почтовый союз и др. — юридические лица кантона Женева Швейцарской Конфедерации, МВФ — юридическое лицо федерального округа Колумбия (США), МАГАТЭ — австрийские юридические лица и т.д.

Указанные образования, равно как и любые другие юридические лица, должны обладать гражданской правосубъектностью, чтобы защищать в судах и иных учреждениях свои права или связанных с ними третьих лиц, быть истцами и ответчиками, а также иметь возможность требовать исполнения судебных и арбитражных решений в стране пребывания и в других государствах. Они должны располагать правомочием приобретать и иметь в собственности имущество, пользоваться им в целях выполнения задач как уставной, так и иной разрешенной законом страны местонахождения деятельности, распоряжаться им и быть участниками хозяйственного оборота — внутреннего и внешнего (международного).

Как правило, международные организации обладают статусом национального юридического лица страны своего местопребывания без каких-либо изъятий, ограничений в ту или иную сторону (скажем, привилегий и льгот). Вместе с тем, когда имеется в виду предоставить тому или иному юридическому лицу подобного рода исключительный режим, между государством пребывания и международной организацией может быть заключен соответствующий международный договор. Например, на основании ст. 2002 Договора о создании Североамериканской зоны свободной торговли (САДСТ) штаб-квартира организации — Секретариат находится в г. Торонто (Канада). В силу этого, участвуя в гражданском обороте для целей выполнения задач уставной деятельности, эта международная организация является юридическим лицом канадского права.

Другой пример. Странами-членами Содружества Независимых Государств была создана международная кредитно-финансовая организация — Межгосударственный банк. Согласно международно-правовому договору об учреждении Банка местом пребывания его стал город Москва (Российская

Федерация). Вследствие этого 30 июля 1996 г. Межгосударственным банком и Правительством РФ было подписано Соглашение об условиях пребывания Межгосударственного банка на территории РФ.

В Соглашении, в частности, указывается, что Банк пользуется правами юридического лица на территории России, правомочен заключать международные и другие соглашения, приобретать, арендовать, отчуждать движимое и недвижимое имущество и распоряжаться им, совершать другие действия, направленные на выполнение задач, возложенных на Банк его уставом. Наряду с этим договором и принятыми в его исполнение внутригосударственными актами РФ предусматривалось, что Банк освобождается от всех налогов, сборов, пошлин и других платежей, взимаемых на территории России, за исключением тех, которые представляют собой плату за пользование конкретными видами обслуживания. Должностные лица Банка (согласно списку, утверждаемому Советом Банка) приравнены по объему привилегий и иммунитетов к дипломатическим представителям иностранных государств на территории РФ. Налогообложение окладов и других вознаграждений, выплачиваемых сотрудникам Банка, осуществляется в соответствии с законодательством Российской Федерации и ее международными договорами. Привилегии и иммунитеты, предоставленные Соглашением, не распространяются на должностных лиц Банка, являющихся гражданами РФ.

В то же время Банк обязан производить обязательные отчисления в фонды занятости государств, гражданами которых являются сотрудники Банка, а также в пенсионные фонды государств, на территории которых эти сотрудники постоянно проживают. Взносы по обязательному медицинскому страхованию уплачиваются Банком в соответствии с порядком, действующим в Российской Федерации.

Хозяйственная деятельность международных организаций в современных условиях носит достаточно широкий характер. Например, МАГАТЭ, будучи специализированным учреждением ООН, осуществляет наряду с контролем и координацией сотрудничества государств непосредственные научные исследования в области ядерной энергетики. В рамках этого направления деятельности МАГАТЭ развернула систему поручения проведения исследований национальным институтам соответствующих стран. С целью конкретной разработки тем в этой области МАГАТЭ заключает с национальными институтами договоры, которые имеют гражданско-правовую природу. Еще пример. 18 декабря 1962 г. Генеральная Ассамблея ООН приняла Резолюцию 1827 (XVII), в соответствии с которой перед организацией ставилась задача создания специального института по подготовке персонала и проведению исследований по проблематике ООН. В качестве такового в 1964 г. появился ЮНИТАР. В рамках этого института проводились обучение и подготовка международных чиновников для стран, освободившихся от колониальной зависимости, в области техники и процедуры оказания технической помощи, а также финансирования и экономического развития. ЮНИТАР, кроме того, обеспечивал и научные исследования. Как обучение, так и исследования проводились постоянным персоналом института. Вместе с тем в практике ЮНИТАР эти операции могут поручаться отдельным лицам и национальным учреждениям различных стран.

Безусловно, что подобные инструменты сотрудничества были бы невозможны, если бы международная организация не имела статуса юридического лица — полноправного субъекта гражданско-правовых

отношений в национально-правовой сфере конкретного государства. Презюмируется, что международная организация становится правосубъектным в цивилистическом смысле образованием с момента регистрации ее устава (учреждения) либо включения в реестр юридических лиц государства местонахождения, которое, как правило, указывается в ее учредительных документах, конституирующих ее прежде всего как субъект международного публичного права. Правоспособность такого юридического лица определяется по закону того государства, в котором находится штаб-квартира международной межгосударственной (межправительственной) организации.

Что касается правового положения неправительственных международных организаций, то оно подчиняется общему принципу регулирования, установленному в коллизионных и материальных нормах действующего права соответствующего государства. Таков подход и действующего российского законодательства в этом вопросе. Так, в письме ЦБ РФ от 5 сентября 1994 г. № 109 «О внесении изменений и дополнений в Инструкцию Банка России от 16 июля 1993 г. № 16 «О порядке открытия и ведения уполномоченными банками счетов нерезидентов в валюте Российской Федерации» говорится следующее: «...правовой статус международных неправительственных организаций, созданных в соответствии с законодательством иностранных государств, определяется в соответствии с частью 1 статьи 161 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик. Международные неправительственные организации, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, являются резидентами Российской Федерации».

#### **Контрольные вопросы:**

1. Каковы правовые основы статуса международных (межправительственных) организаций в практике международных хозяйственных отношений?
2. Какие отличия характеризуют правовой статус государства и международных организаций в отношениях, регулируемых международным частным правом?

### **Раздел второй. Вещные права в международном частном праве**

#### **Глава 18. Право собственности в МЧП**

**Литература:** *Корецкий В.М.* Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. М., 1948; *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 94—117; *Луниц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 99—127; *Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984. С. 117—130; *Лантев В.В.* Вопросы собственности в современном международном частном праве//Вопросы международного частного права. М., 1956; *Вилков Г.Е.* Национализация и международное частное право. М., 1962; Законодательство об иностранных инвестициях России и стран ближнего зарубежья. М., 1992; Сборник договоров об оказании правовой помощи. М., 1996; *Харченко В.В.* Порядок осуществления Российской Федерацией правомочий собственника за рубежом//Журнал международного частного права. 1997. № 1 (15); *Дерюгина С.В.* Правовые аспекты понятия «свободная

экономическая зона»//Государство и право. 1997. № 5; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. М., 1998. С. 163—194; *Ануфриева Л.П., Ваксян А.З., Гранкин М.И.* и др. «Я — собственник». Домашняя юридическая энциклопедия. М., 1998. С. 354—390; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 238—251; *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. М., 2001. С. 194— 212.

## **§1. Право собственности как основной институт МЧП**

Право собственности издавна является одной из основных правовых категорий вообще, тем более для отношений, регулируемых международным частным правом. Институт права собственности в международных отношениях получил в последние десятилетия «второе дыхание» и неизмеримо большее распространение, чем раньше, ввиду перехода ряда государств к принципам открытости в организации общества и закономерного вследствие этого расширения географической сферы, в рамках которой осуществляется перемещение лиц, капиталов и услуг.

Ныне уже не встают с такой силой, как прежде, вопросы классовых различий отношений собственности при освещении данного института в аспекте международного частного права. Тем не менее не устранились и, пожалуй, еще долгое время будут сохраняться те расхождения чисто юридического порядка, которыми характеризуется материальное право различных государств и соответствующих правовых систем в области отношений собственности. В этом смысле ведущими направлениями исследования вещно-правовых отношений в международном частном праве будут оставаться коллизионные аспекты правового регулирования. С другой стороны, вряд ли некоторые моменты регулирования вещных прав и связанных с ними отношений, имевшие место в истории МЧП и получившие соответствующий резонанс в теориях, которые были обусловлены именно классовым подходом к решению проблем права собственности в МЧП, должны быть преданы забвению. Таким образом, рассмотрение данного института в аспекте международного частного права предполагает не только коллизионный или историографический аспекты, но также и анализ проблем материально-правового регулирования отношений собственности в связи с рядом очень значимых в экономическом, юридическом и политическом плане явлений, таких, как иностранные инвестиции, национализация иностранной собственности, «экстратерриториальное» действие актов о национализации, международно-правовое регулирование иностранных инвестиций и т. д.

В отечественных курсах по международному частному праву изложение материала в таком ключе является типичным. Зарубежные издания большей частью ограничиваются коллизионным ракурсом рассмотрения этого института МЧП. Таков подход А.Н. Макарова, Л. Раапе, Дж. Чешира и П. Норта, И. Нибуайе, М. Иссада и др. В одной из последних работ, затрагивающих проблемы международного частного права, — труде голландских авторов, возглавляемых М. Коппенол-Ляфорс, право собственности также исследуется под традиционным углом зрения, причем сопровождается принципиальным замечанием, что данная сфера представляет собой наименее спорную часть действующих норм.

## § 2. Коллизионно-правовое регулирование вещных отношений

Господствующим правилом выступает положение о том, что регулирование вещных отношений подчиняется закону того государства, на территории которого данная вещь находится (*lex situs*). При этом понимается, что право страны местонахождения вещи регулирует возникновение, способы, переход, содержание, ограничения права собственности. Положение о привязке к закону места нахождения вещи разделяется всеми странами без исключения. Своими истоками эта норма восходит к средневековью и первоначально относилась только к недвижимым вещам. В отношении же движимостей считалось, что «движимость привязана к человеку» («*mobilia ossibus haerent*») и что «движимость следует за лицом» («*mobilia personam sequuntur*»). Основанием привязки служил личный закон — домицилий (местожительство) лица, являющегося собственником или владельцем вещи.

Вместе с тем подчинение движимостей личному закону вызывало серьезную критику, решительный характер которой со стороны немецких авторов Вехтера и Савиньи, подчеркнувших неясность этого принципа (о каком лице в данном случае говорят: о собственнике, о владельце или об уполномоченном лице — и как быть, если о праве собственности спорят два лица с несовпадающим личным законом), был подмечен русским ученым А.Н. Макаровым. Вот почему Л. Раапе пишет, что в Германии со времен Савиньи и Вехтера не спорят о том, что «*lex rei sitae*» должен применяться и к движимым вещам. Другие страны шли в основном по такому же пути. Франция, Бельгия, Швейцария, Италия и Австрия (последняя даже частично вопреки иному, установленному в тексте закона) — все в отношении движимости делают привязку к «*lex rei sitae*». В Англии и повсюду в Соединенных Штатах хотя и в последнюю очередь, но все же отказались от положения «*personalty (personal property) has no locality*» («движимое имущество не имеет места нахождения»).

Выдвинутые в конце XIX в. теории о международно-правовом характере норм МЧП (Э. Цительман, Ф. Кан — Германия), и поддержанные с некоторой модификацией современными авторами (М. Келлером и К. Сиром — Швейцария), базировались именно на утверждении обычно-правовой природы коллизионного принципа «закона местонахождения вещи» («*lex rei sitae*»), поскольку длительность и всеобщность его применения не вызывали сомнений.

Разделение вещей на данные две категории — движимых и недвижимых вещей — до разработки и введения в действие Основ гражданского законодательства 1991 г. было не известно советскому праву, поэтому разграничение соответствующих коллизионных привязок также не было характерным для нашей правовой системы. Вследствие указанных изменений в вещно-правовом регулировании подобного рода проблемы приобрели в последнее время актуальность и для Российской Федерации. Особое значение они имеют, в частности, при осуществлении внешнеэкономических сделок и вообще сделок международного характера.

### 1. Коллизионно-правовое регулирование права собственности и иных вещных прав на недвижимое имущество

С точки зрения международного частного права следующие области определяют наиболее характерные несовпадения в правовом регулировании



вещных отношений различных государств: возникновение и прекращение права собственности, момент перехода права собственности, круг вещей, изъятый из оборота для целей возникновения права собственности, способы возникновения и прекращения права собственности, форма сделки и дееспособность лица в отношении сделок с недвижимостью и специальными категориями вещей (морскими, речными, воздушными судами, иными транспортными средствами и т.д.), содержание права собственности, обременение вещей (заклад, залог, ипотека) и иные права на вещи, а также защита добросовестного приобретателя и т.п.

В части недвижимости в силу самого своего характера неподвижности отыскать подлежащий применению к данной категории объектов права собственности порядок не составит труда: фактическое место нахождения не меняется и означает постоянство применяемого для регулирования закона (правопорядка в целом). Сложной может оказаться в ряде случаев лишь привязка недвижимости к соответствующему праву, когда речь идет о ее пограничном в буквальном смысле слова местонахождении, т.е. когда вещь расположена на таком участке, который охватывается территорией двух или более государств.

Применение к недвижимости принципа *lex situs* и приобретение этим правилом всеобщего характера распространения обусловлено в первую очередь публично-правовыми интересами, которые всегда имеются в этом случае для государства местонахождения. Этим объясняется, например, практически повсеместное требование о регистрации недвижимости и прав ее приобретения по месту фактического ее нахождения. В подобных условиях данный коллизионный принцип является единственно действенным.

Определенное изъятие из общего правила применительно к недвижимым вещам составляет вопрос о переходе права собственности в некоторых особых ситуациях. Например, если переход права собственности осуществляется в рамках так называемого общего перехода (генеральной цессии) прав на имущество, как, скажем, это бывает в случаях наследования, то здесь возможно отступление от *lex situs*. Англия и Франция применяют его вне зависимости от статута наследования, в то время как ФРГ и Нидерланды рассматривают переходящую в порядке наследования недвижимую вещь частью всей наследственной массы и отступают от закона местонахождения вещи, применяя закон, регулирующий наследственные отношения как таковые.

Ранее отмеченная возможность известного осложнения в решении коллизионных вопросов вещных отношений, связанных с правопорядками разных государств в сфере недвижимого имущества, существует в ряде аспектов применительно к праву собственности на вещи (например, касающихся права владения, usufructa, залога, сервитута и т.д.). Наиболее непростыми чаще всего оказываются ситуации в связи с сервитутами. Особенно это важно для стран, по территории которых протекают водотоки, питающие земли и хозяйства ряда государств. Если «служебный» и «господствующий» участки земли находятся в разных странах (когда земельное владение находится по обе стороны границы или исток ручья находится на территории одной страны, а орошаемый участок земли — на территории другой), вопрос о *lex situs* становится краеугольным и в то же время неоднозначно решаемым. М. Иссад, обращая на него внимание как на весьма важный в практическом смысле для Алжира и соседних с ним стран, подчеркивает, что доктрина не дает рекомендаций, а судебных решений по этому поводу не существует. Однако, ссылаясь на мнение А. Батиффоля, он приходит к выводу, что, поскольку

*фактические действия* по реализации сервитута имеют место на «служебном» участке, должен быть применен закон страны местонахождения последнего, хотя вспомогательный его характер по отношению к основному участку и не подлежит сомнению.

Весьма распространенным основанием приобретения и утраты права собственности в международном хозяйственном обороте служит договор. Трактовка вопроса о применимом праве в таком варианте возникновения права собственности не совпадает в разных странах и создает иную проблему, неодинаково решаемую в них. Дело в том, что нередко избирается путь *кумуляции* коллизионных привязок. Например, вещное право, основанное на договоре, браке (ипотека недвижимости замужней женщины в арабских странах) или судебном решении (судебная ипотека), может быть реализовано, только если оно признается законом местонахождения имущества. Разумеется, что подобное серьезно затрудняет юридическое решение проблемы по существу.

***Сфера действия lex rei sitae.*** В вопросе сферы действия *lex situs* также нет совпадения в праве различных государств. Закон местонахождения вещи определяет статус недвижимости, а вопросы дееспособности и обязательств подчинены соответствующим правопорядкам, найденным в силу коллизионных норм на основе личного закона. Такова доктрина континентальных стран. Англосаксонские страны подчиняют закону местонахождения весь спектр правоотношений — от статуса самого имущества до дееспособности лица. Некоторые государства занимают промежуточную позицию. Так, ст. 17 алжирского ГК гласит, что закон местонахождения имущества регулирует не только право собственности и владения, но и другие вещные права, к которым относятся как основные, так и дополнительные права, а согласно п. 2 ст. 18 все сделки с недвижимостью подчиняются закону ее местонахождения безусловным образом.

Форма сделок с недвижимостью — особая область коллизионно-правового регулирования, которая в большинстве случаев также подчиняется закону местонахождения имущества. Это касается и обременения недвижимости. Однако здесь имеются и свои нюансы. Например, можно считать действительной ипотеку, установленную за границей по местному закону на недвижимость, находящуюся в Алжире. Однако для признания ее действительной и в этой стране, потребуется выдача экзекватуры местного суда в соответствии со ст. 325 ГПК и оповещение третьих лиц о таком обременении, предусмотренное ст. 904 ГК. Иностранное право регулирует обязательственные отношения, а территориальное — определяет форму и последствия сделки с недвижимостью. Существует также иная альтернатива: все регулирование осуществляется в соответствии с территориальным законом — *lex situs*.

Во французском ГК прямо предусматривается, что установленная за границей ипотека имущества, находящегося во Франции, недействительна (ст. 2128). То же самое предусматривается в отношении залога и гарантий по движимому имуществу.

Согласно ГК Испании и для недвижимых, и для движимых вещей (а также негаторных и виндикационных исков) существует единая коллизионная привязка — к закону местонахождения (ст. 334, 336 и 348.2). Для «вещей в пути» («*res in transitu*») предусматривается выбор между законом места отправки согласно Конвенции 1958 г. о переходе права собственности на товар в международной купле-продаже и законом места назначения, осуществляемый на основании автономии воли сторон, участвующих в договоре. В договорах

купли-продажи товаров закон места отправки зачастую совпадает с законом местонахождения продавца (*lex venditoris*).

Применительно к транспортным средствам для целей определения объема и содержания права собственности, а также режиму торговли транспортными средствами используется закон места приписки судна, регистрации или внесения в реестр морских, речных, воздушных судов и т.п. В Испании это имеет свое обоснование, которое заключается в том, что иные формулы для подобной страны, характеризующейся высоким уровнем туризма, были бы неприемлемы. Указанные правила привязки, в частности, обеспечивают подчинение испанскому закону отношений по поводу внесенных в испанские реестры средств перевозки пассажиров, грузов и багажа и позволяют исключить его применение к иностранным транспортным средствам, зарегистрированным за границей.

В новейшем российском регулировании (ст. 1206 ГК РФ) сфера действия привязки *lex situs* весьма существенна и включает содержание права собственности и других вещных прав, их осуществление и защиту, а также вопросы квалификации объектов в качестве движимых или недвижимых. Как видно, вопросы право-, дееспособности в нее не входят и подчиняются иным коллизионным принципам. Наличие в тексте пункта первого указанной статьи конкретного перечня различных аспектов общественных отношений, которые подверглись регламентации, а именно: содержания, осуществления и особенно способов защиты, — является весьма назревшим откликом на потребности экономической жизни в международной сфере и практике международного частного права. Дело в том, что перечисленные и связанные с этим области частноправового регулирования ощутимо разнятся в различных странах даже в пределах одной «правовой семьи», не говоря уже о государствах, принадлежащих к отчетливо несовпадающим системам (например, «общего права» и «цивильного» континентального права). В отличие от предшествующей регламентации, ограничивающейся в основном только правом собственности и не предполагавшей обращения к другим вещным правам, присутствующее сегодня в ГК РФ регулирование располагает достаточным набором средств конкретизации, с помощью которого возможно учесть особенности правового порядка соответствующего государства не только в части оснований возникновения права собственности, но и самого разнообразия вещных прав, их содержания, а также квалификации определенных понятий, сопутствующих установлению надлежащей материальной нормы иностранного (либо в зависимости от ситуации — отечественного) права.

## **2. Коллизионно-правовое регулирование права собственности на движимые вещи**

Как указывалось, преобладающей тенденцией нынешнего коллизионно-правового регулирования отношений собственности становится прикрепление их к *закону местонахождения вещи*.

Однако в рамках отдельных категорий объектов (движимых и недвижимых вещей) существует несколько их разрядов, которые нередко требуют использования иных коллизионных форм прикрепления. Среди движимых вещей находятся прежде всего такие движимые по своей природе вещи, но обладающие особыми свойствами, как транспортные средства, и в первую очередь морские, воздушные, речные суда. В связи с этим следует подчеркнуть,

что по законодательству, например, Российской Федерации подобного рода объекты квалифицируются как недвижимое имущество. Кроме того, специфической природой обладают и такие движимые вещи, как ценные бумаги. Наконец, нельзя отрицать абсолютно неординарный характер некоторых объектов, которые принято называть «нематериальными», «бестелесными». Закономерно, что регулирование права собственности и иных вещных отношений в связи с указанными категориями объектов не укладывается в русло обычных подходов. Однако и в этом случае решения, зафиксированные в праве различных государств, в юридическом плане не всегда совпадают друг с другом. Наиболее значимым различием является квалификация вещи в качестве движимой или недвижимой.

Когда суд рассматривает коллизионный вопрос, первое обстоятельство, которое ему нужно прояснить, — это категория, к которой относится спорная вещь. В зависимости от принятого решения будет определена регулирующая правовая система, в рамках которой и должна быть найдена необходимая материальная норма. Например, право ипотечного залогодержателя в Англии и Канаде (провинции Онтарио) считается недвижимым имуществом, в то время как в других странах Британского Содружества — Новой Зеландии и Австралии — такое квалифицируется как движимое имущество. Если речь идет об Англии, то сходным образом деньги, получаемые по завещанию для целей вложения в покупку земли, и земля, подлежащая продаже и обращению в деньги, рассматриваются как то имущество, в которое они должны быть обращены, т.е. в первом случае — как недвижимость, а во втором случае — как движимое имущество. При этом в аспекте международного частного права утрачивает свое значение различие, проводимое внутренним правом англосаксонских стран, между реальным имуществом (*realty*) и персональным имуществом (*personalty*). Строение, воздвигнутое на земельном участке для целей проведения выставки и не подлежащее демонтажу без утраты своих свойств, очевидно должно относиться к разряду вещей, в который помещаются обычные строения. Вместе с тем по праву ФРГ и некоторых штатов США собственник такого сооружения считается имеющим интерес в движимости.

Несмотря на то, что ныне основным (единым) коллизионным принципом в современном МЧП применительно к недвижимым и движимым вещам выступает привязка *lex situs*, критика целесообразности его применения к движимым вещам продолжается.

Если ранее закону местонахождения противостоял в части движимого имущества личный закон собственника, то в сегодняшних условиях спектр предлагаемых привязок значительно более широк. В немалой степени это связано с интенсификацией международных обменов в области хозяйства. Международный гражданский и торговый оборот невозможен без передачи права собственности (титула) на вещи, что выступает фактором осложняющего характера. Такие обстоятельства случаются в повседневной жизни в большинстве своем не в порядке генеральной цессии, т.е. когда все имущество одного лица переходит к другому (реорганизация, банкротство, завещание), а на основании частных конкретных форм перехода имущественных прав в рамках продажи, дарения, мены, залога и т.д. В подобных ситуациях неразрывно соединяются два аспекта: вещное право и обязательственный статус. Именно коллизионные принципы, свойственные обязательствам, выступают альтернативой закону местонахождения. Во-первых, преимущественным законом, если исходить из обязательственного права, должен выступать правопорядок, избранный сторонами. В этом плане ст. 104 Закона Швейцарии о

международном частном праве допускает свободу выбора применимого права (*lex voluntatis*) не только в отношении сделки, но и применительно к вещному статусу. Но в ФРГ, Нидерландах, Франции, Англии и большинстве других стран подобный выбор не допускается. Кроме того, по мнению исследователей, возможно обращение и к другим формулам: *lex domicilii*, *lex loci actus*, *lex patriae* цедента, собственное право договора (*proper law of the contract*).

В связи с передачей имущества возникают самые различные вопросы: является ли она недействительной вследствие отсутствия дееспособности, является ли ничтожной вследствие пороков формы или по существу, перешло ли право собственности к приобретателю, каков характер тех прав, что порождает передача имущества. Дж. Чешир и П. Норт пишут, что «договорные права и обязанности регулируются правом, свойственным акту передачи имущества... Однако решение не столь очевидно, когда дело касается не чисто договорных прав, а притязаний на вещно-правовой титул в самой вещи. Если в этом случае закон местонахождения вещи и право, свойственное договору, не совпадают, то какое из них подлежит применению?» По их свидетельству, по данным вопросам мало судебных решений, к тому же они говорят как в пользу *lex situs*, так и в пользу *lex actus*. В то же время потребности гражданского оборота и обеспечения стабильности возникающих в результате перехода прав и обязанностей диктуют наиболее целесообразное средство привязки именно к закону нахождения вещи, который может быть известен третьим лицам.

Из самого факта, что движимые вещи могут перемещаться, вытекает трудность ответа на вопрос, каков статус вещи при перемещении ее в другое, третье государство и т.д. Считается, что движимая вещь, правомерно приобретенная в одной стране, рассматривается как таковая и в ином государстве. При этом, правда, могут возникнуть обстоятельства, уточнить которые с помощью прежнего закона не представится возможным. Такого рода ситуации в МЧП именуется *подвижными коллизиями* (*conflict mobile, Statutenwechsel*).

В данном случае действует главное правило: вещные права подчиняются новому закону местонахождения вещи, который, однако, не может игнорировать некоторые юридические факты, возникшие на основании прежнего *lex situs*.

Руководящим английским судебным прецедентом в отношении преобладающего действия *lex situs* является дело «*Cammell vs. Sewell*», обстоятельства которого заключались в том, что русский продавец отгрузил из России на прусском судне лесоматериалы английскому коммерсанту в Англию. У берегов Норвегии судно потерпело аварию. Лесоматериалы были проданы с публичного аукциона, состоявшегося в Норвегии по настоянию капитана, покупателю X. Страховщик предъявил в норвежском суде иск об аннулировании продажи, но ему было отказано в иске. X передал лесоматериалы в Англии третьему лицу, к которому страховщик и предъявил иск о взыскании стоимости. Суд вынес решение в пользу ответчика на том основании, что решение норвежского суда было решением, в силу которого X приобрел право собственности на товар, действительное для всех лиц. Апелляционная инстанция вынесла решение не на основании позиций иска *in rem*, но пришла к выводу, что титул, возникший у X в силу норвежского закона, должен превалировать: «Если акт распоряжения персональным имуществом имеет силу по закону страны его нахождения, этот акт имеет силу

повсюду».

Сходным образом, если вещь, обремененная в стране *A* залогом или иными правами, перевозится в страну *B*, где и продается третьему лицу, возникает вопрос: кто имеет право притязать на такую вещь — лицо *X*, являющееся залогодержателем вещи, или лицо *Y*, приобретшее эту вещь в стране *B*? Действующее в данном случае правило состоит в том, что право собственности не колеблется до тех пор, пока не изменится ее статут. Тем самым, как видно, защищается право добросовестного приобретателя. Таким образом, право собственности на движимые вещи определяется по закону того государства, в котором вещь находилась в момент возникновения основания перехода права собственности.

Иной характер носят ситуации с решением вопросов о праве собственности в случаях с краденными вещами. Если угнанный в Германии автомобиль затем продается в Голландии, право собственности будет регулироваться голландским законом, поскольку в момент перехода этого права на покупателя предмет находился в этой стране, которой известен институт истребования (виндикации) украденной вещи у добросовестного приобретателя в течение определенного срока. Право германского собственника признается голландским законом, однако определение исковой давности для предъявления виндикационного иска подлежит установлению согласно голландскому законодательству. Некоторые авторы, следуя жизненным ситуациям, рассматривают усложнение обстоятельств в подобных случаях, имеющее место, например, тогда, когда право собственности на угнанную автомашину возникает в порядке суброгации у страховщика. Если первоначальный собственник получил удовлетворение (страховое возмещение) со стороны страховщика и передает последнему ключи, то неясным представляется ответ о местонахождении автомобиля, следовательно, о применимом праве. Ответ на этот вопрос может оставаться неизвестным даже и потом. Голландское право, в частности, в подобных случаях признавало бы возникшее у страховщика право собственности на основе презумпции действия права того государства, в котором автомобиль находился в момент, непосредственно предшествующий угону. Иным вариантом является подчинение права собственности страховщика тому правопорядку, который регулирует страховой договор по существу.

***Право собственности на товар, в отношении которого переход права собственности не завершился в момент пересечения границы.*** Несмотря на всю нетрадиционность, данный частный случай все-таки целесообразно рассмотреть отдельно, поскольку он является продуктом международного взаимодействия правопорядков соответствующих стран. Именно это обуславливает его практическую значимость. Проблема завершения или незавершения перехода права собственности особенно характерна для ФРГ и некоторых иных стран, сходным образом увязывающих полноту перехода с моментом возникновения права. В законодательстве других государств она включается в понятие перехода как такового. Например, по французскому ГК переход права собственности на товар с продавца на покупателя происходит в момент достижения сторонами соглашения. Для перехода права собственности по праву ФРГ и России, Украины, Монголии (ст. 202, 205, 207, 217 ГК МНР), Вьетнама (ст. 432 ГК СРВ) необходима передача вещи в натуре.

***Если покупатель А приобретает товар, находящийся во Франции, не принимая его физически, и товар поступает в Германию, право собственности на товар, возникшее у А, полностью признается в ФРГ, хотя это и противоречит***

немецкому праву. Однако указанное является следствием действия *lex situs* — французского закона. Противоположная ситуация более сложна. Товар приобретен в Германии, но не принят покупателем, следовательно, право собственности согласно закону местонахождения вещи (праву ФРГ) не перешло с продавца на покупателя. Сделка не может считаться на данном этапе завершенной. Затем товар отправлен во Францию. Немецкий покупатель становится полным собственником товара в момент пересечения последним французской границы, ибо для регулирования отношений, в которых не произошел переход права собственности, после пересечения границы применяется закон нового местонахождения вещи — французское право. Но поскольку права, возникшие под воздействием иностранного правопорядка, должны быть признаны, частичный переход права собственности, осуществленный на основе прежнего *lex situs*, все же учитывается. Таким образом, переход права собственности в Германии не был окончательным, он завершается в момент, когда закон местонахождения вещи сменяется другим *lex situs*, который рассматривает сделку как совершенную.

**Вещи в пути.** Для регулирования права собственности на вещи, отправленные в порядке внешнеэкономической поставки (купли-продажи) или в силу иного основания, в международном гражданском обороте применяются несколько коллизионных принципов. Во-первых, если переход права собственности опосредствуется передача товаросопроводительного документа (коносамента, авиа-, авто- или железнодорожной накладной), определение закона места нахождения вещи не составит труда. В других случаях местом нахождения вещи может считаться страна отправки товара — *lex loci expeditionis*, как это предусмотрено в Гаагской конвенции о праве, применимом к переходу права собственности в международной купле-продаже товаров от 15 апреля 1958 г. (до сих пор не вступила в силу). В-третьих, возможно использование закона страны назначения товара — *lex loci destinationis*. По мнению ряда авторов (И. Кропхоллера, В. Луссуарна, М. Буреля, М. Коппенол-Ляфорс), это наиболее общие подходы. Иногда суды западных стран для регулирования права собственности на вещи в пути применяли закон, которому подчиняются договорные отношения, кроме того, предлагалась привязка к закону флага судна. Вместе с тем Моррис и Дайси, Чешир и Норт отмечают, что указанного рода решения не принимались в английском суде. Настаивая на том, что нельзя отдать предпочтение какому-либо одному принципу, они полагают, что нормы международного частного права должны выбираться в зависимости от конкретных обстоятельств, в которых предстает подобный вопрос.

Ниже приводится ряд коллизионных правил, закрепленных в праве некоторых государств, нормативный материал которых еще не упоминался. Их оценка в сочетании с уже сказанным позволит получить объективный срез правового регулирования вещных отношений в современном мире.

В венгерском законодательстве о международном частном праве устанавливается довольно детальный перечень соответствующих норм, относящихся к праву собственности. Так, определяется общее правило о законе, применяемом к праву собственности на движимые и недвижимые вещи, вещи в пути, к переходу права собственности на имущественные комплексы —

предприятия, а также на предметы, отчуждение которых происходит в порядке принудительного исполнения: законом местонахождения вещи является закон государства, на территории которого находится вещь в момент возникновения факта, вызывающего данные правовые последствия (п. 2 ст. 21 Указа Президиума ВНР № 13 1979 г.). К приобретению вещи путем приобретательной давности следует применять закон государства, на территории которого вещь находилась в момент истечения срока приобретательной давности (ст. 22). Возникновение, существование или прекращение прав на зарегистрированные водные или воздушные транспортные средства рассматриваются согласно закону государства, под флагом или другим отличительным знаком суверенитета которого данное транспортное средство курсирует (п. 1 ст. 23).

К вещным правам на вещи в пути применяется закон государства места назначения. Однако в отношении вещно-правовых последствий, связанных с принудительной продажей, складированием или залогом таких вещей, применяется закон места нахождения вещи (п. 2 ст. 23). Если имущество предприятия (деловое обзаведение) переходит к правопреемнику как целое, то изменения в вещном праве, за исключением правовых изменений в отношении недвижимых вещей, следует оценивать на основании личного закона предыдущего собственника (п. 4 ст. 23). Переход права собственности на вещь, передаваемую в порядке принудительной продажи на основании постановления суда или исполнительного производства, подчиняется закону того государства, чье судебное учреждение или административный орган выносит соответствующее постановление или осуществляет действие (п. 5 ст. 23).

В Монголии в результате разработки новейшего регулирования в области международного частного права появился широкий спектр коллизионных принципов, в зависимости от специфики правоотношения определяющих закон, подлежащий применению (ст. 432, «Право собственности»).

Так, право собственности определяется в соответствии с нижеследующим: 1) право собственности на имущество — по праву того государства, где это имущество находится; 2) право собственности на имущество, подлежащее регистрации, — по праву того государства, в котором имущество внесено в реестр; 3) возникновение и прекращение права собственности на имущество — по праву того государства, где рассматриваемое имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием возникновения или прекращения права собственности, если иное не предусмотрено законом Монголии; 4) возникновение или прекращение права собственности на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по праву места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон; 5) право собственности на имущество, находящееся в пути по внешнеэкономической сделке, — по праву страны, из которой это имущество отправлено, если иное не установлено соглашением сторон; 6) права собственника в случае предъявления им требований о защите его вещных прав определяются по его выбору по праву государства, в котором имущество находится, или по праву страны, в реестр которой внесено имущество, либо по праву того государства, в судебное учреждение которого заявлено требование.

В СРВ регулирование менее специфицировано, однако и в нем содержится ряд новых для Вьетнама коллизионных формул прикрепления. В частности, возникновение и прекращение права собственности, содержание права собственности, а также установление, к какой категории вещей относится имущество, определяется по праву страны, где это имущество находится, если иное не установлено законодательством СРВ (ст. 833 ГК СРВ). Гражданско-



правовой договор, связанный с недвижимостью, также подчиняется закону места нахождения недвижимости (п. 3 ст. 834). Право собственности на вещи, находящиеся в пути, определяется по праву страны назначения вещи, если иное не установлено законодательством СРВ (п. 2 ст. 833).

В праве Китая до принятия в 1986 г. Общих принципов гражданского права (ОПГП) не содержалось коллизионных норм, касающихся права собственности. Тем не менее доктрина и китайская практика неизменно высказывались за действие формулы *lex rei sitae* как решающего принципа для регулирования прав на недвижимое и движимое имущество. В соответствии с ним следует определять основания возникновения и прекращения права собственности, способы приобретения и отчуждения имущества, а также их юридические последствия. Статья 144 ОПГП касается утверждения принципа закона местонахождения в отношении права собственности на недвижимость. В данном случае следует констатировать более узкую сферу действия, так как анализируемое положение не говорит явным образом о его применении к движимым вещам. В то же время права, возникшие на имущество за границей в соответствии с действующими там законами, признаются в Китае в случае их ввоза на его территорию. Последовательность в использовании территориального начала в регулировании вещных прав требует дальнейшего вывода о том, что и защита нарушенного права в отношении движимого или недвижимого имущества должна осуществляться согласно законам того государства, где данная вещь находится. Придерживаясь подобного подхода, Китай признает законы о национализации иностранных государств применительно к собственности, находящейся на их территории. *Mutatis mutandis*, КНР вправе ожидать вследствие этого, что ее акты о национализации собственности иностранных государств, расположенной в Китае, будут адекватным образом признаваться другими странами.

Наряду с этим китайская доктрина отмечает недостаточность этого принципа для обеспечения экономических и иных интересов страны. В частности, высказывалось мнение, что движимое имущество, принадлежащее китайским гражданам и находящееся за границей, также должно подчиняться китайскому правопорядку как логическое продолжение юрисдикции Китая, осуществляемой в отношении граждан на основании принципов международного права.

В связи с распадом Советского Союза вопросы собственности приобрели особое значение в отношениях между странами СНГ и другими государствами, входящими ранее в состав СССР, поскольку на их территориях находилось значительное количество объектов собственности различного подчинения. Для целей решения данной проблемы принципиально важно регулирование, содержащееся в упоминавшемся Соглашении о взаимном признании прав и регулировании отношений собственности от 9 октября 1992 г., заключенном между странами СНГ, в соответствии с которым стороны взаимно признают осуществленный в соответствии с их национальным законодательством переход в их собственность имущества, в том числе финансовых ресурсов, предприятий, учреждений, организаций, их структурных единиц и подразделений бывшего союзного подчинения, расположенных на территориях сторон (ст. 1), и подтверждают, что права собственности на землю и другие природные ресурсы регулируются законодательством стороны, на территории которой находятся объекты собственности, если иное не предусмотрено другими соглашениями сторон (ст. 3).

Государства, не входящие в Содружество Независимых Государств, подобные вопросы решают посредством заключения двусторонних договоров, в

том числе и о правовой помощи.

Свод коллизионных правил, относящихся к праву собственности, содержится также в многосторонней (Минской) Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях 1993 г. Следует отметить определенное тождество регулирования, разработанного на двустороннем и многостороннем уровнях. Представляется, что в данном случае речь идет о включении в договоры таких конструкций, которые отвечают универсально распространенным концепциям применительно к тем или иным отношениям.

Так, право собственности на недвижимое имущество определяется по законодательству того государства—участника договора, на территории которого такое имущество находится. Вопрос о том, какое имущество является недвижимым, решается в соответствии с правом страны местонахождения имущества. Право собственности на транспортные средства, подлежащие внесению в государственные реестры, определяется по закону договаривающейся стороны, на территории которой находится орган, осуществляющий регистрацию транспортного средства. Возникновение или прекращение права собственности или иного вещного права на имущество определяется по закону той страны, на территории которой имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием возникновения или прекращения такого права. Возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением сторон (ст. 38). Форма сделки по поводу недвижимого имущества подчиняется правопорядку государства местонахождения недвижимости (ст. 39). При этом в случаях возникновения права собственности в силу наследования наследственная масса разделяется на движимое и недвижимое имущество с точки зрения применимого к регулированию права: право наследования движимого имущества определяется по законодательству государства, на территории которого наследодатель имел последнее постоянное место жительства, право собственности на недвижимое имущество — по законодательству того государства, на территории которого находится это имущество (ст. 45). Сходным образом конструируется коллизионное прикрепление в случаях выморочного имущества: если по законодательству договаривающейся стороны, подлежащему применению при наследовании, наследником является государство, то движимое наследственное имущество переходит договаривающейся стороне, гражданином которой являлся наследодатель в момент смерти, а недвижимое имущество переходит договаривающейся стороне, на территории которой оно находится (ст. 46).

Резюмируя краткий обзор коллизионных правил, имеющих в конвенционном материале стран СНГ, включая Российскую Федерацию, необходимо подчеркнуть, что поскольку юридическим содержанием международно-правового договорного обязательства каждой стороны служит обеспечение соответствия регулирования, имеющегося в международном договоре, зафиксированному в национальном законе участвующих государств, коллизионные нормы национального права данных участников договора не могут расходиться. В этом основное назначение и эффект унификации как средства регулирования, который используется в случае разработки многостороннего международно-правового документа подобного рода. Вследствие этого понятно, почему коллизионное регулирование вещных отношений в странах СНГ обладает известным сходством.

### § 3. Коллизионное регулирование отношений собственности в Российской Федерации

Коллизионные нормы российского права, относящиеся к праву собственности, ранее были сосредоточены в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., а ныне — в третьей части ГК РФ. Ввиду того, что после вступления в силу третьей части ГК РФ нормы других актов, в частности, Основ ГЗ Союза ССР и республик 1991 г. должны будут применяться к отношениям, возникшим до 1 марта 2002 г., целесообразно остановиться на их содержании. Основы ГЗ закрепляют общий коллизионный принцип, свойственный праву если не всех, то преобладающего числа государств, — закон места нахождения вещи (*lex situs*): «право собственности на имущество определяется по праву страны, где это имущество находится» (п. 1 ст. 164).

Однако в той же статье имеется п. 2, в силу которого уточняются общие положения: «Возникновение и прекращение права собственности на имущество определяются по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие и или иное обстоятельство, послужившее основанием для возникновения или прекращения права собственности, если иное не предусмотрено законодательством СССР». Это означает, что если право собственности на движимую вещь возникло на основании закона страны ее местонахождения, то при перемещении ее в СССР (Российскую Федерацию) оно не может автоматически прекратиться, даже если праву СССР и не известно подобное основание приобретения права собственности, за исключением тех случаев, когда это особо оговорено в советском (российском) законодательстве.

Согласно п. 3 ст. 164 разрешается очень важный с практической стороны дела вопрос о переходе права собственности в рамках осуществления внешнеэкономической и иной деятельности международного характера. Согласно содержащемуся в нем регулированию «возникновение и прекращение права собственности на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по праву места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон». Следовательно, главным принципом служит автономия воли сторон. Если же контрагенты по сделке не избрали в договоре соответствующий правопорядок, то будет действовать закон места заключения сделки — *lex loci contractus*. Таким образом, в зависимости от подходов, зафиксированных в том или ином законодательстве, будет решаться вопрос перехода права собственности на движимое имущество, являющееся предметом сделки. Выше было показано некоторое разночтение в подобного рода ситуациях, свойственных праву ряда стран, и указывалось, в частности, что по законодательству России и некоторых других государств переход права собственности связывается с фактической передачей вещи (ст. 223 ГК РФ). Однако при этом необходимо разграничивать два правовых института: переход права собственности, находящийся в рамках вещного права, и переход риска случайной гибели вещи — категорию обязательственного права. Статья 459 ГК РФ устанавливает, что риск случайной гибели в договоре купли-продажи, если стороны не договорились об ином, переходит с продавца на покупателя в момент, когда в соответствии с законом или договором продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю.

Право собственности на имущество, находящееся в пути по внешнеэкономической сделке, определяется по праву страны, из которой это имущество отправлено (ч. 2 п. 3 ст. 164 Основ гражданского законодательства 1991 г.). В то же время в ряде случаев имеются международные договоры, в которых установлены материально-правовые нормы, которые предусматривают необходимое «прямое» регулирование. Например, в Общих условиях поставок стран — членов СЭВ 1968/1988 г., имеющих в ограниченной сфере отношений юридическое значение для российских хозяйственных организаций при осуществлении ими внешнеторговых поставок (в частности, в случае поставок между предприятиями Российской Федерации и Вьетнама), переход права собственности с продавца на покупателя, а также риска случайной утраты или случайного повреждения товара считается совершенным: при железнодорожных перевозках — с момента передачи товара с железной дороги страны продавца железной дороге, принимающей товар; в водных перевозках на условиях FOB, CIF или CAF (CFR — согласно Инкотермс-2000) — с момента перехода товара через борт судна в порту погрузки, в автомобильных перевозках — с момента принятия товара с транспортных средств продавца на транспортные средства покупателя, а если товар доставляется транспортными средствами продавца за государственную границу его страны, — с момента досмотра товара пограничной таможней страны, граничащей со страной продавца; при воздушных перевозках — с момента сдачи товара организации воздушного транспорта в стране продавца.

Регулирование вещных отношений по поводу транспортных средств подчиняется в силу ч. 1 п. 2 ст. 164 Основ гражданского законодательства 1991 г. праву страны, где транспортное средство внесено в реестр. В случае предъявления собственником вещных требований о защите нарушенного права он может осуществить выбор того правопорядка, в соответствии с которым будет решаться спор по существу. Таковым может выступать право страны, где имущество находится, право страны, в суде которой заявлено требование, или право страны, в которой транспортное средство внесено в реестр (п. 4 ст. 164). Как видно, предоставленные законом возможности выбора правопорядка при заявлении требований в случаях нарушения права собственности распространяются и на другие категории вещей, а не только на транспортные средства.

Тенденции будущего развития международного частного права, характерные для регулирования в данной сфере, достаточно различимы в третьей части ГК РФ, которая обладает рядом новелл. Прежде всего, в коллизионных нормах, касающихся вещных прав, впервые получило отражение такое основание возникновения права собственности, как приобретательная давность. В этом плане соответствующей привязкой является принцип *lex situs* — право страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности (п. 3 ст. 1206). Во-вторых, воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, выделены в особую категорию вещей, к праву собственности в отношении которых, иным вещным правам, а также их осуществлению и защите применяется право страны, где эти суда и объекты зарегистрированы (ст. 1207). Соответственно, если стороны заключают договор по поводу движимого имущества, они вправе избрать применимый к их правам и обязанностям правопорядок. Выбор права в таком случае ограничивается определенными условиями. В частности, избранное право применяется к возникновению и прекращению права собственности и иных вещных прав на

движимое имущество без ущерба для прав третьих лиц. Кроме того, соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или должно определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела (пп. 1, 2 ст. 1210). Таким образом, сфера действия закона, избранного по соглашению сторон, существенно расширяется за счет санкционированного подчинения ему некоторых аспектов вещно-правовых, а не только обязательственных отношений, как это было ранее. В отношении имущества, внесенного в государственный реестр РФ, применяется российское право. Аналогичным образом к вопросам формы сделок в отношении недвижимого имущества, находящегося на территории РФ, внесенного в государственный реестр РФ, применяется право Российской Федерации. Форма сделок в отношении недвижимого имущества, находящегося за границей, подчиняется праву страны, где находится это имущество.

По-прежнему генеральной коллизионной нормой в области права собственности и иных вещных прав в российском регулировании остается принцип *lex situs*. В силу этого содержание права собственности и иных вещных прав и их осуществление, принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам подчиняются праву страны местонахождения вещи (ст. 1205). Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяется по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав. Исключения составляют случаи, когда законодательством Российской Федерации предусматривается иное. К подобной категории случаев может быть отнесена ситуация, решенная в ГК, когда возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на движимое имущество, являющееся предметом сделки, может устанавливаться по закону, избранному соглашением сторон. Если такой выбор не произведен, будет действовать привязка к правопорядку места отправки товара, если иное не предусмотрено законом (п. 2 ст. 1206).

Привязка к праву страны отправки товара, если иное не установлено соглашением сторон по сделке или законом, предусматривается в целях разрешения вопросов права собственности и иных вещных прав в отношении движимого имущества, находящегося в пути, и в принципе совпадает с регулированием, закрепленным в Основах гражданского законодательства.

Оценивая зафиксированные в третьей части ГК РФ подходы к коллизионному регулированию, следует отметить, что они аналогичны по содержанию правилам, разработанным в Модельном гражданском кодексе стран СНГ. Исходя из этого, впоследствии при принятии в странах-участницах нового гражданского законодательства либо обновлении соответствующих его разделов можно ожидать достаточно высокой степени единообразия действующих в этих государствах правовых норм, поскольку каждый из правопорядков неизбежно должен отражать регулирование, предложенное в Модельном кодексе, в том числе и в области отношений собственности, лежащих в сфере международного оборота.

#### **§ 4. Правовое положение иностранных граждан, лиц без гражданства и юридических лиц в области отношений собственности в Российской Федерации**

Как и любому иному собственнику, иностранному гражданину или лицу без гражданства на территории РФ принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом. Собственник по своему усмотрению имеет право совершать в отношении принадлежащего ему имущества любые действия, не запрещенные законом и иными правовыми актами и не противоречащие правам и охраняемым законом интересам других лиц, в том числе отчуждать свое имущество в собственность другим лицам, передавать им, оставаясь собственником, права владения, пользования и распоряжения имуществом, отдавать имущество в залог или обременять его другими способами в целях обеспечения своих обязательств перед третьими лицами, будь то граждане РФ и российские юридические лица, или граждане и юридические лица других государств, равно как и распоряжаться каким-либо иным образом с учетом ограничений по такому распоряжению, о которых говорилось выше или которые установлены в иных законодательных актах Российской Федерации либо субъектов Федерации.

Российское право не разграничивает иностранцев на проживающих в пределах юрисдикции Российского государства и тех, кто имеет постоянное место жительства вне ее. И те и другие могут иметь на территории России тот же объем вещных прав и корреспондирующих им обязанностей, основанных на законе, принципах равенства, автономии воли и самостоятельности участвующих в гражданском обороте субъектов, что и граждане РФ, с изъятиями, установленными нормами федерального законодательства или международными договорами.

В главе 14 говорилось о некоторых ограничениях, установленных федеральным законодательством Российской Федерации, в области возникновения прав собственности иностранцев, особенно в том, что касается прав на землю в рамках первичной передачи прав на нее от государства. Как отмечалось, наибольшими ограничениями характеризуется правовое положение иностранцев в области земельных, приватизационных и некоторых других отношений. В свете того, что законодательство РФ наделяет иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц теми же правами и обязанностями, что и граждан и юридических лиц Российской Федерации, кроме случаев, установленных законом или международным договором, представляется целесообразным остановиться на подобного рода изъятиях.

Напомним, что согласно ст. 3 закона РСФСР «Об иностранных инвестициях в РСФСР» от 4 июля 1991 г. иностранные инвесторы имели право осуществлять инвестирование на территории РСФСР путем приобретения только прав пользования землей и иными природными ресурсами. В ныне действующем акте — федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. данный вопрос не рассматривается специально, а устанавливается лишь общее положение применительно к дефиниции иностранной инвестиции: «Иностранная инвестиция — вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации в виде объекта гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, *если такие объекты гражданских прав не изъяты из гражданского оборота или не ограничены в обороте Российской Федерации*» (курсив мой — Л.А.) (ст. 2).

Участки недр, континентального шельфа, а также участки лесного фонда не могут находиться в собственности иностранных граждан и юридических лиц, а могут быть предоставлены им только на правах пользования или аренды при

условии, что иностранные граждане и юридические лица наделены правом заниматься соответствующим видом деятельности (ст. 1—2 закона РФ «О недрах» от 21 февраля 1992 г., ст. 7 закона РФ «О континентальном шельфе» от 30 ноября 1995 г., ст. 22 Лесного кодекса РФ от 29 января 1997 г.).

Законодательство РФ предусматривает также следующие прямые ограничения прав иностранцев в отношении земельных участков. К ним относится, во-первых, невозможность создавать крестьянско-фермерские хозяйства и получать для создания крестьянского фермерского хозяйства земельный участок. Статья 4 закона РСФСР «О крестьянском (фермерском) хозяйстве» 1991 г. определяет, что *право на создание крестьянского хозяйства* и на получение земельного участка для этих целей имеет каждый дееспособный *гражданин РСФСР*, достигший 18-летнего возраста, имеющий опыт работы в сельском хозяйстве и сельскохозяйственную квалификацию либо прошедший специальную подготовку. Во-вторых, необходимо указать на невозможность для иностранцев иметь в собственности земельные участки, предоставляемые членам садоводческих, огороднических и дачных товариществ: ст. 18 закона РФ «О садоводческих, огороднических и дачных некоммерческих объединениях граждан» 1998 г. устанавливает, что членами товариществ могут быть граждане РФ, достигшие 18 лет и имеющие в собственности земельные участки в границах товарищества. Иностранцы могут быть членами таких товариществ, если земельные участки предоставлены им в аренду или срочное пользование. В-третьих, особой разновидностью ограничения выступает в силу закона РФ «О племенном животноводстве» от 3 августа 1995 г. невозможность иметь земельные участки в собственности для осуществления племенного животноводства в случае, если соответствующий режим собственности не предоставлен российским гражданам соответствующим иностранным государством.

Данные ограничения относятся к безвозмездной «первичной» передаче иностранным гражданам земельных участков от государства. Тем не менее нельзя не подчеркнуть еще раз, что граждане и юридические лица — собственники земельных участков — имеют право совершать с ними гражданско-правовые сделки. Указ Президента РФ «Об утверждении порядка продажи земельных участков при приватизации государственных и муниципальных предприятий, расширении и дополнительном строительстве этих предприятий, а также предоставленных гражданам и их объединениям для предпринимательской деятельности» от 14 июня 1992 г. № 631 (разд. I) предоставил гражданам и юридическим лицам, включая иностранных граждан и лиц без гражданства, которые приобрели право собственности на предприятие, здание, строение, сооружение, помещение в результате приватизации, право приобретать в собственность земельные участки, занимаемые приватизированными объектами, а также при расширении и дополнительном строительстве этих объектов. Хотя согласно указу Президента РФ от 16 мая 1997 г. № 485 «О гарантиях собственникам объектов недвижимости в приобретении в собственность земельных участков под этими объектами» разд. I указанного Порядка утратил силу, Указ Президента РФ № 485 подтвердил, что право приобретения в собственность земельных участков (долей земельных участков), на которых расположены ранее приватизированные здания, строения, сооружения, помещения, объекты незавершенного строительства (объекты недвижимости), в первую очередь имеют физические и юридические лица — собственники указанных объектов недвижимости.

Таким образом, несмотря на наличие в земельном законодательстве России

определенных изъятий из объема гражданских прав иностранных граждан и юридических лиц, последние при соблюдении вышеизложенных условий могут иметь в собственности земельные участки на территории Российской Федерации, приобретенные ими в результате совершения гражданско-правовых сделок, в том числе в порядке наследования и приватизации.

Кроме того, необходимо иметь в виду также и правовое регулирование, содержащееся в ГК РФ, а именно в ст. 129 и 209. Их нормы устанавливают, во-первых, что владение, пользование и распоряжение землей и другими природными ресурсами в той мере, в какой их оборот допускается законом, осуществляются их собственником свободно, если это не наносит ущерба окружающей среде и не нарушает прав и законных интересов третьих лиц, и, во-вторых, что земля и другие природные ресурсы могут отчуждаться (т.е. передаваться в порядке купли-продажи, наследования, дарения и т.д.) и свободно переходить от одного лица к другому иными способами в той мере, в какой их оборот допускается законами о земле и других природных ресурсах, а также что виды объектов гражданских прав, нахождение в обороте которых не допускается, должны быть прямо указаны в законе. Следовательно, необходимо прийти к заключению, что пока прямое запрещение иностранным гражданам и лицам без гражданства иметь в собственности землю и иные природные ресурсы на территории России не будет присутствовать в специальных нормах законодательства Российской Федерации, они могут претендовать на обладание статуса собственников в отношении подобного рода объектов.

В то же время, поскольку приведенные положения Гражданского кодекса, равно как и другие его нормы, относящиеся к праву собственности на землю, начинают действовать после вступления в силу Земельного кодекса РФ, окончательное и однозначное решение этого вопроса можно ожидать с принятием на федеральном уровне специального земельного законодательства.

Таким образом, в нынешних условиях необходимо иметь в виду соответствующие направления регулирования, обеспечиваемые введением в действие с 30 октября 2001 г. Земельного кодекса Российской Федерации. Хотя в нем и устанавливается, что иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица являются участниками земельных отношений (ст. 5), пожалуй, единственным недвусмысленно и четко сформулированным правомочием иностранных граждан и лиц без гражданства является право аренды, зафиксированное в ст. 22 Кодекса. Наряду с этим столь же явно предусмотрен запрет для указанной категории лиц, а также иностранных юридических лиц в отношении права собственности на земельные участки, расположенные на приграничных и иных территориях, перечень которых определяется федеральными законами (ст. 15). Однако провозглашается равный доступ граждан и юридических лиц к приобретению в собственность земельных участков, не изъятых из гражданского оборота, равно как и в случаях, когда земли находятся в государственной или муниципальной собственности (п. 2 ст. 15). В сопоставлении с правилами ст. 5 и нормами ст. 28 Кодекса о том, что «иностранным гражданам, лицам без гражданства и иностранным юридическим лицам в соответствии с настоящей статьей земельные участки предоставляются в собственность только за плату, размер которой устанавливается настоящим Кодексом» (п. 5), указанное может трактоваться как возможность для рассматриваемых категорий лиц иметь земельные участки на территории России в собственности с учетом ограничений, предусмотренных федеральными законами. Систематизация соответствующих изъятий и ограничений, приведение в соответствие всего массива земельного



законодательства, как известно, еще не осуществлены.

Кроме того, важно также и знание различий, существующих в правовом регулировании соответствующих отношений, которые могут иметься и имеются в настоящее время фактически, в том, что касается подхода к решению тех или иных задач в рамках конкретных субъектов Федерации и, следовательно, действия определенных норм на их территориях.

## § 5. Право собственности российских граждан за рубежом

Имеют ли право граждане РФ приобретать недвижимость за рубежом? Отвечая на этот вопрос, необходимо иметь в виду два аспекта: прежде всего подход к его решению со стороны отечественного, т.е. российского, правопорядка, а затем отыскание соответствующей позиции в рамках той иностранной юрисдикции, в которой приобретается недвижимость. Таким образом, если российское право говорит «да» в этом плане, то это еще не означает реальную возможность купить недвижимость за рубежом для гражданина РФ, ибо не все государства следуют аналогичному пути, разрешая иностранцам приобретать недвижимость, расположенную на его территории.

Что касается деталей регулирования данных отношений в Российской Федерации, то сегодня, констатируя соответствующие изменения, произошедшие в относительно недавнее время, можно отметить определенный сдвиг в сторону либерализации. Речь идет о том, что в свое время в целях обеспечения валютного контроля и валютного регулирования в развитие закона РФ от 9 декабря 1992 г. «О валютном регулировании и валютном контроле» Центральным банком России был разработан порядок осуществления валютных операций, связанных с «движением капитала», в силу которого любая покупка российским физическим или юридическим лицом недвижимости, акций, ценных бумаг и т.д. за границей должна была осуществляться только по разрешению ЦБ РФ, подтвержденный особо в отношении приобретения недвижимой собственности письмом ЦБ России от 25 октября 1994 г. Впоследствии Приказом ЦБ РФ № 02-94 от 24 апреля 1996 г. подобное требование было заменено на более мягкое — в противовес получению *разрешения* ЦБ РФ (которое, кстати сказать, за все время действия подобного положения было соблюдено в единичных случаях) предусматривалось *уведомление*. В результате в нашей стране на место разрешительного должен прийти явочный порядок приобретения недвижимостей за рубежом и совершения иных валютных операций. Вместе с тем необходимо иметь в виду, что рассматриваемые положения пока еще не вступили в действие (см. об этом ниже).

Представляет интерес и вопрос о том, каковы же требования и условия приобретения недвижимости для российских граждан в конкретных государствах. Закономерно, что рассмотрение связанной с затрагиваемым вопросом ситуации ограничивается определенной группой стран, в рамках которой наблюдается наибольший удельный вес совершающихся сделок с недвижимым имуществом с участием граждан России. Это обусловлено, с одной стороны, соответствующей климатической привлекательностью, а с другой — социально-экономическими, политическими и в немалой степени правовыми факторами, действующими в таких странах. Особое место в указанной группе стран занимает Республика Кипр, что не в последнюю

очередь, помимо вышеупомянутого, объясняется наличием между нашими государствами международных договоров, жизненно важных применительно к этой сфере:

Соглашения об устранении двойного налогообложения доходов и имущества 1982 г. и Договора о правовой помощи по гражданским и уголовным делам 1984 г.

**Процедура совершения и оформления сделки по приобретению недвижимости на Кипре.** При совершении гражданско-правового договора купли-продажи дома, квартиры, виллы необходимо личное присутствие покупателя и его надлежащим образом уполномоченного представителя. Все документы должны быть подготовлены на новогреческом или английском языках. Практически невозможно совершить и оформить сделку без помощи местного адвоката. После формирования пакета документов по договору (копии договора, приложений, включая планы местности, план-чертеж дома или квартиры, для участков земли, разделенных на части с целью их продажи, — копии разрешения на их раздел, копии титула собственности) покупатель (через адвоката) обращается за разрешением Совета министров Кипра на приобретение недвижимости на Кипре с приложением к заявлению (по определенной форме) биографической справки, сведений о финансовом состоянии, копий страниц паспорта с именем и фотографией, а также документа, свидетельствующего о наличии валютных средств у лица на покупку данного имущества. При этом подразумевается, что такие средства должны происходить из источников вне Кипра. После получения данного разрешения купля-продажа может быть зарегистрирована в местном земельном органе по месту нахождения недвижимости на имя российского гражданина. Соответствующие налоги и сборы уплачиваются с момента заключения гражданско-правового договора.

По общему правилу, российские граждане вправе приобретать акции и ценные бумаги иностранных компаний и обществ, а также учреждать на территории зарубежных государств юридические лица со своим участием. Возможности в этом отношении ограничены лишь теми исключениями, которые существуют в сфере валютного регулирования в Российской Федерации, в зарубежных странах в части установления определенного минимума уставного капитала (например, не менее 50 000 французских франков для торгового товарищества, 250 000 франков — для акционерного общества, не обращающегося к публичной подписке, во Франции, 100 000 немецких марок для акционерного общества в ФРГ и т.д.), перевода прибылей за границу, а также иными ограничениями, действующими в силу правовых предписаний соответствующих государств. Наибольшей притягательностью в плане создания компаний пользуются так называемые оффшорные зоны, которые существенно различаются между собой, однако во всех практически случаях, где-то в большей, где-то в меньшей мере, обеспечивают налоговые «убежища» или хотя бы «умеренные» условия. Это: Гибралтар, Гернси, остров Мэн, Джерси, Кипр, Багамские острова, Каймановы острова, Британские Виргинские острова, Невис, Гонконг (Сянган), Маврикий, Панама, штаты Невада, Делавэр в США, а также Ирландия, Люксембург, Швейцария, Лихтенштейн и ряд других.

Право граждан РФ владеть денежными средствами, хранящимися на счетах в иностранных банках, представляет еще один аспект отношений собственности применительно к правовому положению физических лиц—граждан России. Российские граждане могут обладать правом собственности на средства, находящиеся в банках и кредитных учреждениях иностранных государств, полученные в порядке наследования или по другим основаниям. Кроме того, они имеют право открывать за рубежом счета и пользоваться ими. Для реализации данных правомочий имеет важное значение ряд императивных материально-правовых норм российского законодательства, прежде всего валютного и налогового права. В соответствии с п. 2 ст. 5 Закона РФ о валютном регулировании и валютном контроле «резиденты могут иметь счета в иностранной валюте в банках за пределами Российской Федерации, в случаях и на условиях, устанавливаемых Центральным Банком Российской Федерации». Так, гражданин России, находящийся за рубежом для целей осуществления трудовой деятельности, вправе открыть банковский счет без какого бы то ни было разрешения на период своего пребывания за границей.

Упомянутым письмом ЦБ РФ от 25 октября 1994 г. определялся порядок совершения ряда валютных операций (приобретения зданий, сооружений, земли, иной находящейся на территории иностранных государств недвижимой собственности или прав на нее, регистрации компаний в странах, предоставляющих льготные режимы налогообложения, включая оффшорные зоны, покупки акций и оплаты взносов в уставные капиталы иностранных предприятий, в том числе открытия счетов в иностранных банках). В нем однозначно указывалось, что вышеназванные операции являются законными только при наличии у российского предприятия, учреждения, организации или гражданина соответствующего разрешения (Банка России).

В целях ограничения вывоза капитала из страны Банком России определен разрешительный порядок открытия счетов в банках за пределами Российской Федерации российскими гражданами, за исключением случаев открытия последними счетов на время пребывания за границей.

В дальнейшем определенные условия совершения некоторых валютных операций были Центробанком изменены в сторону либерализации. Так, Приказом Центробанка № 02-94 от 24 апреля 1996 г. вышеуказанное требование о необходимости получения разрешения было смягчено — в противовес получению *разрешения* ныне требуется только *в соответствующей форме ставить Центробанк в известность* о приобретении недвижимости за рубежом, включая ее оплату средствами, находящимися на счетах физических лиц, открытых этими лицами *в установленном Банком России порядке* в банках-нерезидентах. При этом для целей организации и учета в территориальное учреждение Банка России по постоянному месту жительства физического лица направляются формы учета в порядке и в сроки, установленные Положением о порядке проведения в Российской Федерации некоторых валютных операций от 24 июня 1996 г. (в ред. письма ЦБ РФ от 3 февраля 1997 г., приказов ЦБ РФ от 27 августа 1997 г. и 24 октября 1997 г.). Предусматривалась разработка необходимых бланков особого учета, представление которых в банк и налоговые инспекции по месту жительства физического лица имеет место уже после осуществления сделки. Однако следует упомянуть о двух важных обстоятельствах. Во-первых, соответствующие положения письма ЦБ от 24 апреля 1996 г., в которых идет речь именно о механизме исполнения указанного (пп. 1.10, 1.14 и 2), должны были вводиться в действие по специальному решению Совета директоров Банка России, чего не было сделано. Во-вторых, в

данных документах не были оговорены детали (реквизиты и условия), соблюдению которых необходимо было бы следовать физическим лицам при открытии ими счетов за рубежом в банках-нерезидентах. Параллельно с этим не было произведено отмены вышеприведенных требований по разрешительному порядку открытия счетов в иностранных банках. В настоящее время специальным документом «О счетах физических лиц-резидентов в банках за пределами РФ» № 100-И от 29 августа 2001 г. Банк России разрешил указанным лицам открытие счетов за границей.

С точки же зрения налогового законодательства непреложным выступает содержащееся в нем и выраженное в явной форме требование об обязанности граждан РФ уплачивать взимаемые согласно закону РФ от 27 декабря 1991 г. «Об основах налоговой системы в Российской Федерации» и закону от 7 декабря 1991 г. «О подоходном налоге с физических лиц» налоги. В частности, в принятой ГНС инструкции от 29 июня 1995 г. № 35 «По применению Закона РФ «О подоходном налоге» указывается, что плательщиками подоходного налога являются физические лица — граждане РФ, как имеющие постоянное местожительство в Российской Федерации, так и не имеющие его. Объектом налогообложения у физических лиц, имеющих постоянное местожительство в Российской Федерации, является совокупный доход, полученный в календарном году на территории РФ и за ее пределами в денежной (рублях и иностранной валюте) и натуральной формах (п. 3).

Доходы, полученные в текущем календарном году за пределами Российской Федерации физическими лицами с постоянным местожительством в Российской Федерации, включаются в доходы, подлежащие налогообложению в Российской Федерации.

Суммы подоходного налога, уплаченные за пределами Российской Федерации в соответствии с законодательством иностранных государств лицами, имеющими постоянное местожительство в Российской Федерации, — плательщиками подоходного налога, засчитываются при уплате ими налога в Российской Федерации.

Поскольку международными договорами Российской Федерации могут быть установлены иные правила, чем те, которые содержатся в законодательстве Российской Федерации по налогообложению, то применяются правила международных договоров. В этом случае необходимые ответы содержатся в соглашениях об устранении двойного налогообложения. Например, в соответствии с Соглашением между правительством СССР и правительством Королевства Бельгии об избежании двойного налогообложения доходов и имущества от 17 декабря 1987 г., продолжающим свое действие для Российской Федерации, оно применяется к следующим видам налогов: подоходный налог с физических лиц, подоходный налог с иностранных юридических лиц, налог на прибыль иностранного участника совместного предприятия, переводимую за границу, сельскохозяйственный налог с владельцев строений, земельный налог — применительно к СССР (Российской Федерации); налог с физических лиц, налог с компаний, налог с юридических лиц, налог с лиц, не имеющих постоянного местопребывания в Бельгии, особый сбор, приравненный к налогу с физических лиц, включая предварительные сборы и дополнительные сборы к налогу с физических лиц, — применительно к Бельгии. «Проценты, возникающие в одном договаривающемся государстве, выплачиваемые лицу с постоянным местопребыванием в другом государстве, подлежат налогообложению в этом другом государстве. Эти проценты подлежат также налогообложению в первом договаривающемся государстве в соответствии с

его законодательством. Однако взимаемый таким образом налог не может превышать 15 процентов валовой суммы процентов» (ст. 9).

В соответствии со ст. 19 Соглашения об устранении двойного налогообложения между Бельгией и СССР, применительно к СССР (ныне Российская Федерация) двойное налогообложение устраняется в порядке, предусмотренном национальным законодательством. В этой связи ключевыми являются положения п. 3, 4 и 16 вышеупомянутой Инструкции ГНС № 35, согласно которым российские граждане, имеющие постоянное место жительства в Российской Федерации, подлежат налогообложению в Российской Федерации в объеме, установленном российским законодательством с учетом норм международных договоров, заключенных Российской Федерацией.

При этом важно подчеркнуть, что действующие нормативные акты в области налогообложения предусматривают *обязательность* подачи в налоговые органы деклараций о совокупном доходе в течение отчетного календарного года физическими лицами с постоянным местом жительства в Российской Федерации, получающими доход (в иностранной валюте) из источников за границей. Такие граждане квалифицируются как категория налогоплательщиков, расчет налога которых «производится в соответствии с разд. IV Инструкции ГНС № 35 непосредственно налоговыми органами» (п. 41). Кроме того, вне зависимости от действующих в определенных случаях правил освобождения физических лиц от подачи деклараций (получение доходов только по одному месту работы и непревышение в соответствующем отчетном году совокупным доходом объемов, исчисление налога с которых осуществляется по минимальным ставкам) рассматриваемая категория граждан обязана подавать декларации о доходах в налоговые инспекции по месту жительства (п. 63 Инструкции).

### **Контрольные вопросы:**

1. В чем заключается характеристика права собственности как основного института МЧП?
2. Каковы коллизионные принципы, действующие в области вещных отношений?
3. Какова сфера действия «закона местонахождения вещи» в современном МЧП?
4. Каковы коллизионные принципы, применяемые для особых категорий движимых вещей (транспортных средств, ценных бумаг, вещей в пути и др.)?
5. В чем состоят особенности коллизионно-правового и материально-правового регулирования отношений собственности иностранцев в Российской Федерации?
6. Каковы изъятия из принципа национального режима в отношении иностранных граждан, лиц без гражданства и юридических лиц в области вещного права в Российской Федерации?
7. Чему подчиняется регулирование вещных прав российских граждан за рубежом и каковы особенности такого регулирования?

## **Глава 19. Правовое регулирование иностранных инвестиций**

**Литература:** Иностранные инвестиции в странах СНГ и Великобритании. М., 1992; *Богатырев А.Г.*, Инвестиционное право. М., 1992; *Исполинов А.С.*

Иностранные инвестиции в Российской Федерации и современное международное право//Московский журнал международного права. 1993. № 1. С. 153—159; *Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г.* Правовое регулирование иностранных инвестиций в России и за рубежом. М., 1993; *Серегин В.П., Степанов В.П., Халевинская Е.Д.* Современный взгляд на иностранные инвестиции в России. М., 1994; *Богуславский М.М.* Правовое регулирование иностранных инвестиций в России. М., 1996; *Игнатов В., Бутов В.* Свободные экономические зоны. М., 1997; *Оффшорные фирмы в международном бизнесе: принципы, схемы, методы.* М., 1997; *Витякова Н.Г.* Юридические аспекты деятельности иностранной компании на российской рынке//Иностранный капитал в России: налоги, валютное и таможенное регулирование. 1997. № 1; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 252—271; *Международное частное право: Учебник для вузов / Под ред. Н.И. Марышевой.* М., 2000. С. 184—197.

## **§ 1. Система правового регулирования иностранных инвестиций в МЧП**

*А. Международно-правовое регулирование.* Отчетливой тенденцией в общественном развитии современной эпохи выступает интернационализация хозяйственного оборота, обусловившая активизацию процессов движения капиталов, товаров и услуг через государственные границы. Результатом интеграции стало всевозрастающее многообразие форм деятельности правосубъектных образований за пределами собственных национальных государств. Наиболее характерными сферами деловой активности в сегодняшнем мире является вложение материальных и финансовых ресурсов, техники и технологии, управленческого опыта в экономику зарубежных государств в целях более эффективного их использования как инвесторами, так и принимающими государствами, производственно-кооперационные и собственно торговые операции широкого спектра.

Правовое регулирование иностранных инвестиций строится на сочетании *международно-правового и национально-правового элементов.* Международно-правовое регулирование включает различные категории международных соглашений: многосторонние универсальные, региональные и двусторонние.

В числе многосторонних соглашений, получивших значительный резонанс в мире, следует назвать Вашингтонскую конвенцию об урегулировании инвестиционных споров между государствами и национальными субъектами права иных государств от 18 марта 1965 г., которая вступила в силу 14 октября 1966 г., и Сеульскую конвенцию о об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г., вступившую в силу 12 апреля 1988 г. Благодаря этой Конвенции система государственного и частного страхования дополняется международной системой страхования иностранных инвестиций, основанной на многостороннем сотрудничестве государств. Создаваемое в соответствии с рассматриваемым международным соглашением Агентство по гарантиям инвестиций (МИГА) имеет функцией заключение договоров страхования и перестрахования некоммерческих рисков, которым могут подвергаться иностранные инвестиции стран—участниц Конвенции. Агентство вправе производить дополнительные ассигнования в целях расширения деятельности по обеспечению притока инвестиций в развивающиеся страны—участницы договора, которые рассматриваются в качестве таковых для целей Конвенции. В Конвенции содержатся понятия гарантий, инвестиций, подпадающих под гарантии, инвестора, подпадающего под гарантии,

содействия капиталовложениям (ст. 12—13).

В качестве форм содействия капиталовложениям Конвенция рассматривает распространение информации о возможностях капиталовложений в развивающихся странах-членах, предоставление технических консультаций и помощи для улучшения инвестиционных условий на территории данного участника, заключение соглашений с перспективными с точки зрения принятия инвестиций странами, в силу которых будут обеспечиваться в отношении гарантируемых Агентством инвестиций режимы, не менее благоприятные, чем те, которые уже предоставлены таким государством-членом инвестициям других агентств или государств, пользующихся режимом наибольшего благоприятствования. Наряду с этим Агентство способствует мирному урегулированию споров между инвесторами и принимающими странами. В этой части Сеульская конвенция дополняет регулирование, содержащееся в ашингтонской конвенции, которая предусматривает для отдельной категории инвестиционных споров — между государством и национальными субъектами права других государств — создание Международного центра по урегулированию инвестиционных споров при Международном банке реконструкции и развития. В компетенции Центра «находится разрешение правовых споров, возникающих непосредственно из отношений, связанных с инвестициями между Договаривающимся государством (или любым уполномоченным органом Договаривающегося государства, о котором сообщено Договаривающимся государством Центру) и лицом другого Договаривающегося государства, при условии наличия письменного согласия участников о передаче такого спора для разрешения Центру. Стороны, достигшие такого согласия, не вправе отказаться от него в одностороннем порядке» (ст. 25).

Среди современных документов международно-правового характера, принятых в последние годы и не столь активно освещаемых в отечественной юридической литературе, присутствует Соглашение по связанным с торговлей инвестиционным мерам (ТРИМС), принятое 15 апреля 1994 г. в рамках Уругвайского раунда переговоров государств—участников ВТО, явившееся результатом достижения договоренности между странами—экспортерами капитала об устранении препятствий на путях осуществления инвестиций в широких международных масштабах. Оно направлено на закрепление обязательств государств—участников по неприменению в инвестиционных отношениях мер, сковывающих международную торговлю, а также установление в договорном порядке перечня подобных мер. Соглашение конструируется как средство содействия либерализации мировой торговли, расширения потоков иностранных инвестиций для целей ускорения экономического роста торговых партнеров, в том числе развивающихся стран—членов ВТО. В соответствии с положениями ст. 2 ТРИМС его участники приняли на себя обязательства воздерживаться от мер, не совместимых с положениями, зафиксированными в ГАТТ-94, относящимися к принципу национального режима, запрета количественных ограничений в торговле. Например, из числа недопустимых согласно содержанию документа мер можно назвать требование, касающееся «потребления местного компонента», т.е. закупки или использования в процессе производства предприятием с иностранным участием конкретных товаров отечественного происхождения в определенных объемах, или требование об ограничении импорта товаров для целей производства посредством увязки его с объемом валютных поступлений на счет данного предприятия и др. Вместе с тем Соглашение не исключает

использование государствами в инвестиционной политике и правовом регулировании таких связанных с торговлей инвестиционных мер, как положения рестрикционного характера, обусловленные соображениями национальной безопасности, здоровья населения и т.д. (ст. 3).

Однако, поскольку участие большинства государств мира в вышеназванных международных договорах не является подавляющим, правовое регулирование взаимных отношений по иностранному инвестированию осуществляется на двусторонней основе. Ведущие страны Запада широко прибегают к использованию двусторонних соглашений о взаимной защите и поощрении иностранных капиталовложений в отношениях с развивающимися странами. Практика осуществления таких отношений выработала в ряде случаев достаточно известные образцы регулирования тех или иных сторон подобного рода взаимоотношений. Так, наименьшую критику с юридической точки зрения вызывает понятие «иностранная инвестиция», сконструированное в договорах Швейцарии с зарубежными государствами по рассматриваемому вопросу и характеризующееся достаточной полнотой. «Иностранная инвестиция — это любые виды активов, в том числе, однако, не исключительно: движимая и недвижимая собственность, равно как и другие вещные права, а именно закладные, право удержания имущества до уплаты долга, залоги, usufructы и аналогичные права; акции и другие виды долей и участия в компаниях; права требования денежного исполнения и другие права, имеющие материальную ценность; авторские права, права на промышленную собственность, ноу-хау, фирменные наименования, торговые марки и деловая репутация фирмы; производственные концессии публичного права, включая концессии на поиск и разработку полезных ископаемых».

Российская Федерация также активно использует двусторонние инструменты решения вопросов правового положения иностранных инвесторов на своей территории и собственных инвесторов в зарубежных странах. Подобные соглашения имеются у Российской Федерации как на основе правопреемства, так и в порядке их заключения в качестве самостоятельного субъекта международного права со многими государствами Европы, Азии и Латинской Америки: Великобританией, США, ФРГ, Швейцарией, Испанией, Канадой, Францией, Бельгией, Нидерландами, Италией, Австрией, Турцией, Кореей, Китаем, Финляндией, Индией и др.

В практике международных отношений к иностранным инвестициям традиционно применяется 2 режима — режим наибольшего благоприятствования и национальный режим. В соответствии со ст. 4 закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», ст. 2 ГК РФ, другими российскими правовыми актами правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, нежели правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленный российским инвесторам, за изъятиями, устанавливаемыми федеральными законами. Иными словами, в правовых актах РФ закреплен национальный режим. На основе обобщения предшествующей международно-правовой практики в Российской Федерации разработан Типовой проект соглашения между Правительством РФ и правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденный Постановлением Правительства РФ от 11 июня 1992 г., который имеет целью создать примерные рамки правового регулирования, относящегося к режиму иностранных инвестиций, устанавливаемому заключаемым международным договором с конкретным



государством. В частности, предлагаются следующие формулировки в отношении основ правового положения иностранных инвесторов: «Каждая из договаривающихся сторон будет обеспечивать на своей территории капиталовложениям инвесторов другой стороны и их деятельности справедливый и равноправный режим, исключающий применение мер дискриминационного характера». Упомянутый режим «не будет менее благоприятным, чем режим, который предоставляется капиталовложениям собственных инвесторов или инвесторов любого третьего государства». «Каждая из договаривающихся сторон оставляет за собой право определять отрасли и сферы деятельности, в которых исключается или ограничивается деятельность иностранных инвесторов». При этом режим наиболее благоприятствуемой нации, предоставляемый в соответствии с договором, не будет распространяться на преимущества, которые договаривающаяся сторона предоставляет или предоставит в будущем в связи с участием в зоне свободной торговли, таможенном или экономическом союзе, на основе соглашения об устранении двойного налогообложения или других договоренностей по вопросам налогообложения и т.д. (см. об этом в разделе «Принцип наибольшего благоприятствования»).

Следовательно, предоставление национального режима, предусматриваемое международными соглашениями Российской Федерации, заключенными с другими государствами в области иностранных капиталовложений, не исключает введение определенных ограничений в соответствующих сферах, формах и видах деятельности. Изъятия могут вводиться и в целях обеспечения национальной безопасности, общественного порядка, осуществления государственной монополии на производство и обращение некоторых видов товаров.

Российская Федерация, как отмечалось выше, на настоящем этапе имеет международные соглашения о защите инвестиций с большинством ведущих развитых стран: Австрией (от 8 февраля 1990 г.), Бельгией и Люксембургом (от 9 февраля 1989 г.), Великобританией (от 6 апреля 1989 г.), Германией (от 13 июня 1989 г.), Испанией (от 26 октября 1990 г.), Италией (от 30 ноября 1989 г.), Канадой (от 20 ноября 1989 г.), Китаем (от 21 июля 1990 г.), Нидерландами (от 5 октября 1989 г.), США (от 3 апреля 1992 г.), Финляндией (от 8 февраля 1989 г.), Францией (от 5 июля 1989 г. с учетом обмена письмами от 6 февраля 1992 г.), Швейцарией (от 1 декабря 1990 г.) и др.

В рассматриваемых международно-правовых соглашениях содержатся ключевые понятия, важные для точности и полноты правового регулирования: «инвестор», «капиталовложения», «национальная принадлежность иностранного юридического лица», являющегося инвестором, «режим иностранных инвестиций» и т.д. К капиталовложениям соглашения относят, как правило, имущество, здания, сооружения, оборудование, иные материальные ценности; денежные средства, акции и другие формы участия; права требования по денежным средствам, которые вкладываются для создания материальных ценностей; объекты интеллектуальной собственности — авторские права, права на изобретения, технологию, ноу-хау, промышленные образцы и товарные знаки; иные имущественные ценности, которые признаются капиталовложениями в соответствии с законодательством страны, на территории которой они осуществлены. В некоторых случаях в понятие «капиталовложения» включается и право на разведку, разработку, добычу и эксплуатацию природных ресурсов (соглашения с ФРГ, Великобританией).

Международные договоры в данной области специально оговаривают формы

неприкосновенности и гарантий защиты взаимных капиталовложений от таких мер государства-реципиента, как, например, национализация, экспроприация, реквизиция и конфискация. В частности, они фиксируют в качестве общего подхода к регулированию обязанностей государств-партнеров обязательство воздерживаться от подобных действий (соглашения с Финляндией, Испанией). Вместе с тем нельзя рассматривать в качестве содержания этого обязательства отказ от экспроприации в принципе, поскольку соглашения допускают возможность национализации и экспроприации, с соблюдением, однако, ряда императивных требований, в том числе и по выплате компенсации. Важно подчеркнуть, что международно-правовые договоры содержат более подробное регулирование соответствующих отношений, нежели это имеется во внутригосударственных актах, скажем, России.

Вопрос о государственных гарантиях и защите капиталовложений — один из основополагающих в сфере как национально-правового, так и международно-правового регулирования иностранных инвестиций. Наряду с обязательством государства не прибегать к национализации, кроме как в исключительных случаях, к тому же только тогда, когда этого требуют общественные интересы, и обязанностью, кроме того, выплатить при подобных обстоятельствах «быструю, адекватную и эффективную компенсацию», нередко в соответствующие акты включаются положения *rebus sic standibus* — оговорка о неизменности обстоятельств. Например, первые акты Казахстана в области инвестиций, принятые после провозглашения суверенитета, — закон от 30 ноября 1990 г. «О свободных экономических зонах в Казахской ССР» и закон от 7 декабря 1990 г. «Об иностранных инвестициях в Казахской ССР» устанавливали, что, во-первых, Казахская ССР гарантирует соблюдение прав и законных интересов граждан СССР, Казахской ССР и иностранных граждан, предприятий, объединений и организаций, действующих на территории свободной экономической зоны; во-вторых, национализация государством имущества, принадлежащего перечисленным субъектам, в общем порядке осуществляющим инвестиции или действующим на территории СЭЗ, не допускается; в-третьих, убытки, причиненные гражданам СССР, Казахской ССР и иностранным гражданам, предприятиям, объединениям и организациям в результате необоснованного вмешательства в их деятельность государственных и иных органов либо должностных лиц, подлежат возмещению этими органами. Закон Казахстана «Об иностранных инвестициях» от 19 июня 1995 г. вводит так называемую стабилизационную оговорку, устанавливая, что в случае ухудшения положения иностранного инвестора в результате изменения законодательства в течение 10 лет будет применяться регулирование, действовавшее в момент осуществления инвестиций, а по долгосрочным (свыше 10 лет) инвестиционным контрактам, заключенным с государственными органами и организациями, — до окончания срока действия договора, если последним не предусмотрено иное.

Условия стабилизационного характера в инвестиционных отношениях могут иметь различные формы и содержание. Помимо выражения в материально-правовых нормах, как показано выше, иногда они включены в коллизионно-правовое регулирование. Так, Римской конвенцией о праве, применимом к договорным обязательствам, предоставлены различные возможности выбора сторонами права на основе автономии воли. В частности, в области инвестиционных контрактов между государством и частным инвестором предусматривается стабилизационная — «дедушкина» — оговорка, «замораживающая» действие норм избранного правопорядка на момент выбора.

Кроме того, государство может согласиться на соблюдение условий договора в таком объеме, форме и содержании, как это было определено в момент его заключения, либо исполнять договор невзирая на последующие изменения в законодательстве. Однако следует заметить, что в рамках анализа предписаний ст. 3 Римской конвенции подобные суждения вызывают дискуссии. В то же время метод «отложенного выбора» права допускается Конвенцией безоговорочно. Он состоит в том, что сторонам или стороне контракта предоставляется возможность выбора правопорядка какого-либо государства на более поздних этапах от момента заключения договора в зависимости от наступления каких-либо событий, скажем, возникновения спора.

Конвенция о защите прав инвестора 1997 г. стран СНГ в свою очередь предусматривает, что в случае, если после вступления настоящей Конвенции в силу, сторонами будут изменены законодательные нормы, касающиеся инвестиций, которые, по мнению одной или нескольких заинтересованных сторон, ухудшают условия и режим инвестиционной деятельности, этот вопрос может быть внесен на рассмотрение Экономического суда Содружества Независимых Государств и/или иных международных судов или международных арбитражных судов (ст. 5).

Существенным элементом в сфере правового регулирования, охватываемой соглашениями, является проблема разрешения инвестиционных споров. При этом сохраняется дифференциация межгосударственных споров (т.е. споров, возникающих между участниками межгосударственного договора в связи с его исполнением) и гражданско-правовых — между инвестором и принимающим государством, между иностранными инвесторами, а также между национальными и иностранными участниками инвестиционной деятельности. Принципиальным положением в этой части является предусматриваемый соглашениями порядок арбитражного (третейского) разбирательства подобного рода разногласий.

**Б. Национально-правовое регулирование.** Масштабы присутствия на территории конкретной страны иностранных юридических лиц в предпринимательских целях в существеннейшей мере зависят от уровня благоприятствования в приеме зарубежного бизнеса, который создан соответствующими правовыми предписаниями, действующими в рассматриваемых областях в отдельно взятом государстве, — иными словами, конкретно от того режима, что предоставлен иностранным гражданам и юридическим лицам на данной территории. Именно он определяет их правовое положение в целом.

Национально-правовое регулирование вложения иностранных средств в отечественную экономику конкретной страны может осуществляться либо пакетом нормативных актов, либо единым комплексным документом, специально посвященным этому блоку отношений. Для многих из ведущих западных стран достаточно типично строить национально-правовое регулирование не на специальном законодательстве по иностранным инвестициям, а на основе применения к таким отношениям общих норм валютного, налогового, антитрестовского, банковского, корпоративного права (США, Великобритания, Франция, Япония, ФРГ, Швейцария, Испания, Португалия и др.).

С другой стороны, подобные акты, рассматриваемые в качестве традиционных инструментов регулирования, свойственных странам Азии, Африки и Латинской Америки, имеются не только в развивающихся государствах, но и в некоторых развитых странах (Новой Зеландии, Восточно-

Европейских странах, новых государствах Балтии, Российской Федерации, других странах СНГ, КНР, Монголии, Вьетнаме и т.д.).

Правовое регулирование отношений по иностранным инвестициям, как правило, осуществляется не с помощью коллизионного метода, а посредством использования материально-правовых норм. Указанные специальные акты содержат правила, непосредственно определяющие права и обязанности иностранных инвесторов. В этих актах устанавливается общий порядок допуска иностранных предприятий и физических лиц в национальную экономику, а также те организационно-правовые формы, в которых осуществляются иностранные инвестиции, условия функционирования иностранного капитала в стране и т.п.

В одних случаях вводится разрешительный порядок. В частности, законодательство об иностранных инвестициях Кыргызстана устанавливает, что иностранные инвестиции в республике требуют специального разрешения (лицензии), которое выдается Кабинетом министров Республики Кыргызстан не позднее чем в 30-дневный срок со дня поступления заявки иностранного инвестора. Регистрация иностранных инвесторов производится Министерством финансов республики (ст. 13 Закона об иностранных инвестициях в Республике Кыргызстан от 28 июня 1991 г.). Некоторые страны применяют принцип «открытых дверей», т.е. для иностранного капитала устанавливается свободный доступ в страну. В третьем варианте действуют достаточно специфичные условия для функционирования иностранных компаний и юридических лиц. К последним, в частности, относится Индия. В законодательстве этой страны для зарубежных компаний, избравших в качестве места осуществления бизнеса Индию, предусматривается особый статус — «зарегистрированной иностранной компании, имеющей в Индии место осуществления своей деятельности» (ст. 591—602 Закона о компаниях 1956 г.).

Правовое регулирование Китая по иностранным инвестициям представляет собой образец разрешительной системы и содержит ряд актов различной юридической силы по иерархии органов, принимавших их, однако образующих в определенной мере цельную совокупность национально-правовых актов, начиная с Конституции КНР 1982 г., в которой в общей форме провозглашается разрешение иностранным предприятиям и другим иностранным хозяйственным организациям и отдельным лицам вкладывать капиталы в Китае и осуществлять в различных формах экономическое сотрудничество с китайскими хозяйствующими субъектами. Согласно Закону КНР о предприятиях с иностранным капиталом от 12 апреля 1986 г., а также принятым в целях его развития и осуществления Правилам от 28 октября 1990 г. на территории Китая могли создаваться предприятия со стопроцентным участием иностранного капитала, которые, получив необходимое разрешение на деятельность в пределах территории КНР со стороны компетентных государственных органов (свидетельство об одобрении), осуществляли регистрационные мероприятия для целей реализации производственной (торговой) деятельности и получения лицензии по профилю. Дата выдачи лицензии считается датой учреждения предприятия с иностранным капиталом (ст. 13 Правил). Следует особо подчеркнуть, что созданные на территории КНР в соответствии с договорами о совместных предприятиях с китайским и иностранным капиталом, о кооперационных предприятиях с китайским и иностранным участием, субъекты хозяйствования становятся юридическими лицами китайского права и подчиняются китайскому правопорядку (ст. 126 Закона о договорах 1999 г.).

Законодательство Литвы, Казахстана, Кыргызстана, Российской Федерации,

Узбекистана, Украины, Эстонии — стран, имеющих специальные акты в области регулирования иностранных капиталовложений, — в той или иной форме запрещает дискриминацию иностранных инвесторов и устанавливает либо национальный режим, либо режим наибольшего благоприятствования. Статья 4 закона от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», ст. 5 Закона Узбекистана, ст. 21 Закона Эстонии, ст. 1 Закона Украины обеспечивают полную правовую защиту иностранных инвестиций. В дополнение к этому ст. 6 литовского Закона провозглашает защиту со стороны литовского государства не только иностранных инвестиций, но и доходов, прав и законных интересов иностранных инвесторов на территории Литвы. В случаях национализации или реквизиции иностранному инвестору выплачивается компенсация (ст. 21 Эстонского закона, ст. 25 Закона Казахстана, ст. 3 Украинского закона, ст. 11 Закона Узбекистана, ст. 8 Закона РФ).

Новейший российский акт в рассматриваемой области содержит развернутые положения в области гарантий в отношении иностранных инвесторов при осуществлении ими капиталовложений на территории РФ: гарантии правовой защиты деятельности (ст. 5), гарантии использования иностранным инвестором различных форм осуществления инвестиций на территории РФ (ст. 6), гарантии перехода прав и обязанностей иностранного инвестора другому лицу (ст. 7), гарантия компенсации при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями (ст. 8), гарантия от неблагоприятного изменения для иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями законодательства РФ (ст. 9), гарантия использования на территории РФ и перевода за ее пределы доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм (ст. 11), гарантия права иностранного инвестора на беспрепятственный вывоз за пределы РФ имущества и информации в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, которые были первоначально ввезены на территорию РФ в качестве иностранной инвестиции (ст. 12), гарантия права иностранного инвестора на приобретение ценных бумаг (ст. 13), гарантия участия иностранного инвестора в приватизации (ст. 14), гарантия предоставления иностранному инвестору права на земельные участки, другие природные ресурсы, здания, сооружения и иное недвижимое имущество (ст. 15), гарантия обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории РФ иностранным инвестором (ст. 10). Среди перечисленных гарантий важнейшее место занимает содержание ст. 7 Федерального закона 1999 г. как новелла российского права, впервые получившая закрепление. В частности, в ней устанавливается, что если иностранное государство или уполномоченный им государственный орган производит платеж в пользу иностранного инвестора по гарантии (договору страхования), предоставленной последнему в отношении инвестиций, осуществленных им на территории Российской Федерации, и к этому иностранному государству переходят права (уступаются требования) иностранного инвестора на указанные инвестиции, то в Российской Федерации такой переход прав (уступка требования) признается правомерным.

Обходя молчанием вопрос о национализации и реквизиции, Закон об иностранных инвестициях в Республике Кыргызстан от 28 июня 1991 г. и Закон о концессиях и иностранных концессионных предприятиях в Республике Кыргызстан от 6 марта 1992 г. предусматривают в качестве гарантий иностранных инвесторов и концессионеров полную компенсацию их убытков,

включая недополученную прибыль, возмещаемых в том числе и за счет казны. Закон Литвы применительно к аналогичным обстоятельствам вводит такую меру обеспечения государственных интересов в области регулирования иностранных капиталовложений, как приостановление инвестиционной деятельности. Согласно его ст. 11 инвестиционная деятельность, будь то деятельность совместного предприятия или предприятия с иностранным капиталом, может быть приостановлена литовским правительством, если она: а) противоречит законам Литвы; б) не отвечает экономическим требованиям; в) не соответствует уставу предприятия.

Важнейшими мерами общего характера по стимулированию или ограничению иностранного капитала со стороны принимающих государств являются следующие: государственный контроль за допуском и осуществлением деятельности в особых областях производства и секторах экономики, в частности, добычи полезных ископаемых и разработки недр; недопущение или ограничение допуска иностранных юридических лиц в стратегические отрасли народного хозяйства либо снятие или сокращение каких-либо запретов на допуск; регулирование с помощью поощрительного либо ограничивающего нормирования перевода прибылей за границу, реинвестирования средств в национальную экономику принимающего государства, налогообложения; установление экспортно-импортного контроля и др.

## **§ 2. Правовое положение иностранных инвесторов в Российской Федерации**

В соответствии с законодательством Российской Федерации иностранные юридические лица, включая, в частности, любые компании, предприятия и организации, наделенные правосубъектностью и полномочиями осуществлять деятельность за рубежом в соответствии с законодательством того государства, в котором они были созданы и в котором находятся их головные органы (государства своего местонахождения), могут создавать новые предприятия на территории Российской Федерации как в партнерстве с российскими гражданами и юридическими лицами — резидентами, так и самостоятельно.

Иностранные юридические лица должны быть созданы в тех правовых формах, которые признаны действительными в данном конкретном государстве происхождения юридического лица. Российское право не требует соответствия правовой формы иностранного юридического лица существующим в Российской Федерации формам организации юридических лиц. Юридические лица, если они правосубъектны по закону страны регистрации или местонахождения, будут считаться таковыми и в Российской Федерации.

В Российской Федерации определение государственной принадлежности иностранных юридических лиц осуществляется на основании критерия инкорпорации, т.е. регистрации, внесения в государственный реестр, а отнесение тех или иных к юридическим лицам производится на основе того закона, по которому они были созданы.

Если они были правомерно учреждены и получили статус юридического лица в порядке, соответствующем законодательству иностранного государства, то в пределах территории Российской Федерации таковое является иностранным юридическим лицом.

Согласно федеральному закону Российской Федерации от 9 июля 1999 г. «Об

иностранных инвестициях в Российской Федерации», пришедшему на смену закону РСФСР «Об иностранных инвестициях в РСФСР» от 4 июля 1991 г., иностранной инвестицией является «вложение иностранного капитала в объект предпринимательской деятельности на территории РФ в виде объектов гражданских прав, принадлежащих иностранному инвестору, если такие объекты... не изъяты из оборота или не ограничены в обороте в Российской Федерации в соответствии с федеральными законами, в том числе денег, ценных бумаг (в иностранной валюте и валюте Российской Федерации), иного имущества, имущественных прав, имеющих денежную оценку исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), а также услуг и информации» (ст. 2). Среди капиталовложений инвестиций в Законе выделяются прямые инвестиции. Прямая иностранная инвестиция — приобретение иностранным инвестором не менее 10 процентов доли, долей (вклада) в уставном или складочном капитале коммерческой организации, созданной или вновь создаваемой на территории РФ в форме хозяйственного товарищества или общества в соответствии с гражданским законодательством Российской Федерации; вложение капитала в основные фонды филиала иностранного юридического лица, создаваемого на территории РФ (ст. 2). Новое российское законодательство расширило перечень форм иностранных капиталовложений, установив, что прямые иностранные инвестиции могут осуществляться в виде финансовой аренды (лизинга) оборудования соответствующей номенклатуры (ст. 2).

При этом гражданская правоспособность иностранного инвестора, если это юридическое лицо, определяется в соответствии с законодательством государства его учреждения (правоспособность и дееспособность иностранного инвестора-гражданина подчиняется законодательству государства его гражданства, лица без гражданства, проживающего вне пределов территории Российской Федерации, — законодательству государства, где он имеет постоянное место жительства), образование нового российского юридического лица со стопроцентным или иным объемом участия иностранных юридических лиц подчиняется действию российского права. Это касается как формальных аспектов создания нового предприятия (выбор той организационно-правовой формы, которая закреплена действующим законодательством), так и вопросов материальных условий его функционирования: «правовое регулирование иностранных инвестиций на территории Российской Федерации, — говорится в ст. 3 ФЗ 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», — осуществляется настоящим Федеральным законом, другими федеральными законами или иными нормативными правовыми актами Российской Федерации, а также международными договорами».

Наиболее часто предприятия с иностранным участием создаются в формах закрытого акционерного общества или общества с ограниченной ответственностью. Согласно Постановлению Правительства РФ от 6 июня 1996 г. № 655 регистрацию предприятий с иностранными инвестициями осуществляет Государственная регистрационная палата (ГРП), существующая ныне при Министерстве юстиции РФ. Положением о порядке государственной регистрации субъектов предпринимательской деятельности установлено, что размер уставного капитала предприятия с иностранным участием при его регистрации (независимо от организационно-правовой формы) не должен быть менее суммы, равной 1000-кратному размеру минимальной оплаты труда в месяц, установленному законодательством Российской Федерации на дату представления учредительных документов для регистрации. Процедура

регистрации на местах состоит из регистрации в соответствующих местных органах исполнительной власти — администрациях (в Москве — в Московской регистрационной палате (МРП) правительства Москвы) и внесения в единый государственных реестр предприятий с иностранными инвестициями. Если объем иностранных инвестиций превышает 100 000 000 (100 000 деноминированных в 1998 г.) рублей, то регистрацию предприятий с иностранными инвестициями осуществляет ГРП, а местные администрации производят согласование и внесение в территориальный реестр.

Регистрация осуществляется при наличии ряда документов, в которые включаются:

- 1) письменное заявление с просьбой произвести регистрацию создаваемого предприятия;
- 2) нотариально заверенные копии учредительных документов;
- 3) заключения соответствующих экспертиз в предусмотренных законом случаях;
- 4) выписка из торгового реестра страны происхождения или иного эквивалентного доказательства юридического статуса иностранного партнера в соответствии с законодательством страны его местонахождения (свидетельства о регистрации, сертификата инкорпорации);
- 5) документ о платежеспособности иностранного учредителя, выданный обслуживающим его банком или иным кредитно-финансовым учреждением.

Учредительные и сопутствующие документы иностранного участника должны быть легализованы или апостилированы и снабжены переводом на русский язык.

При создании предприятий с иностранным участием, связанных с проведением крупномасштабного строительства или реконструкцией, предварительно должна проводиться государственная экспертиза, в том числе и экологическая. В необходимых случаях требуется заключение санитарно-эпидемиологических служб.

Иностранные юридические лица вправе приобретать доли участия, паи, акции и иные ценные бумаги предприятий, расположенных на территории России. Коммерческая организация рассматривается как предприятие с иностранными инвестициями и на него распространяются все льготы в области налогообложения, которые предусмотрены действующим российским законодательством. Согласно новому российскому акту об иностранных инвестициях в РФ «российская коммерческая организация получает статус коммерческой организации с иностранными инвестициями со дня вхождения в состав ее участников иностранного инвестора. С этого дня коммерческая организация с иностранными инвестициями и иностранный инвестор пользуются правовой защитой, гарантиями и льготами, установленными настоящим Федеральным законом» (ст. 4). И наоборот, коммерческая организация утрачивает статус организации с иностранными инвестициями со дня выхода из ее состава иностранного инвестора. В случае если в качестве ее участников имеется несколько иностранных инвесторов, — с момента выхода всех иностранных инвесторов.

Приобретение иностранными юридическими лицами долей участия, паев, акций и иных ценных бумаг, осуществляется в соответствии с общими нормами гражданского законодательства РФ, положениями законодательства об иностранных инвестициях, а также нормами отдельных специальных актов, регулирующих отдельные аспекты участия иностранных юридических и физических лиц в осуществлении инвестиций на территории РФ. Выпуск акций,



облигаций и других ценных бумаг организациями с иностранными инвестициями подчиняется регулированию, установленному соответствующими органами Российской Федерации — например Федеральной комиссией по ценным бумагам и фондовому рынку (ФКЦБФР) РФ.

Учредительные документы создаваемых предприятий с иностранным участием должны определять размер и порядок уставного капитала, распределение и размер долей участников, структуру, состав, формирование и компетенцию органов управления, порядок принятия решений, перечень вопросов, требующих решения общего собрания участников, порядок преобразования и ликвидации предприятия и т.д.

В учредительные документы, помимо вышеуказанного, могут быть включены и другие положения, не противоречащие действующему законодательству Российской Федерации и отражающие отдельные особенности деятельности предприятия.

Для того чтобы какое-либо иностранное юридическое лицо могло осуществлять хозяйственную деятельность на территории РФ, например, заключить внешнеэкономическую сделку, открыть банковский счет в уполномоченном банке, зарегистрировать товарный знак, подать заявку и получить патент на изобретение или выдать на их использование лицензию и т.д., не требуется особого разрешительного акта со стороны ее государственных или хозяйственных органов. Вместе с тем, если лицо желает быть поставлено в пределах территории РФ на учет для целей налогообложения или открыть банковский счет нерезидента, требование о выполнении достаточно широкого ряда формальных процедур, предусматриваемых российским законодательством, могло бы рассматриваться в качестве специфического института разрешения. Кроме того, ведение производственной или торговой деятельности предпринимательского характера допускается только посредством создания юридического лица. К тому же в отдельных случаях, применительно как к российским, так и к иностранным субъектам, отдельные виды деятельности подлежат лицензированию.

Иностранное юридическое лицо вправе учредить на территории РФ дочернюю компанию, филиал или представительство. В том, что касается дочерних предприятий, не возникает каких-либо неясностей. Однако вопрос об учреждении в РФ иностранным юридическим лицом филиала сопровождается некоторыми юридическими контроверзами. Дело в том, что по российскому (а равно и по праву многих других государств) законодательству филиал не обладает статусом юридического лица. Вместе с тем согласно действовавшим ранее нормам (до принятия нового федерального закона «Об иностранных инвестициях») если иностранная компания желала открыть свой филиал в РФ, то его учреждение подчинялось нормативным актам РФ об иностранных инвестициях, общим и специальным нормам гражданского права по процедуре создания, регистрации и т.д., которые не разграничивали учреждение в РФ предприятия с частичным иностранным участием, множественным членством в них иностранных участников и таковые со 100%-ным участием одного иностранного лица, с одной стороны, и открытие иностранным юридическим лицом дочернего предприятия и филиала в собственном смысле этого понятия на территории России, — с другой. В последнем случае создаваемое иностранным юридическим лицом предприятие с экономической и юридической точек зрения как филиал выступало в РФ не в качестве такового, а должно было удовлетворять всем требованиям, предъявляемым к самостоятельным структурам соответствующей правовой формы, и считалось в

России отдельным юридическим лицом российского права — образованием, учрежденным и зарегистрированным в соответствии с законами РФ, что вело к уничтожению границы между филиалом и дочерней компанией. В новом законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. сделана попытка устранить подобное юридическое несоответствие экономической сути явления. Так, согласно ст. 21 Федерального закона «филиал иностранного юридического лица создается в целях осуществления на территории Российской Федерации той деятельности, которую осуществляет за пределами Российской Федерации головная организация, и ликвидируется на основании решения иностранного юридического лица... Государственный контроль за созданием, деятельностью и ликвидацией филиала иностранного юридического лица осуществляется посредством аккредитации в порядке, определяемом Правительством Российской Федерации». Следовательно, регистрационный порядок открытия филиалов иностранных юридических лиц на территории РФ сменился «аккредитацией». При этом предусматривается, что созданный в РФ филиал иностранного юридического лица выполняет часть функций или все функции, включая функции представительства, от имени создавшего юридического лица, при условии, что цели деятельности головной организации имеют коммерческий характер и она несет имущественную ответственность по принятым ею в связи с ведением такой деятельности на территории РФ обязательствам (ст. 4).

Открытие на территории России представительства иностранной компании, корпорации или предприятия в иной правовой форме, в свою очередь, сопряжено с выполнением ряда формальностей. Представительство не является юридическим лицом, оно не ведет хозяйственную деятельность, действует на основании положения, утвержденного главным офисом компании, а руководитель представительства осуществляет свои полномочия в соответствии с доверенностью. В принципе правовое положение иностранного юридического лица, имеющего на территории РФ представительство, характеризуется большим преимуществом по сравнению с другими лицами, которые действуют без представительства. В частности, в соответствии с действующим законодательством от налога на добавленную стоимость освобождается сдача в аренду служебных и жилых помещений иностранным гражданам и юридическим лицам, аккредитованным в Российской Федерации в случае, если их национальным законодательством установлена аналогичная льгота в отношении граждан и юридических лиц РФ либо если такая льгота предусмотрена в международных договорах.

Гражданско-правовые сделки, заключаемые представительствами, квалифицируются в качестве сделок иностранного лица, поэтому для их действительности недостаточно бывает представления положения, определяющего функции его главы, в том числе и право заключения договоров от имени иностранного юридического лица, необходимо в надлежащей форме — в виде доверенности — подтверждение полномочий.

### **Контрольные вопросы:**

1. Из чего складывается система правового регулирования иностранных инвестиций в МЧП? Каковы ее основные элементы?
2. Каково значение международных договоров в регулировании иностранных инвестиций.
3. Какова принципиальная характеристика правового положения иностранных инвесторов в Российской Федерации?

## Глава 20. Национализация иностранной собственности и действие за границей актов о национализации

**Литература:** *Корецкий В.М.* Очерки англо-американской доктрины и практика международного частного права. Очерк пятый. Иностранцы юридические лица в Великобритании и США и экстерриториальная сила советских декретов о национализации //Избранные труды. Т. 2. Киев, 1989; *Вилков Г.Е.* Национализация и международное право. М., 1962; *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959; *Исполинов А.С.* Иностранцы инвестиции в Российской Федерации и современное международное право//Московский журнал международного права. 1993. № 1. С. 153—159; *Богуславский М.М.* Международное частное право. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 179—218; *Зевков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999; *Международное частное право: Учебник для вузов / Под ред. Н.И. Марышевой.* М., 2000. С. 191—197.

Национализация есть *огосударствление*, т.е. перевод в государственную собственность имущества частных лиц. И.С. Перетерский так определяет суть национализации, проводимой советским государством: «Национализация представляет собой акт государственной власти, в котором сочетаются три составные части: а) организация государственного социалистического хозяйства в определенной области; б) ликвидация капиталистических предприятий; в) переход всего их имущества к государству».

Проблема национализации и юридической силы действия за границей актов о национализации имела огромное политическое, экономическое и правовое значение в период, последовавший сразу за Октябрьской революцией в России. Целью национализации в России было уничтожение частной собственности и учреждение нового по содержанию типа собственности — социалистической. В 20—40-х годах одни иностранные собственники лишились своего имущества в СССР (швейцарские фирмы «Сандоз», «Хофман-ля-Рош», французское общество «Креди Лионе» и т.д.), другие подверглись досрочному расторжению концессионных договоров («Лена Голдфилдс», «Тетюхе Майнинг Корпорейшн» и проч.) без какой бы то ни было компенсации.

Затем в не меньшем масштабе она вставала и после Второй мировой войны для стран Восточной Европы и Азии, а также развивающихся государств, осуществлявших в 60—70-х годах XX в. национализацию иностранной собственности на своих территориях после провозглашения ими политической независимости от метрополий. Национализация в развивающихся странах служила целям достижения подлинной экономической независимости. К указанному периоду, однако, международное право уже располагало достаточным количеством документов, формирующих юридическую базу для проведения национализации: Декларация о принципах международного права, касающихся дружественных отношений сотрудничества между государствами в соответствии с уставом ООН, от 25 октября 1970 г., резолюция Генеральной Ассамблеи ООН № 1805 «О национальном суверенитете над природными ресурсами», Хартия экономических прав и обязанностей государств 1974 г., а также Декларация по установлению нового международного экономического порядка 1974 г.

Классическая западная доктрина признает право государства на экспроприацию, под которой понимается как национализация в собственном смысле слова, так и реквизиция (конфискация) любой собственности, в том

числе и иностранной, при соблюдении требований, чтобы экспроприация осуществлялась, во-первых, в общественных интересах, во-вторых, на законных основаниях, в-третьих, без дискриминации и сопровождалась «быстрой, адекватной и эффективной компенсацией». Приведенное составляет «формулу Халла», зафиксированную в обмене нотами между государственным секретарем США К. Халлом и правительством Мексики. Тем не менее важно подчеркнуть, что национализация не носит характера карательной меры, что свойственно реквизиции как наказанию отдельных лиц или категорий лиц. Национализация — акт государства, и как таковой он может касаться как иностранных, так и национальных физических и юридических лиц.

Одним из ярчайших примеров национализации собственности, принадлежащей иностранцам, является переход к государству имущества компании Суэцкого канала на основании декрета Президента Египта от 26 июня 1956 г. Управление каналом на основании Декрета передавалось египетскому государству, создавшему независимый орган, наделенный правами юридического лица, для целей управления делами и имуществами компании Суэцкого канала. Западные державы (Англия, Франция, США), формально признавая право Египта на национализацию, пытались опровергнуть законность Декрета 1956 г., говоря о том, что компания является «международным институтом», статус которого не может быть изменен внутренним — египетским — законом. Между тем до национализации компания Суэцкого канала подчинялась согласно Договору 1866 г. юрисдикции Египта и являлась юридическим лицом египетского права, в то время как судоходство по каналу регулировалось международным соглашением — Константинопольской конвенцией 1888 г., действительность юридических обязательств государств по которой не была поколеблена национализацией.

Развивающиеся страны придерживаются доктрины всеобъемлющего и полного суверенитета над естественными ресурсами и рассматривают право на национализацию как производное от государственного суверенитета, вследствие чего выплата компенсации базируется не на формуле «быстрая, адекватная и эффективная», а рассчитывается с учетом всех обстоятельств («колониальное господство», «разграбление иностранными компаниями природных богатств страны» и т.д.). Это приводит к значительному уменьшению размеров выплат. В результате за 20 лет осуществления многочисленных актов национализации — с 1956 по 1976 г. — только в трех случаях выплаченная компенсация соответствовала указанному спектру требований: в Бразилии (1964 г.), Замбии (1969 г.) и Перу (1976 г.). Понятно, что многие из ныне существующих государств, имеющих собственность в таких странах, но никоим образом не причастных к колониальному прошлому, не разделяют подобных подходов. Однако в 1973 г. резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН № 3171 (XXXVIII) было подтверждено право освободившихся государств самим определять формы и размер компенсации.

В современных условиях признание актов национализации за границей не представляет столько контrovers, как это было в 20—30-х годах, когда речь шла о признании советских декретов, национализировавших землю, банки, промышленные предприятия, страховые и торговые заведения, особенно если это касалось признания национализированным имущества бывших собственников, находившегося за пределами территории Российского государства. Ныне государства прежде всего в договорном порядке решают данный вопрос, взаимно согласовывая установление возможностей, условий, требований и последствий национализации. Обязательство ненационализации

носит общенормативный характер, однако это не означает, что ни при каких обстоятельствах национализация проведена быть не может. В соглашениях о взаимной защите и поощрении капиталовложений договаривающиеся государства, как правило, обуславливают проведение национализации интересами общественной безопасности и исключительных экономических потребностей. Как в международных договорах, так и в национальных актах закрепляется принцип адекватной компенсации (см. ст. 8 федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», ст. III Договора России с США, ст. 5 Договора с Кореей и др.).

В литературе по международному частному праву существует немало примеров, когда суды иностранных государств отказывали в признании действия за границей советских декретов о национализации. Эта проблема получила название «экстерриториальности», или «экстратерриториальности», действия законов о национализации. Первоначально этот термин — «внеземельность» — означал изъятие коронованных особ из-под действия местных законов и властей в случаях их пребывания на чужой территории. В основании этого международно-правового обычая лежала фикция, что монархи считались как бы остающимися на своей территории. Впоследствии понятие «экстерриториальность» стало применяться к дипломатическим представителям государств и, в сущности, приобрело смысл дипломатического иммунитета, получившего развитие, в частности, в институте «свободы квартала». Термин «экстерриториальность» активно стал использоваться в международном частном праве применительно именно к действию актов государства о национализации за пределами его территории. В последние десятилетия он применялся также в практике некоторых западных государств в иных областях — например в законодательстве США об экспорте.

Несмотря на то, что в современном МЧП понятие «экстерриториальность» в указанном первичном значении есть архаизм, который, кроме как будучи трансформированным в принцип суверенитета, иммунитета государств и дипломатических и консульских представителей, не может иметь места, а действие иностранных законов (права вообще) обеспечивается в силу коллизионных норм, существующих в том или ином государстве, либо принципа взаимности, закрепляемого в международных документах, или других положений международных договоров, равно как и соглашений сторон гражданско-правовых отношений, мы полагаем целесообразным, хотя и с оговорками, употреблять в случаях необходимости традиционный термин — «экстерриториальность».

Исходя из вышеприведенного анализа коллизионно-правового регулирования, а именно основываясь на постулате вещного права о том, что, если вещь по закону ее местонахождения правомерно перешла из рук одного собственника к другому лицу, она должна считаться таковой повсюду, право собственности на национализированное в силу акта государства (национального закона) имущество должно признаваться и за пределами данного государства (территориальным законом).

Одним из первых дел английской судебной практики, столкнувшейся с проблемой выработки отношения к юридической силе советских декретов о национализации, является дело Русского Торгово-промышленного банка («дело Малхаус»). В 1914 г. лондонское отделение названного банка в обеспечение осуществленного французским банком Малхаус займа депонировало в лондонском банке (Лондон Сити энд Вестминстер

Бэнк) ценные бумаги. В 1917 г. советское правительство национализировало частные банки и их имущество, в соответствии с чем должны были прекратить свою деятельность и отделения, находившиеся за границей. Вопреки этому лондонский Торгово-промышленный банк продолжал свои операции. В 1919 г. им было заключено соглашение с французским банком о погашении займа, выданного в немецких марках (800 000), курс которых падал все ниже и ниже. В этих условиях руководители лондонского отделения российского банка добились соглашения с банком Малхаус о выдаче им ценных бумаг против уплаты 1 090 000 марок. После получения обусловленной суммы банк Малхаус тем не менее отказался передать ценные бумаги, не вернув и внесенную сумму в немецких марках. В результате отделение Торгово-промышленного банка в Лондоне в январе 1920 г. заявило в суд иск о возврате ценных бумаг и возмещении ущерба, вызванного их неправомерным удержанием. Ответчик — французский банк — наряду с прочим заявил, что Торгово-промышленный банк прекратил свое существование в силу декретов о национализации и, следовательно, лицо, предъявившее иск, не имеет на это права. Результатом рассмотрения спора в первой инстанции был отказ в иске на том основании, что полномочия руководителей лондонского отделения истекли и, таким образом, расписка, удостоверяющая получение ценных бумаг, не может иметь места. Поданная в Апелляционный суд жалоба была отклонена. В апелляционной инстанции также был поставлен вопрос: а прекратилось ли существование Торгово-промышленного банка? И здесь мнения судей разделились. Если судья Бэнкс признал несомненным, что вопрос о прекращении или продолжении существования иностранного юридического лица должен решаться на основании советских декретов и, следовательно, в силу этого Торгово-промышленный банк как юридическое лицо не существует, то судья Аткин занял противоположную позицию. В ее основу были положены различные конструкции — от трактовки содержания советских актов, оценку которым давали как иностранному праву российские эмигранты, защиты интересов акционеров и третьих лиц таких банков и учреждений до аргумента о не признанном советском правительстве и искажении существа норм декретов о национализации, отнюдь якобы не уничтоживших частные банки и не сливших их в единый Государственный банк Советской России. Опираясь на то, что в области национализации Российское государство использовало совокупность актов, в том числе и индивидуального действия, вследствие чего имел место ряд декретов о национализации банков, судья Аткин, а вслед за ним и другие члены Палаты лордов, рассматривавшей данный спор, пришли к парадоксальному выводу, противоречащему даже принципам английского права, о том, что компания, инкорпорированная за границей, подчиняется закону инкорпорации, не говоря уже об искажении советского права, а именно: Декрет от 14 декабря 1917 г., национализировавший частные русские банки и предписавший их слияние с Государственным банком, Декрет от 26

декабря 1918 г., передавший все банковские капиталы государству на началах конфискации, а также Декрет от 19 января 1920 г., упразднивший бывший Государственный (Народный) банк, *не прекратили* существования частных банков, в том числе и Торгово-промышленного банка.

Не признавая экстерриториальной силы российских декретов, английские суды в целом и отдельные судьи ставили судьбу заграничной структуры юридического лица вне зависимости от материнской компании. «Хотя иностранная корпорация, — говорил лорд Финли в деле Торгово-промышленного банка, — прекратилась по законам страны инкорпорации, тем не менее отделение в этой стране (Англия) должно иметь право собирать имущество и предъявлять для этой цели иски от имени корпорации».

В следующем споре во главе угла фигурировал вопрос о национализации Советским государством страховых обществ (Седуик Коллинз и Ко. Лтд. против Петроградского страхового общества «Россия»). Страховое общество «Россия» имело отделение в Лондоне. В качестве иностранного общества, действовавшего в Англии, оно должно было согласно действовавшему тогда английскому Закону о компаниях 1908 г. представить некоторые данные, в том числе и фамилию и имя уполномоченного лица, правомочного принимать повестки, приказы и другие документы, направляемые в адрес общества. В этом качестве был зарегистрирован Коллинз. Как и все другие страховые общества, общество «Россия» актом государства было национализировано, а претензии к нему аннулированы. Несмотря на это, один из английских кредиторов общества предъявил иск к рассматриваемому обществу и попытался получить удовлетворение своей претензии путем наложения ареста на суммы «России», причитавшиеся ей от английской страховой компании. В этих целях предстояло решить вопрос, является ли Коллинз, который зарегистрирован в качестве лица, уполномоченного от имени общества на принятие повесток, надлежащим представителем страхового общества «Россия». Сам Коллинз неоднократно добивался того, чтобы его имя вычеркнули из реестра. Однако этого не произошло. В первой инстанции, так же, как и в деле Малхаус, в требовании наложить арест было отказано. Апелляционный суд в составе судей Бэнкса и Сарганта против судьи Скраттона отменил решение суда первой инстанции. Лорд Саргант настаивал на отсутствии экстерриториальной силы советских законов о национализации, утверждая, что они не могут распространяться на имущество, находящееся за границей — в Англии. Вопреки коллизионным правилам собственного правопорядка, согласно которым ликвидация компании, произведенная по законам ее инкорпорации, тем самым прекращает юридическое лицо, а вещи, принадлежащие такому юридическому лицу, подчиняются праву его учреждения, а не закону местонахождения, суммы (долги), причитающиеся от английских должников в пользу страхового общества, он

рассматривал как имущество страхового общества «Россия», местонахождением которого признавал Англию (по месту нахождения должника). К этому долгу он считал необходимым применить английский закон по принципу домицилия должника.

Перед английской и американской практикой ранее не раз вставал вопрос о возможности ликвидации местных отделений, созданных иностранными компаниями и продолжающих существовать после ликвидации филиала, на который давался утвердительный ответ, т.е. что отделение может быть ликвидировано, хотя юридическое бытие самой иностранной компании не затрагивается и не может затрагиваться. Но прямо противоположная по сути проблема: может ли отделение сохранять свое существование, если само общество ликвидировано, — возникла лишь в связи с советскими декретами. В деле Торгово-промышленного банка английский суд пытался доказать, что отделение существует потому, что сам банк не ликвидирован, а в споре страхового общества «Россия» суд пошел еще дальше, допустив констатацию, что отделение существует независимо от судьбы центра — самого юридического лица.

В связи с изложенным необходимо подчеркнуть, что безусловное влияние на постановку и решение проблем национализации и ее последствий оказывали так называемые классовые, в конечном итоге политические, подходы, свойственные данному историческому этапу. Современное их рассмотрение в различных странах характеризуется меньшими крайностями, более последовательно учитывает приобретенный опыт и строится на началах, известных международным стандартам отношений в этой области.

### **Контрольные вопросы:**

1. Каково содержание понятия «экстерриториальность»?
2. Каковы изменения в доктрине и судебной практике различных стран Запада в вопросе признания действия законов о национализации?
3. Как относится российская доктрина к проблеме «экстерриториальности»?

## **Раздел третий. Сделки и обязательства в международном частном праве**

### **Глава 21. Автономия воли в международном частном праве**

**Литература:** Международное частное право: Современные проблемы. М., 1994. С. 164—179; *Рубанов А.А.* Институт «автономии воли» в международном частном праве как теоретическая проблема//Советский ежегодник международного права. 1986. М., 1987. С. 214—228; *Рамзайцев Д.Ф.* Договор купли-продажи во внешней торговле СССР. М., 1961; *Луниц Л.А.* Международное частное право. М., 1970. С. 202—210; *Иванов Г.Г., Маковский А.Л.* Международное частное морское право. М., 1984; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1984. С. 187—193; *Мосс Дж. К.* «Автономия воли» в практике международного коммерческого арбитража. М., 1996; *Филиппов А.Г.* Некоторые аспекты автономии воли в российском



международном частном праве //Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М., 1998; *Beale J.H.* A Treatise on the conflict of laws. Vol. 3. N.-Y., 1935; *Bauerfeld R.J.* Effectiveness of choice-of-law clauses in contract law: Party autonomy or objective determination// Columbia Laws Review. 1982. Vol. 82, № 8. P. 1667—1682 et ff.; *Niboyet J.-P.* La thйorie de l'autonomie de la volontй// Rec. des cours. T. 16 (1927-I). P. 5—53; *Reese W.L.M.* American choice -of -law. //Amer. J. Cotр. Law. 1982. Vol. 30. No. 1; *Loussouarn J., Bredin J.-D.* Droit du commerce international. P., 1969; *Lerebour-Pigeonnier P.* Droit international privй. P., 1969; *Batiffol H.* Droit international privй. P. 1959. Vol. 2. P. 214—215.

В известном своем труде «Благосостояние наций» Адам Смит говорит: «Не от доброй воли мясника, пивовара или булочника ожидаем мы свой обед, а от их взгляда на собственные интересы. Мы адресуемся не к их гуманистическим воззрениям (человеколюбию), а зываем к себялюбию и никогда не говорим с ними об их потребностях, а только о выгоде... Каждый индивидуум... в действительности имеет в виду лишь свою собственную выгоду, а не таковую общества. Однако изучение своих собственных нужд и интересов естественным образом, а точнее, необходимо приводит его к тому, что наиболее выгодно обществу».

Соответствующим выражением подобного взгляда на суть рыночных отношений в юридическом плане выступает свободное усмотрение, автономия воли, свобода договора в гражданском (торговом) праве вообще и в обязательственных отношениях, в частности, когда обязанности индивидуумов друг перед другом возникают в силу добровольного возложения ими на себя каких-либо обязательств, что отражает совпадение интересов вступающих в договорные отношения сторон.

В традиционном понимании международного частного права «автономия воли» представляет собой институт, согласно которому стороны в сделке, имеющей юридическую связь с правопорядками различных государств, могут избрать по своему усмотрению то право, которое будет регулировать их взаимоотношения и применяться ими самими либо судебным учреждением или в необходимых случаях другими компетентными органами к данной сделке, — «закон, избранный сторонами», выраженный в латинской формуле «*lex pro voluntate (lex voluntatis)*». В более широком плане автономия воли связывается вообще с основополагающими принципами регулирования цивилистических (гражданско-правовых) отношений и является частным случаем выражения таких общих начал гражданского права, как свобода договора и свободное усмотрение сторон (см, например, ст. 1, 1 «2» Гражданского кодекса Японии 1898 г., которая говорит об «автономии воли лица», «автономии личности» вообще). В частности, во французской литературе автономия воли нередко рассматривается в качестве отражения свободы договора. Однако «связанность» или «отраженность» еще не означают тождественности. Признаваемые многими исследователями особенности института автономия воли и все более распространяющееся в последнее время его применение обусловили детальный интерес к нему со стороны специалистов.

В соответствии с учением, известным под этим названием в международном частном праве, исходным принципом для разрешения коллизионных вопросов по сделкам с так называемым иностранным элементом выступает воля лица или лиц, совершивших сделку. Таким образом, автономия воли — это институт, применяемый главным образом в сфере обязательственных отношений, регулируемых международным частным правом. Однако в законодательстве

некоторых стран имеются нормы, касающиеся автономии воли, которые относятся к участникам и иных гражданских или семейных правоотношений и даже субъектам односторонних актов (при наследовании). Автономия воли широко закреплена в праве различных стран. Преимущественно это имеет место в писаном праве — законах и иных законодательных актах, однако принцип автономии воли признается в ряде случаев и судебными прецедентами в соответствующих правовых системах.

Автором идеи о том, что право может санкционировать соглашение об определении закона, был французский юрист Шарль Дюмулэн (1500—1566 гг.), который развивал ее в русле традиционных для того времени представлений, что все нормы права «прикреплены» к материальному миру (вещам, людям, предметам). Исходя из того что норма «прикреплена» к тому, о чем она говорит, Дюмулэн выделил особую группу норм, трактующих существо вопроса, влияющее на судебное решение дела. Он их разделял на два вида. Первый вид — это нормы, которые «касаются того, что зависит от воли сторон, или того, что может быть изменено ими». Второй вид норм посвящен тому, что «зависит только от власти закона». Из этого проистекал вывод, что, следовательно, существуют явления, которые подпадают под действие воли сторон и которые последние в силу указанного могут «прикреплять» к нормам той или иной страны (или области). Эта теория стала предпосылкой для юридического санкционирования соглашений об определении права в договорных отношениях. Иные воззрения, высказывавшиеся примерно в тот же период, а также и значительно позже, не прямо, но опосредствованно в принципе отрицали автономию воли и были связаны с «этатистскими» или близкими к ним концепциями права вообще (Ж. Бодэна, Дж. Била, А. Батиффоля, П. Леребур-Пижоньера, И. Луссуарна, Ж. Бредэна и т.д.). По своей сути они означали ликвидацию рассматриваемого института без его формальной отмены, поскольку главным в них является обоснование тезиса о том, что при наличии соглашения сторон о выборе права его определение осуществляется не физическими или юридическими лицами, а судом — органом государства.

В Основах ГЗ Союза ССР и республик 1991 г., введенных в действие на территории России с 3 августа 1992 г., равно как и в предшествующих Основах 1961 г., автономия воли зафиксирована непосредственным образом, т.е. получила текстуальное выражение. «Права и обязанности сторон по сделке определяются по праву места ее совершения, если иное не установлено соглашением сторон» (п. 2 ст. 165). «Права и обязанности сторон по внешнеэкономическим сделкам определяются по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки или в силу последующего соглашения» (п. 1 ст. 166). Сегодня это существует в следующем виде: «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» (п. 1 ст. 1210 ГК РФ). Разнообразно сформулированы положения, относящиеся к автономии воли, в источниках права других государств. В частности, ст. 18 Гражданского кодекса 1975 г. Алжира гласит: «Договорные обязательства подчиняются закону места заключения договора, если стороны не установили иного». Сходные формулировки и в ст. 19 Гражданского кодекса Египта, ст. 6 Закона Украины о внешнеэкономической деятельности от 16 апреля 1991 г. В венгерском Указе о международном частном праве 1979 г. (ст. 9, 24), в Законе Китая 1999 г. о договорах (ст. 126), Законе о международном частном праве и процессе Чехии (§ 9, 11, 16) и соответствующих правовых актах многих других стран также устанавливается

автономия воли сторон.

При этом автономия воли предусматривается как исходный принцип регулирования, выраженный в соответствующих правовоположениях, несмотря на то, что зачастую с чисто внешней стороны формулировки нормативных актов выглядят прямо противоположным образом: «применяется... закон (места совершения сделки, места заключения или исполнения договора и т.д.), если иное не установлено соглашением сторон». В подобных случаях кажется, что возможность выбора сторонами права является факультативной, а привязка к закону, определяемому по соответствующему признаку, обозначенному в норме, в зависимости от конкретных фактических обстоятельств, — главной. В действительности же именно автономия воли следует квалифицировать как основное правовоположение, а прикрепление отношения к какому-либо иному закону — как вторичное, субсидиарное.

В третьей части ГК РФ, введенной в действие с 1 марта 2002 г., автономия воли в области договорных отношений предусматривается в весьма широких по сравнению с любой из предшествующих регламентации, имевших место в нашей стране, масштабах. Во-первых, автономии воли посвящена отдельная статья ГК (ст. 1210), регламентирующая различные аспекты этого института, который может применяться в определенных условиях и к вещно-правовым отношениям. Во-вторых, в следующей статье принцип автономии воли сторон подтвержден еще раз путем закрепления его в самом ее названии: «Право, подлежащее применению к договору при отсутствии соглашения сторон», а также в содержании нормы: «При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к этому договору применяется право...» (п. 1 ст. 1211).

Развернутое регулирование отношений, возникающих в связи с автономией воли, в указанном акте осуществляется по следующим направлениям: 1) момент выбора права; 2) содержание и форма волеизъявления сторон; 3) пределы действия автономии воли сторон во времени и в пространстве; 4) ограничения автономии воли общего характера.

В сферу действия права, избранного сторонами, в качестве применимого к их договорным отношениям, включается широкий спектр вопросов: 1) толкование договора; 2) права и обязанности сторон договора; 3) исполнение договора; 4) последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора; 5) прекращение договора; 6) последствия недействительности договора (ст. 1215 ГК РФ).

Помимо национального законодательства различных стран, в современных условиях автономия воли получает все большее закрепление и в международных договорах как двустороннего, так и многостороннего характера. Среди последних следует назвать Венскую конвенцию о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Гаагскую конвенцию о праве, применимом к международной купле-продаже материальных движимых вещей, от 15 июня 1955 г. (ст. 2) и Гаагскую конвенцию о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, от 22 декабря 1986 г. (ст. 7), Римскую конвенцию о праве, применимом к договорным обязательствам, от 19 июня 1980 г. (ч. 1 ст. 3), заключенную странами—членами Европейских сообществ, и др.

Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. (ст. 11) и Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. (ч. 4 ст. 38, ст. 41) стран СНГ также предусматривают возможность для сторон избрать в целях регулирования

договорных отношений надлежащее право на основе собственного усмотрения и соответствующего соглашения.

Таким образом, в правопорядке современных государств принцип автономии воли сторон выступает как практически повсеместно закрепленный в писаном праве и судебной практике институт, применяемый для регулирования обязательственных (договорных) и иных отношений в международном гражданском (хозяйственном) обороте.

В праве Российской Федерации — Основых гражданского законодательства 1991 г., а также и некоторых других стран институт автономии воли отражен и в ином аспекте. Так, в ст. 156 Основ гражданского законодательства устанавливается, что «иностранный право применяется к гражданским отношениям в случаях, предусмотренных законодательными актами Союза ССР и республик, международными договорами СССР, а также на основании не противоречащего им соглашения сторон...». Другими словами, автономия воли является основанием наряду с прочим для применения в пределах данной юрисдикции конкретной страны иностранного права, придает юридическое значение нормам иностранного правопорядка в рамках отечественного государства. В то же время следует настоятельно подчеркнуть, что, хотя автономия воли и порождает последствия, аналогичные действию коллизионной нормы, тем не менее источником коллизионного права не является. В связи с этим необходимо указать на соответствующие взгляды, высказывавшиеся в свое время за рубежом (Манчини, Лораном), которые рассматривали автономию воли в качестве источника коллизионного права наряду с национальным законом или международным договором. Л.А. Лунц полагал, что автономия воли является «одной из коллизионных норм или одним из коллизионных институтов права, установленных внутренним правопорядком государства или его международными соглашениями.» Некоторые другие представители советской школы международного частного права, хотя и придерживаются мнения, что институт автономии воли имеет свое собственное основание — общую цель, тем не менее не выводят ее за рамки коллизионно-правовой природы, формулируя эту цель как «превенцию коллизии законов»: «Коллизионные методы направлены на подчинение соответствующих отношений определенному правопорядку и на разрешение таким образом возможных коллизий разных правопорядков. Наделение участников правоотношений возможностью избрать применимый к этому отношению закон преследует цель предотвратить такие коллизии». Не лишена распространения вместе с тем и конструкция автономии воли как отражение принципа свободы договора. Отдельные авторы считают, что автономия воли сторон представляет собой органичное сочетание двух начал — коллизионного (по назначению) и принципа свободы договора (по способу реализации).

В современной отечественной юридической литературе при анализе проблематики автономии воли уделяется все возрастающее внимание самым различным ее аспектам. Анализируются не только наиболее известные стороны данного института, т.е. основа для выбора права, подлежащего применению к отношению, чаще всего договорному, самими его участниками и, следовательно, для применения в ряде случаев иностранных правоположений, но и глубокие теоретические вопросы, возникающие в связи с этим. Один из них — проблема правовой природы соглашения о выборе применимого права и опосредствуемого им общественного (социального) отношения, а также взаимодействия общественного отношения и права (связи и обратной связи между ними), характеризующих автономию воли, но не подвергавшихся

предметному изучению, в частности в отечественной правовой науке, ранее. По мнению А.А. Рубанова, предмет института автономии воли образуют два вида общественных отношений, которые существенно отличаются друг от друга. Одно (например, какое-либо конкретное договорное гражданско-правовое отношение) имеет имущественное содержание и носит, как правило, товарно-денежный характер. Другое имеет неимущественное содержание, так как направлено на определение права, применимого к сделке, и лишено характера эквивалентности. Оба вида взаимосвязаны, имеют идентичных субъектов, носят волевой характер. В то же время они суть отдельные общественные отношения. Главный теоретический вопрос, который связан с институтом автономии воли сторон, — это юридическая основа позитивного отношения каждой из различных национально-правовых систем к соглашениям об определении права.

Теоретической основой автономии воли согласно позиции указанного автора, является возможность существования обратной связи между правом и регулируемым им общественным отношением, действующей в условиях презумпции бесспорного наличия между ними первичной, «естественной», или обычной, связи. Учет названных, а также не упомянутых в данном случае, но которые, однако, реально имеют место в жизни, теоретических аспектов автономии воли практически важен со многих точек зрения. Во-первых, ориентирование в сложностях, связанных с правовой природой соглашения о выборе права, поможет сторонам избежать ряда заблуждений, например относительно формы соглашения, поскольку таковое не может рассматриваться в качестве внешнеэкономической (внешнеторговой) сделки. Во-вторых, это будет содействовать верному конструированию положений такого гражданско-правового соглашения между контрагентами договора, принадлежащими к различным правовым порядкам, относительно тех норм права, которым они намереваются подчинить свое отношение или отношения. И наконец, в-третьих, теория должна помочь законотворческой практике выработать объективные формулы соответствующих правил, которые надлежит создать, усовершенствовать или заменить.

В институте автономии воли, как следует из современных теоретических разработок, отражается взаимодействие национальных правовых систем, которое самым явственным образом проявляется в возможности применения на территории данной конкретной страны права иностранного государства. Выбор сторон может пасть на любую систему национального права любой страны. Наряду с этим выбор права ограничен именно «правом», т.е. правилами, сформулированными и существующими в качестве норм права, а не какими-либо «вненациональными» системами или совокупностями норм, «принципами справедливости», «общими принципами» или нормами, некогда бывшими правовыми, но утратившими свою юридическую силу (нормы отмененного акта или денонсированного международного договора).

Вследствие всего указанного наиболее важным и обобщающим выводом современных отечественных исследований по рассматриваемой проблеме выступает утверждение, что в нынешних условиях автономия воли сторон представляет самостоятельный, особый институт международного частного права, а не только разновидность коллизионного принципа МЧП. В нем соединены многие сущностные элементы, характеризующие специфику как самого данного феномена — международного частного права, так и объекта его регулирования — общественных отношений, имеющих проявление юридической связи с правовыми порядками различных государств, которые, в свою очередь, обусловлены международным взаимодействием национальных

правовых систем между собой, а также их взаимодействием с международной системой. Конкретные стороны реализации принципа автономии воли сторон в международной торговле в обязательственных и иных отношениях будут показаны в нижеследующих разделах.

### **Контрольные вопросы:**

1. Каковы исторические корни института «автономии воли» сторон?
2. Место автономии воли сторон в международном частном праве.
3. В чем заключается юридическое содержание автономии воли?
4. Какова квалификация института автономии воли сторон в современной правовой доктрине?
5. Какова сфера действия закона, избранного сторонами соглашения? Какие отношения исключаются из регулирования правопорядком, определенным в силу данного принципа?
6. Правовое закрепление автономии воли сторон в современном МЧП. Как осуществляется закрепление автономии воли сторон в российском правопорядке?

## **Глава 22. Общие положения о сделках и обязательствах**

**Литература:** Луиц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975; Луиц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М., 1972; Поздняков В.С., Садиков О.Н. Правовое регулирование отношений по внешней торговле СССР. Ч. 1. М., 1985; Правовое регулирование отношений по внешней торговле СССР / Под ред. В. С. Позднякова. Ч. 2. М., 1986; Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994; Мусин В.А. Международные торговые контракты. Л., 1986; Гаврилов А.И., Курочкин К.А. Внешнеторговая сделка. М., 1995; Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. М., 1995; Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 1996; Шмитхофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993; Schmitthoff С.М. Commercial Law in a Changing Economic Climate. L., 1981; Honnold J.O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. Deventer, 1991; Redmond P.W.D. Mercantile Law. Suffolk, 1979; Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М., 1994; Принципы международных коммерческих договоров / Пер. Комарова А.С. М., 1996; Korpenol-Laforce M. International contracts. L., 1996; Фолсом Р.Х., Гордон М.У., Спаногл Дж. Международные сделки. М., 1996; Международное частное право: Учебное пособие. (Действующие нормативные акты)/Сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. М., 1999; Смирнова Е. Применение Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров//Российская юстиция. 1997. № 11; Договорная ответственность по зарубежному праву (Аналитический обзор) //Журнал российского права. 1999. №№ 11—12; 2000. №№ 1— 2; ИНКОТЕРМС-2000. Международные правила толкования торговых терминов. Публикация МТП. № 560. 1999; Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров. К 10-летию ее применения Россией. М., 2002; Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте, М., 2002.

### **§ 1. Основные понятия**

**Понятие сделки. Виды сделок.** В частном праве многих государств и правовых систем в целом сделка квалифицируется как действие или действия субъектов права, направленные на установление, изменение и прекращение гражданских прав и обязанностей. В законодательстве западных стран, как подчеркивал русский цивилист Г.Ф. Шершеневич, издавна установилась традиция различать торговые сделки и гражданские. Однако, по его же справедливому замечанию, разграничение это проводится лишь по цели (торговля), так как в юридической природе между ними не существует каких-либо специфических особенностей.

В зависимости от того или иного критерия, положенного в основу классификации, сделки могут быть различных видов. В частности, по субъектному составу они делятся на *односторонние, двусторонние и многосторонние*. Наиболее часто встречающейся разновидностью односторонних сделок в практике хозяйственных отношений, в том числе в международном обороте, является выдача субъектом права доверенности. Двусторонними сделками являются все договоры, заключенные между двумя сторонами. Многосторонние сделки — это договоры, оформляющие соглашение между тремя и более лицами.

Если стороны поставили возникновение или прекращение своих прав и обязанностей в зависимость от обстоятельств, относительно которых неизвестно, наступят они или нет, подобные сделки считаются совершенными под условием (*условные сделки*). Условия могут быть отлагательными и отменительными. Права и обязанности *по сделке с отлагательным условием* возникают лишь с наступлением оговоренного условия.

В 1995 г. МКАС при ТПП РФ рассматривал дело по спору, возникшему из контракта, заключенного между чехословацкой организацией и советским предприятием, который содержал условие о вступлении его в силу после получения валютных средств на закупку товаров, предусмотренных в договоре (дело 142/1994, решение от 25 апреля 1995 г.).

В лицензионном договоре, заключенном в 1999 г. французской фирмой Zucie Saint Clair с российским юридическим лицом, на основании которого лицензиар предоставлял лицензиату права на открытие под разрешенной торговой маркой и фирменным наименованием лицензиара салона-парикмахерской, обустроенного и оформленного согласно стандартам и правилам, утвержденным лицензиаром, стороны предусмотрели, что их обязательства подлежат исполнению после регистрации контракта в федеральных государственных органах по регистрации юридических лиц, а также компетентных учреждениях, ведающих вопросами охраны промышленной собственности.

Если оговоренное условие не наступает, сделка считается несостоявшейся. Российское внешнеторговое предприятие продало английской компании партию пиломатериалов с отгрузкой в период с сентября по октябрь. По условиям контракта обязанность зафрахтовать судно для перевозки груза в один из портов Шотландии возлагалась на продавца. В связи с возможными трудностями подбора в осеннее время приемлемого для транспортировки данного груза судна с назначением на указанный порт стороны согласовали условие, в соответствии с которым

отгрузка могла состояться лишь «при наличии тоннажа». В обусловленный договором срок свободный тоннаж с учетом предусмотренного в контракте порта назначения не наличествовал, переадресовка пункта назначения между партнерами не была согласована, и международный коммерческий арбитраж, рассматривавший спор между продавцом и покупателем, признал сделку несостоявшейся ввиду ненаступления установленного договором условия.

При совершении *сделки под отменительным условием* права и обязанности сторон прекращаются (отменяются) тотчас же по наступлении соответствующего обстоятельства, о котором стороны договорились. Так, покупка акций на фондовой бирже российским брокером в интересах французского банка может иметь место только при условии, если котировки соответствующих ценных бумаг на бирже не превышают установленного в договоре между брокером и банком предела (например + 10%). В противном случае договор между рассматриваемыми сторонами прекращает свое действие.

Сделки бывают также *возмездными* и *безвозмездными*. По сделкам, носящим возмездный характер, каждая из сторон получает определенную выгоду в материальной или иной форме. Большинство сделок и оформляющих их договоров во внешнеэкономической сфере обладают природой возмездных, поскольку стороны предоставляют друг другу имущество, товары, выполняют работы или услуги, уплачивают вознаграждение в денежной или иной форме за полученные предоставления. Наряду с этим здесь встречаются и безвозмездные сделки: организационные договоры, доверенности, предварительные договоры и т. д.

В гражданско-правовых (частноправовых) отношениях, регулируемых международным частным правом, для ряда стран, включая Российскую Федерацию, наибольшее значение имеет такая категория сделок, как *внешнеторговые* или *внешнеэкономические сделки*.

В ГК РФ термин «внешнеторговая(ые) сделка(и)» отсутствует, хотя в ГК РСФСР 1964 г., равно как и в других нормативных актах, он применялся в случаях, когда речь шла об отношениях по торговле (отношениях возмездного характера) с зарубежными партнерами, в которых участвовали советские хозяйственные организации. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. стали оперировать понятием «внешнеэкономическая сделка». В свою очередь ГК РФ, обращаясь к этому предмету, использует термин «внешнеэкономические сделки», но упоминает о них лишь однажды — применительно к регулированию их формы. В ст. 162 (п. 3) устанавливается, что «несоблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки влечет недействительность сделки». С другой стороны, один из последних по времени издания правовых актов Российской Федерации, относящихся к рассматриваемой сфере, — федеральный закон от 13 октября 1995 г. «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности», как следует из самого его названия и содержания, использует категорию «внешнеторговая» (а не внешнеэкономическая) деятельность. Однако необходимых в этом плане определений в данном акте нет, хотя и существуют дефиниции экспорта, импорта, товара, услуг, интеллектуальной собственности и проч. Тем не менее указанное вовсе не свидетельствует об «отмирании» данной категории. В федеральном законе РФ «О лизинге» от 29 октября 1998 г. при определении международного финансового лизинга устанавливается, что «если лизингодателем является нерезидент РФ, то договор международного лизинга



регулируется федеральными законами в области внешнеэкономической деятельности» (п. 1 ст. 7).

Подходя к вопросу о внешнеторговых сделках с исторической точки зрения, следует отметить объективное предшествование данного термина и обозначаемого им понятия соответственно термину и понятию «внешнеэкономическая сделка». Последнее в формальном смысле пришло в нормативный строй и литературу с принятием Конституции СССР 1977 г., где в ст. 73 впервые в праве СССР четко разграничивались внешняя торговля и другие виды внешнеэкономической деятельности. Появление этой категории не было случайным. Развитие, углубление и расширение хозяйственных связей между государствами, в том числе СССР, и их национально-правовыми субъектами во второй половине XX в., все более заметный выход за рамки чисто торговых взаимоотношений потребовали определенного совершенствования понятийного аппарата, а вместе с ним и соответствующего его отражения в нормативно-юридической сфере. Значительный удельный вес научно-технического и технологического компонента, а также стратегическое значение некоторых подобных видов сотрудничества для подъема экономического и социального уровня отдельных стран и вместе с тем сообщества государств в целом привели к необходимости выделения, помимо собственно внешней торговли, более широкого понятия «внешнеэкономическая деятельность» (включающего внешнеэкономические сделки, внешнеэкономические договоры).

В то же время отечественное законодательство не содержало и не содержит ни в прошлом, ни в настоящем дефиниции «внешнеторговая сделка» или определения понятия «внешнеэкономическая сделка». Решение проблемы дефиниций, таким образом, переносится в сферу доктрины. Кроме того, при использовании в законодательстве термина «сделка» (будь то внешнеторговая или внешнеэкономическая) в большинстве случаев подразумевается *договор*, т.е. двусторонняя или многосторонняя сделка, в то время как односторонняя внешнеторговая или внешнеэкономическая сделка, хотя и относится к разновидностям сделок как таковых, практически не имеется в виду. Вопрос об основаниях, возможностях и критериях квалификации односторонней сделки в сфере международного хозяйственного оборота должен составить особый предмет для изучения юридической наукой на ближайших этапах.

С учетом этого целесообразно проанализировать специфические особенности внешнеторговой (внешнеэкономической) сделки, позволяющие, во-первых, отличать ее от внутрихозяйственной сделки, а во-вторых, произвести обзор конкретных договорных видов, существующих в области внешней торговли.

В рамках первого из указанных подходов следует проводить прежде всего разграничение между внешней торговлей и слагающими ее сделками в узком понимании, т.е. куплей-продажей (поставкой) товаров (работ и услуг) в собственном смысле слова, и внешней торговлей в широком понимании, которое, помимо указанных операций, включает производство различных видов работ, оказание услуг, выполнение опытно-конструкторских разработок и проч., а также иные отношения (например, создание совместных, или смешанных, предприятий, ведение совместной деятельности с иностранными контрагентами без образования юридического лица как в собственной стране, так и за рубежом, в том числе в третьих странах, и т.д.). Данное разграничение в свое время подготовило введение и применение категорий «внешнеэкономическая деятельность», «внешнеэкономическая сделка», с помощью которых как раз и

имелось в виду обозначить широкое содержание рассматриваемого понятия.

В нынешних условиях подобное расширение смысла выражений «внешняя торговля», «внешнеторговая сделка» стало аксиоматичным. Оно существует, однако, наряду с использованием собственно понятия «внешнеторговая сделка».

В литературе и на практике к внешнеторговым традиционно относились те сделки, которые обладали двумя основными признаками, отражающими субъектно-объектный состав: с одной стороны, наличием иностранного субъекта, с другой — содержанием операций, лежащих в основе сделки, т.е. их экспортно-импортный (в широком смысле) характер. Осуществление таких операций нередко включает и договоры организационного плана, которые служат необходимым средством обеспечения внешнеторговой деятельности и без которых само юридическое оформление и исполнение фактических договорных обязательств было бы затруднено. С учетом этого в доктрине предлагалось следующее определение внешнеторговой сделки: это «действие, направленное на установление, изменение или прекращение гражданских прав и обязанностей по экспорту и/или импорту товаров, услуг и результатов творческой деятельности, а также неразрывно связанных с внешней торговлей гражданских прав и обязанностей организационного характера».

В современных условиях критерий, характеризующий субъектный состав внешнеторговой сделки, с возрастанием участия России в широком международном договорном сотрудничестве получил распространение в модифицированной его формулировке. Вместо «разнонациональности», т.е. различной национальной или государственной принадлежности контрагентов, стал все более использоваться такой критерий, как *местонахождение коммерческих предприятий партнеров в разных государствах*. Это объясняется прежде всего активным его закреплением в международно-правовых документах: Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Конвенции ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1985 г., Конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г., Конвенции по международным факторным операциям 1988 г. и др., а также и во внутренних актах государств, например в российском Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г.

В этом плане необходимо подчеркнуть, что в настоящее время в российской литературе бытует именно такой перевод словосочетания, существующего в конвенционном материале — «местонахождение коммерческих предприятий партнеров». Однако на самом деле в тексте перечисленных и других документов используется совершенно другой по сути критерий — место осуществления деятельности (place of business — англ., йtablissement — фр.). К тому же само понятие «place of business» в названных актах не расшифровано. При этом ясно, что оно не тождественно ни понятию «национальность юридического или физического лица», ни понятию «оседлость», или «местонахождение» («местопребывание») юридического либо физического лица и не может быть к ним приравнено. Речь идет о постоянном месте осуществления регулярных деловых операций. Дочерняя фирма не будет рассматриваться коммерческим предприятием материнской компании, она будет выступать самостоятельной стороной в сделке (договоре). С другой стороны, сделка, совершаемая российским гражданином, постоянно проживающим в каком-либо иностранном государстве и зарегистрированным в нем в качестве предпринимателя (например, коммерсанта во Франции), с

юридическим лицом, включенным в реестр предприятий Российской Федерации, на поставку товаров, будет квалифицироваться как внешнеторговая, несмотря на то что критерию «разнонациональности» она удовлетворять не будет. Отход от ранее действовавших формул для обозначения рассматриваемого признака в законодательстве Российской Федерации прослеживается весьма явственно. Так, в Таможенном кодексе (п. 7 и 8 ст. 18) под понятие иностранных лиц подпадают российские граждане, не имеющие постоянного местожительства в России. В законе РСФСР «Об иностранных инвестициях в РСФСР» 1991 г. к категории иностранных инвесторов также были отнесены граждане РФ, имеющие постоянное местожительство за границей.

Следует отметить, что Основам гражданского законодательства 1991 г. данный признак также известен, поскольку в ст. 166 в качестве одной из возможных коллизионных привязок к различным видам внешнеэкономических договоров указывается в числе прочего прикреплению к закону страны, где соответствующая сторона «имеет основное место деятельности».

Проблема разграничения внешнеэкономических и внутрихозяйственных сделок в современных условиях разнообразия субъектов внешнеэкономической деятельности, получивших право выхода на международный рынок, имеет не только теоретическое значение для развития правовой науки. Верное установление юридической природы сделки и ее соответствующая квалификация (в качестве внешнеторговой, внешнеэкономической или внутрихозяйственной) важно и с практической точки зрения, поскольку в зависимости от этого будут применяться различные правовые режимы. Регулирование внешнеторговых (внешнеэкономических) сделок имеет свои особенности. Во-первых, во внутрихозяйственном обороте не возникает вопроса о применимом к сделке праве, выборе правопорядка вообще, поскольку таковым будет всегда выступать отечественный правопорядок. Во-вторых, споры по такого рода сделкам рассматривают суды общей юрисдикции (применительно к России и некоторым другим странам — арбитражные суды (государственные суды, занимающиеся разбирательством так называемых экономических, или хозяйственных, споров), либо торговые суды (трибуналы), а также третейские суды, не относящиеся, по общему правилу, к категории органов международного коммерческого арбитража, при наличии соответствующего соглашения между сторонами и одновременно при условии отсутствия в законе требования исключительной подсудности данной категории дел государственным судам. В-третьих, зачастую (как, например, в Российской Федерации) налоговый режим в отношении внешнеэкономических (экспортных) сделок существенно отличается в льготную сторону от внутрихозяйственных сделок при одновременном подчинении первых таможенному регулированию.

В случаях же, когда есть основания полагать, что соответствующая сделка является не внешнеторговой, а внутрихозяйственной, причем таковой потребительского характера, к ней применяются специальные правила, отражающие повышенную гражданско-правовую ответственность перед потребителем, иные, в том числе процессуальные требования, и проч.

Основным видом внешнеэкономической сделки на данном этапе выступает внешнеторговая сделка в узком смысле слова. Нормы, действующие в отношении внешнеторговых сделок, служат в значительной степени базой для формирования правовой регламентации внешнеэкономических сделок, подобно тому как сама внешнеэкономическая деятельность имела в своей исторической

основе внешнюю торговлю.

В рамках осуществления или обеспечения внешнеторговой или внешнеэкономической деятельности применяются самые различные виды внешнеэкономических договоров. Среди них довольно высокий удельный вес в объеме внешних связей, в частности Российской Федерации, помимо внешнеторговой поставки (купли-продажи), занимают, как в прошлом, так и ныне, договоры международной перевозки (морской, автомобильной, железнодорожной, воздушной, осуществляемой иными способами); аренды, в том числе финансовой аренды оборудования и иного имущества; подряда, включая так называемый подряд на условиях «под ключ», а также особый вид договорных отношений, основанных на договорах об оказании технического содействия; оказания иных услуг (экспедиторских, диспетчерских, консалтинговых, маркетинговых и т.д.); лицензионные; заказа на выполнение научно-технических работ; страхования (в соответствии с видами транспортировки товара); агентские, консигнационные, комиссионной продажи и др.

Наряду с существенными признаками внешнеэкономические сделки обладают также и вспомогательными, субсидиарными, или факультативными, чертами. В частности к таковым относят, как правило, пересечение таможенной границы товарами, работами и услугами и соответственно выполнение таможенных формальностей; платежи в иностранной валюте; связанность, точнее, обусловленность в ряде случаев внешнеэкономических сделок международными (межгосударственными) договорами; рассмотрение споров по сделкам постоянно действующими или разовыми органами международного коммерческого арбитража и др. При этом имеется в виду, что основные указывавшиеся ранее признаки должны наличествовать всегда, когда речь идет о внешнеторговых (внешнеэкономических сделках), а факультативные могут как присутствовать, так и отсутствовать. Например, в федеральном законе «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» 1995 г. прямо говорится, что «к экспорту товаров приравниваются отдельные коммерческие операции без вывоза товаров с таможенной территории Российской Федерации за границу, в частности при закупке иностранным лицом товара у российского лица и передаче его другому российскому лицу для переработки и последующего вывоза переработанного товара за границу» (ст. 2).

Касаясь легального определения внешнеторговой сделки, некоторые авторы (И.С. Зыкин) считают его нецелесообразным, полагая, что в нормативном акте необходимо иметь дефиницию внешнеэкономической сделки как более общего понятия, которое в силу такого своего характера будет распространяться и на частные явления, подпадающие под его объем. Соответственно, учитывая новейшие тенденции и условия, существующие в правовом регулировании данной сферы, к внешнеэкономическим договорам предлагается относить совершаемые в ходе осуществления предпринимательской деятельности договоры между лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах.

Заметим, что в некоторых других странах законодатель в ряде случаев считает необходимым ввести в нормативный массив дефиницию данного понятия. Например, Закон Украины № 960-ХІІ о внешнеэкономической деятельности от 16 апреля 1991 г. — один из немногих внутригосударственных актов, который содержит легальное определение внешнеэкономического договора. Его ст. 1 оперирует следующим определением:

«Внешнеэкономический договор (контракт) — материально оформленное

соглашение двух или более субъектов внешнеэкономической деятельности и их иностранных контрагентов, направленное на установление, изменение или прекращение их взаимных прав и обязанностей во внешнеэкономической деятельности».

**Сделки международного характера.** В некоторых учебных изданиях последних лет по МЧП и связанным с ним вопросам выдвигались предложения о введении в оборот новых терминов для обозначения уже известных понятий, например «международная коммерческая сделка». Следует обратить внимание, что данный термин не может заменить собой понятия «внешнеэкономическая сделка». В то же время не всякая международная сделка является коммерческой и не всякая коммерческая сделка может быть внешнеэкономической, хотя и будет являться международной. Например, сделка по купле-продаже физическими лицами—гражданами одного государства недвижимости, находящейся на территории другого государства, не будет квалифицирована как внешнеэкономическая, но, бесспорно, это международная сделка. Если в отношении того же самого объекта между теми же лицами совершается дарение, то сделка не является ни коммерческой, ни предпринимательской, ни внешнеэкономической, но по-прежнему будет оставаться международной.

Таким образом, представляется более оправданным оперировать понятием «сделка международного характера» как общей категорией, в рамках которой могут существовать различные виды: «внешнеэкономическая сделка», «внешнеторговая сделка», «международная коммерческая сделка», «международная некоммерческая сделка». Потребность в таком понятии — «сделка международного характера» или просто «международная сделка» — очевидна и обусловлена тем, что оно в состоянии охватить не только сделки во внешней торговле, равно как и вообще в сфере внешнеэкономических связей, но и отношения, не носящие возмездного характера. Как представляется, именно отсутствие подобной более общей категории привело к тому, что в Основах гражданского законодательства 1991 г. (ст. 166), ГК МНР 1994 г. (ст. 434) договор дарения присутствует в числе видов договоров, относимых к внешнеэкономическим, а это объективно ведет к подрыву основных признаков внешнеэкономической сделки, формулируемых вышеуказанным образом. Ни выдача доверенности, ни заключение договора дарения или некоторых иных видов договоров (так называемых организационных, которые также принято относить к внешнеэкономическим, хотя в них не присутствует второй существенный элемент — экспорт-импорт в широком смысле слова, столь характерный для внешнеторговых и внешнеэкономических сделок, — например, договор о создании совместного предприятия с иностранным участием) не совершаются в предпринимательских целях, т.е. в порядке, непосредственно направленном на извлечение прибыли. Аналогично этому трудно подвести под категорию внешнеэкономических в сложившемся представлении отношений обязательства из причинения вреда, когда, скажем, ущерб в результате дорожно-транспортного происшествия причиняется транспортным средством предприятия, учрежденного в соответствии с законами одного государства, юридическому или физическому лицу другого государства.

Между тем к выводу именно о таком характере рассматриваемых отношений пришел арбитражный суд при разрешении спора между сторонами—участниками внешнеэкономических отношений о возмещении вреда (см. Информационное письмо ВАС РФ от 16 февраля 1998 г.).

В Российский арбитражный суд обратилось белорусское акционерное общество с иском о возмещении вреда, причиненного легковому автомобилю. Вред был причинен грузовиком-трейлером, принадлежавшим российскому обществу с ограниченной ответственностью. Причиной дорожно-транспортного происшествия, как это было установлено дорожно-патрульной службой ГАИ, послужила неисправность рулевого управления грузовика. Дорожно-транспортное происшествие имело место на территории Республики Беларусь. Истец требовал возмещения ущерба, причиненного в результате дорожно-транспортного происшествия, в размере затрат на ремонт автомобиля. Исковые требования истец основывал на нормах, содержащихся в ГК РФ. При рассмотрении спора о возмещении вреда арбитражный суд констатировал прежде всего, что обязательства о возмещении вреда возникли из внедоговорных отношений между участниками, предприятия которых находятся в разных государствах, т. е. таких отношений, которые можно охарактеризовать как внешнеэкономические в сфере хозяйственной деятельности.

На этой основе суд обратился к международному договору, заключенному Российской федерацией и Республикой Беларусь, — Соглашению о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (1992 г.), в котором имеются коллизионные нормы о порядке определения прав и обязанностей сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда. Согласно п. «ж» с. 11 Соглашения «права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по законодательству государства, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда». Дорожно-транспортное происшествие произошло в Республике Беларусь, что определило выбор белорусского права в качестве применимого судом.

Понятия «сделка», «договор» или «обязательство международного характера», с одной стороны, и «внешнеэкономическая», «внешнеторговая» сделка, с другой стороны, должны оперировать присущими им надлежащими критериями. В связи с этим необходимо отметить, что зарубежная юридическая литература в противовес понятию «сделка» чаще использует категорию гражданско-правовых (частноправовых) договоров («международные контракты», «экспортные, импортные контракты», «договоры международной купли-продажи» и т.д.). Как бы то ни было, существенным критерием сделки или в соответствующих случаях соглашения международного характера, как и вообще для международного частного права, служит прежде всего *юридическая связь отношения с правопорядками различных государств*. Формы же опосредствования и проявления такой связи могут быть самыми разными (см. об этом в гл. 5 «Общей части»).

В аспекте будущего правового регулирования сделок, выходящих за рамки одного правопорядка (внешнеэкономических и внешнеторговых сделок), которое Российская Федерация должна иметь в ближайшее время, нельзя не заметить, что третья часть ГК РФ в разделе, традиционно посвященном коллизионным вопросам рассматриваемых и других обязательств, относящихся к международному хозяйственному (гражданскому) обороту, категории внешнеэкономических сделок или внешнеторговых сделок вообще не

упоминает, за исключением отмеченных выше случаев регламентации формы.

В связи с этим обращает на себя внимание другой акт Российской Федерации — Федеральный закон «О лизинге» от 29 октября 1998 г. Во-первых, в нем присутствует понятие «международного» лизинга и сублизинга с некоторыми специфическими для данного этапа правового развития России элементами. А во-вторых, данный акт пользуется категорией нерезидентства (в противовес, скажем, терминологии Оттавской конвенции, оперирующей понятием «местонахождения коммерческих предприятий партнеров», в том значении, о котором говорилось выше) как устойчивым критерием разграничения между внутренним и международным лизингом: при осуществлении внутреннего лизинга лизингодатель, лизингополучатель и продавец (поставщик) являются резидентами Российской Федерации. При осуществлении международного лизинга лизингодатель или лизингополучатель является нерезидентом Российской Федерации (ст. 7). В этом плане при характеристике, например, международного сублизинга закон вводит особый признак: отличительной особенностью международного сублизинга является перемещение предмета лизинга через таможенную границу Российской Федерации только на срок действия договора сублизинга (п. 5 ст. 8), что также, как мы смогли убедиться, идет вразрез с некогда существовавшими общими взглядами на внешнеэкономические сделки. В этом случае, говоря о затронутом критерии рассматриваемого вида сделок — перемещении товара через таможенную границу государства, следует уточнить, что в принципе существующее в российском законе указание не колеблет в целом конструкцию отнесения его к факультативным признакам. Вместе с тем нужно сделать существенное добавление к тому, что констатировалось ранее, — данное обстоятельство образует *вспомогательный* критерий, за исключением случаев, когда иное прямо предусматривается соответствующими правовыми нормами (как, скажем, в ситуации с международным сублизингом, о чем в законе РФ «О лизинге» указывается явным и непосредственным порядком).

Таким образом, представляется, что более адекватной современности категорией в нынешней теории и практике международного частного права в области обязательственных отношений, является понятие *сделки международного характера*, подразделяемой на некоторые более специфические ее разновидности.

## § 2. Форма сделок в МЧП

Международное частное право, решая вопросы формы соглашений, выходящих за рамки юрисдикции одного государства, исторически прибегало к привязке к закону того государства, на территории которого данная сделка или договор совершались (*locus formam regit actum*). Это правило характерно для многих национально-правовых и международно-правовых актов. Так, в ст. 165 Основ гражданского законодательства 1991 г., п. 1 ст. 433 ГК МНР, ст. 6 Закона Украины о внешнеэкономической деятельности, п. 3 ст. 4 Торгового кодекса Португалии, ст. 8 Закона о праве, касающегося применения законов, Японии, ст. 834 ГК СРВ и др. содержится общая норма о подчинении формы сделки или договора закону места их совершения или заключения.

В то же время почти все перечисленные акты предусматривают и специальные правила для определенных ситуаций: если при совершении сделки за границей соблюдены требования национального права, касающиеся формы,

сделка не может быть признана недействительной по основаниям порока формы. Так, согласно Вводному закону к ГГУ 1896 г. (со всеми последующими изменениями, включая изменения 1992 г. и др.) «форма сделки определяется законами, которые являются решающими для правоотношения, составляющего предмет сделки. Достаточно, однако, соблюдения законов места совершения сделки» (ст. 11). В то же время положения данной нормы не распространяются на сделки, посредством которых устанавливается право на вещь или осуществляется распоряжение таким правом.

В Основах гражданского законодательства 1991 г. (ст. 165) и ГК РФ содержится следующее регулирование по данному вопросу: «Форма сделки подчиняется праву места ее совершения. Однако сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского закона» (ст. 1209). На основании этого необходимо заключить, что сделка должна удовлетворять правилам, установленным в законодательстве места ее совершения или в национальном законе. Тем не менее это не означает, что в данном случае мы имеем дело с альтернативной коллизионной нормой. Речь идет о генеральной и субсидиарной нормах.

Далее и в российском акте, и в ряде других следует специальное положение применительно к случаям определения закона, регулирующего форму сделку с недвижимостью: «Форма сделок в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр Российской Федерации, российскому праву». «Гражданский договор, связанный с недвижимым имуществом во Вьетнаме, подчиняется вьетнамскому праву» (п. 3 ст. 834 ГК СРВ). «Форма сделок, относящихся к недвижимому имуществу, находящемуся на территории Монголии, определяется по монгольскому праву» (п. 3 ст. 433 ГК МНР).

В отечественном праве существует и еще одно требование, касающееся формы сделки. Оно состоит в том, что форма внешнеэкономических сделок, заключаемых с участием российских юридических лиц, подчиняется российскому праву вне зависимости от места ее совершения. Это правило применяется и в случаях, когда хотя бы одной из сторон такой сделки выступает осуществляющее предпринимательскую деятельность физическое лицо, личным законом которого в соответствии со ст. 1195 настоящего Кодекса является российское право (п. 2 ст. 1209). В сочетании с нормой ГК РФ о том, что несоблюдение формы внешнеэкономической сделки влечет за собой ее недействительность (п. 3 ст. 162), приведенные правила образуют совокупность императивных предписаний, относящихся лишь к *форме* внешнеэкономической сделки. Следовательно, существовавшие ранее сомнения по поводу сохранения действительности требований о *порядке* подписания внешнеторговых сделок, установленных Постановлением Совета министров СССР от 14 февраля 1978 г. № 122, которые имели место сразу после принятия и введения в действие на территории РФ Основ гражданского законодательства 1991 г., утратили почву, поскольку ГК РФ упоминает только условие о «простой письменной форме». В связи с этим подчеркнем, что выдвигавшиеся в специальной литературе предложения об отказе от письменной формы внешнеэкономических сделок не поддержаны законодательной практикой. Во всяком случае в третьей части ГК РФ по-прежнему присутствует требование письменной формы для данного вида сделок, опосредуемое ст. 162.

В том же, что касается законодательства по этому вопросу иных стран, то,



например, Украина сохраняет императивность не только письменной формы внешнеэкономических сделок, но также и подписания их двумя лицами в случаях, когда речь идет о сделках, заключаемых иными, нежели физические лица, субъектами права (ст. 6 Закона УССР о внешнеэкономической деятельности от 16 апреля 1991 г.).

В некоторых случаях специальным законодательством предусматриваются нормы, регламентирующие форму сделок (договоров) отличным от обычных требований образом. Так, в законе РФ «О залоге» от 29 мая 1992 г. указывается, что договор о залоге, обеспечивающем обязательства, возникающие из основного договора, подлежащего нотариальному удостоверению либо нотариально удостоверенного по соглашению сторон, должен быть также удостоверен в органе, удостоверившем основной договор. Форма договора о залоге определяется по законодательству места его заключения. В случаях расхождения требований по форме договора о залоге, заключенного за пределами Российской Федерации, действуют общие правила действительности договора, т.е. он не может быть признан недействительным вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования, установленные законодательством Российской Федерации. Форма договора о залоге зданий, сооружений, предприятий, земельных участков и других объектов, находящихся на территории РФ, а также подвижного состава железных дорог, гражданских воздушных, морских и речных судов, космических объектов, зарегистрированных в Российской Федерации, независимо от места заключения такого договора определяется законодательством Российской Федерации (п. 3, 5 ст. 10).

Согласно ст. 6 Федерального закона от 30 декабря 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции», помимо письменной формы, предусматривается специальный порядок заключения соглашений. Соглашения заключаются в соответствии с законодательством Российской Федерации и утверждаются федеральным законом. Подписание соглашения со стороны государства осуществляется Правительством РФ и органом исполнительной власти соответствующего субъекта Российской Федерации.

В венгерском указе Президиума ВНР № 13 «О международном частном праве» подход к решению вопроса о форме договора, регулируемого МЧП, характеризуется весьма широким спектром формул прикрепления, присутствующих в альтернативной коллизионной норме. «Если договор, — говорится в нем, — является недействительным по формальным основаниям с точки зрения закона, применимого к договору, суд признает договор действительным при условии, если он действителен по закону государства суда, рассматривающего дело, или по закону места совершения договора или того государства, в котором должны наступить предусмотренные правовые последствия» [ст. 30 (3)].

Коллизионная проблема формы сделок, попадающих в сферу действия МЧП, а также определенных видов договоров получила разрешение и в международных документах. В Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. стран СНГ содержится унифицированная коллизионная привязка к праву места совершения сделки, заключения договора или выдачи доверенности с учетом специального исключения в отношении сделок с недвижимым имуществом, прикрепление в части формальных требований по которым осуществляется к праву государства, на чьей территории находится имущество. В свете этого, если по правилам, действующим в соответствующей юрисдикции, для

совершения сделки с имуществом требуется не простая письменная, а нотариальная форма сделки, таковая должна быть совершена в указанной форме. Если действительность сделок с определенными видами имущества ставится в зависимость от регистрации их компетентным органом, несоблюдение данного правила повлияет на ее безупречность с формальной точки зрения.

Требование об обязательности письменной формы внешнеэкономических сделок по российскому праву распространяется также на все действия по их изменению и дополнению.

Российским торговым предприятием (покупателем) в июле 1996 г. был заключен внешнеторговый контракт на поставку товара с фирмой, зарегистрированной в иностранном государстве (продавцом). Стороны при заключении сделки в письменной форме договорились, что поставка товара будет осуществляться на условиях СИФ (морская перевозка) в редакции ИНКОТЕРМС-90. При этом обязанность по оплате фрахта до пункта назначения и по страхованию сделки возлагалась на продавца — иностранную фирму. Фактически же перевозка осуществлена на условиях FOB, ибо продавец поставку не страховал. В пути товар был испорчен попаданием морской воды во время шторма. Покупатель, получив товар в негодном состоянии, счел это виной продавца, который односторонне изменил базисные условия поставки с СИФ на FOB, что и привело к ненадлежащему исполнению обязательств по сделке.

Иностранная фирма настаивала, что имело место двустороннее изменение договора. В качестве доказательства приводилось то, что продавец отправил по факсу оферту с предложением снизить цену контракта; покупатель в телефонных переговорах согласился с этим предложением. В результате телефонных переговоров продавец счел возможным зафрахтовать судно на условиях FOB и не страховать сделку. Российское предприятие отрицало факт устного согласия на изменение условий контракта. Доказательства письменного волеизъявления сторон на изменение условий контракта суду, разрешающему спор, не были представлены.

При разрешении данного спора суд исходил из того, что сделка относилась к категории внешнеэкономических, поскольку предприятия участников сделки находились в разных государствах. В соответствии с п. 3 ст. 162 ГК РФ внешнеэкономические сделки заключаются в простой письменной форме. Следовательно, к отношениям сторон применима Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., вступившая в силу для России с 1 сентября 1991 г.

Конвенция, действующая для Российской Федерации с учетом оговорки, сделанной СССР при присоединении к ней, содержит норму императивного характера о форме сделки (ст. 12). При этом это правило распространяется как на договор международной купли-продажи, так и на его изменение (ст. 29 Конвенции). Статья 13 Конвенции к письменной форме из электронных видов связи относит только сообщения «по телеграфу и телетайпу». Таким образом, договор купли-продажи и его изменение в случае участия

в нем фирмы из Российской Федерации должен заключаться в письменной форме, к каковой телефонная связь не относится.

Договор между спорящими сторонами был заключен в письменной форме на условиях СИФ (ИНКОТЕРМС-90), т.е. продавец должен был отправить товар на условиях СИФ. Продавец по факсу предложил покупателю осуществить поставку товара на условиях FOB. Покупатель никаким письменным документом не подтвердил своего согласия изменить договор в части отказа от условий СИФ и перехода на условия FOB.

Таким образом, продавец предложил изменить контракт, а покупатель на предложение не ответил. Следовательно, изменения контракта в отношении базиса поставки (СИФ на FOB) в письменной форме не произошло. Арбитражный суд вправе принимать решение на основе обычаев делового оборота, касающихся базиса поставки в сфере международной торговли (в ред. ИНКОТЕРМС), в том случае, когда стороны договорились об их применении или изменили соглашение о базисных условиях внешнеторговой поставки в письменной форме.

Что касается материально-правовых норм, единообразно решающих вопрос формы некоторых видов сделок, наибольшее значение ныне имеет Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., в которой предусматривается и письменная, и устная форма договора международной купли-продажи. Вместе с тем благодаря диспозитивному характеру конвенционных норм и заложенному в ней особому механизму достижения компромисса — с помощью оговорок при присоединении, Конвенция допускает участие в ней и тех государств, в которых в силу национального законодательства действуют императивные правила о письменной форме сделок. Среди таких государств, сделавших заявления об обязательности письменной формы договора международной купли-продажи, — Аргентина, Белоруссия, Венгрия, Китай, Куба, Литва, Монголия, Россия, Украина, Чили, Эстония.

К форме доверенности, выданной за границей, применяется право того государства, на территории которого выдана доверенность. Это означает, что в подобных случаях действует принцип *lex loci actus*. Ныне существующее в этой части регулирование не расходится с принятым в прошлом. В частности, соответствующие положения третьей части ГК РФ (ст. 1209) согласуются с нормами п. 3 ст. 165 Основ гражданского законодательства 1991 г.: «Форма и срок действия доверенности определяются по праву страны, где выдана доверенность. Однако доверенность не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если последняя удовлетворяет требованиям советского права».

Важное значение при этом для рассматриваемого вопроса имеют предписания, содержащиеся в Основах законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г., согласно которым при совершении актов в Российской Федерации нотариус применяет иностранное право, вследствие чего он «совершает удостоверительные надписи в форме, предусмотренной законодательством других государств, если это не противоречит международным договорам Российской Федерации». Он также принимает документы, составленные в соответствии с требованиями международных договоров (ст. 104).

### § 3. Коллизионно-правовое регулирование сделок международного характера

Ввиду того что материальное право различных государств существенно различается, в международных торговых (в широком смысле слова) отношениях конкретный результат правового регулирования зачастую зависит от того, какому правопорядку подчинен данный контракт. Объем и пределы ответственности сторон по договору (можно ли взыскать косвенные убытки, возможно ли обращение к неустойке, штрафным процентам и проч.), действительность договора и считается ли он заключенным вообще и т.д. — вот вопросы, которые несовпадающим порядком решаются в разных странах.

Так, в споре между истцом — российским предприятием и ответчиком — немецкой фирмой о признании договора аренды теплохода недействительным истец основывал свои требования на российском праве, ссылаясь на кабальный характер сделки. Так как при заключении контракта стороны не указали на применимое право, хотя и избрали форум — Арбитражный суд РФ, вопрос об определении надлежащего правопорядка решался самим судом. Арбитражный суд РФ исходил из того, что при отсутствии соглашения сторон о выборе права, зафиксированного в договоре, надлежит руководствоваться коллизионными нормами закона суда — российского права. В силу пп. 2 п. 1 ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г. должно применяться право страны наймодателя. Поскольку наймодателем выступало немецкое общество, к существу отношений по договору, в том числе к порядку осуществления и прекращения прав и обязанностей сторон, подлежало применению немецкое право. Именно в праве ФРГ следует искать ответ на вопрос об основаниях признания договора недействительным. В нормах ГГУ, например, устанавливается, что ничтожна сделка, по которой «одно лицо, пользуясь нуждой, легкомыслием, неопытностью, безрассудством или слабостью воли другого, получает от него имущественные выгоды и обязательства для себя или для третьего лица, значительно превышающие ценность предоставляемых услуг, так что выгода представляется явно несоразмерной оказанным услугам» [§ 138 (п. 1)], кроме того в § 119 «Заблуждение» законодатель предусмотрел также и обстоятельства оспоримости сделки — в рамках рассматриваемого правопорядка существует и такое основание для признания сделки недействительной, как несоблюдение формы. В частности, § 311 гласит, что «договор, согласно которому одна сторона обязуется передать другой стороне наличное имущество или его часть, или участие в пользовании им, требует нотариального удостоверения».

Как подчеркивалось выше, категорией принципиального значения в обязательственных отношениях, регулируемых МЧП, выступает автономия воли сторон, поэтому они, заключая сделку, могут сами избрать применимое к договору право.

**Закон, избранный сторонами гражданского правоотношения.** В силу принципа автономии воли стороны могут *свободно* избрать применимое к их

обязательственным отношениям право (*lex voluntatis*).

Между грузинской и российской авиакомпаниями был заключен договор аренды. В соответствии с условиями договора российская сторона обязалась предоставить грузинской стороне в аренду вертолеты. Арендная плата должна была перечисляться ежеквартально. Стороны также включили в договор пункт о том, что вопросы, не урегулированные договором, регулируются нормами гражданского законодательства Российской Федерации. В результате того, что в ходе исполнения договора образовалась задолженность на стороне грузинского предприятия, российская авиакомпания обратилась в арбитражный суд с иском к грузинской авиакомпании о ее взыскании. Свои требования истец обосновывал ссылками на материальное право Российской Федерации. Ответчик же настаивал на том, что применимым правом должно быть законодательство Грузии, поскольку исполнение договора имело место на территории Грузии.

При разрешении данного спора арбитражный суд исходил из того, что данный спор является спором, вытекающим из внешнеэкономической сделки, поскольку ее участниками являются юридические лица, находящиеся в разных государствах; стороны свободны в выборе права, применимого к обязательствам сторон по сделке, что закреплено в ч. 1 ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г. и ст. 566 ГК РСФСР 1964 г.; включение в контракт условия о применимом праве означает, что стороны принимают на себя обязательство руководствоваться в своих отношениях нормами данного права.

Учитывая изложенное, арбитражный суд применил гражданское законодательство Российской Федерации как право, выбранное сторонами при заключении контракта.

Возможность свободного выбора закона, подлежащего применению, на основе автономии воли сторон, предусматривается и в международных соглашениях. Так, согласно ст. 11 (е) Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., заключенного странами СНГ (Киев), отношения, вытекающие из сделки (внешнеэкономической сделки), регулируются избранным сторонами правом, применимым к существу спора.

Между российским и белорусским предприятиями в Москве был заключен договор поставки. В дополнительном соглашении к договору стороны установили, что споры по этому договору разрешаются в порядке, установленном действующим законодательством Республики Беларусь и законодательством ответчика. В качестве органа, разрешающего спор, избран российский арбитражный суд.

Поскольку данный договор поставки относится к внешнеэкономическим сделкам, ибо он заключен между сторонами, предприятия которых находятся в разных государствах, допустимо согласование между сторонами в контракте применимого к их отношениям права (принцип автономии воли сторон). Арбитражный

суд признал, что стороны имели право сделать это на основании принципа автономии воли, закрепленного в п. «е» ст. 11 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности.

В литературе по международному частному праву прежних лет, особенно в курсах и учебниках, категория *lex voluntatis* рассматривалась в ряду и в связи с коллизионными принципами. Однако проведенные специальные исследования свидетельствуют в пользу верности взгляда тех представителей науки, которые считают автономию воли сторон специфичным, самостоятельным институтом МЧП, и, следовательно, необходимости выведения за рамки коллизионных принципов его производной — закона, избранного сторонами сделки. Именно поэтому категория *lex voluntatis* рассматривается в настоящем учебнике обособленно от совокупности типичных формул прикрепления.

Нет нужды подчеркивать, что свободный выбор сторонами применимого к их отношениям права предусматривается в законодательных и иных правовых нормах различных стран только применительно к сделкам, носящим международный характер. К внутривозрастным сделкам и договорам, оформляющим их, избрание сторонами применимого права невозможно *ab initio*, так как в подобных ситуациях нет коллизии права и вследствие этого единственным регулятором будет выступать национальное (отечественное) право данного государства.

Если исходить из правовой природы соглашения о выборе права и теоретической основы института автономии воли, то необходимо заключить, что свобода выбора права не должна быть ограничена. Вместе с тем правовые системы многих стран практикуют иное. Одни, в частности французская судебная практика и другие последовавшие за ней системы, «локализуют» договор посредством выдвижения объективных факторов, которые как бы «привязывают» его к определенному месту — месту заключения договора, исполнения, нахождения внешнего его предмета (вещи) и т.д., обосновывая тем самым применение именно этого правопорядка; другие (США, Великобритания) также с помощью наличия определенных признаков в конкретном фактическом составе отношения ограничивают свободу автономии воли сторон путем отыскания «собственного права договора» (*proper law of the contract*). Так, в ст. 1-105 Единообразного торгового кодекса США говорится, что «за изъятиями, установленными настоящей статьей, стороны вправе в случаях, когда сделка имеет разумную связь как с данным, так и с другим штатом или государством, договориться о том, что их права и обязанности будут определяться по праву либо данного, либо другого штата или государства; при отсутствии такого соглашения настоящий закон применяется к сделкам, имеющим надлежащую связь с данным штатом». Ограничителем автономии воли сторон в данной ситуации выступает, как видно, «разумная связь» с тем или иным штатом или государством.

В судебной практике англо-американских стран в тех случаях, когда воля сторон не выражена или выражена недостаточно однозначно, имеет место обсуждение вопроса о «гипотетической воле сторон», с помощью которой может быть определено применимое право. В этом плане действующее российское право и предлагаемые решения проектов, готовящихся в рассматриваемой области актов, не допускают гипотетическую волю. Воля сторон должна быть выражена прямо или со всей очевидностью вытекать из обстоятельств дела или условий договора, рассматриваемых в совокупности (см., например, § 13 Регламента Международного коммерческого арбитражного

суда при ТПП РФ, ст. 1210 третьей части ГК РФ). Аналогичны предписания швейцарского Закона о международном частном праве: «Выбор права должен быть определенным или вытекать из договора или обстоятельств» (п. 2 ст. 116).

Наряду с этим закон, избранный сторонами, не будет применяться, если его применение противоречит «общественным нравам», морали, «добрым нравам», «публичному порядку», «основам правопорядка» и т.д., т.е. так называемая оговорка о публичном порядке служит объективным ограничителем автономии воли и выбора сторонами применимого права. Кроме того, пределы действия *legis voluntatis* обычно сужают и императивные нормы национального права. В частности, в ГК МНР установлено, что форма сделки подчиняется закону места ее совершения. Сделки же по поводу недвижимости, расположенной на территории Монголии, в том числе и в вопросах формы, должны подчиняться монгольскому праву. В равной мере если в российском праве существует требование о том, что форма сделок, заключаемых российскими гражданами и юридическими лицами, определяется правом Российской Федерации, то совершение сделки за границей, даже если стороны и избрали в качестве применимого к их отношениям права иностранный закон, не освобождает российское юридическое лицо или российского гражданина от подчинения вышеуказанной норме, поскольку она носит императивный характер. В этой части свобода сторон избрать соответствующий закон будет необходимо квалифицироваться как ограниченная. Помимо этого, закон, избранный сторонами, не может регулировать вопросы их личного статуса (право- и дееспособности, правосубъектности юридических лиц, личных неимущественных прав и проч.). В этом также усматривается известное ограничение воли сторон. Резюмируя сказанное, нужно констатировать, что *lex voluntatis* регулирует существо договорных отношений (является *lex causae*).

В большинстве случаев он также не действует и в отношении акцессорных обязательств, связанных с основными или вытекающих из них и являющихся, быть может, очень важными для реализации и юридических последствий главного обязательства. В частности, во внешнеэкономических сделках огромное значение имеет такой способ обеспечения обязательства, как поручительство или банковская гарантия. Несмотря на то, что применительно к договору в целом стороны, допустим, предусмотрели в результате собственного выбора применимое право, оно может не использоваться для поручительства или гарантии, так как в такого рода отношениях природа обязательств имманентно связана с личностью субъекта — поручителя или гаранта, что обуславливает целесообразность подчинения их его личному закону.

Однако случается, что некоторые национально-правовые акты решают перечисленные вопросы по-иному. Так, необычно в этом отношении регулирование, заключенное в Указе Президиума ВНР № 13 о международном частном праве 1979 г. Допуская неограниченный выбор права сторонами, его ст. 30 (1) гласит: «Закон договора распространяется на все элементы обязательственного правоотношения, в частности на заключение договора, его действительность с точки зрения формы и содержания, юридические последствия, предусмотренные обязательственным правом, и, если соглашением между сторонами или настоящим указом не установлено иное, — на обязательства, обеспечивающие договор (залог, поручительство и т.д.), а также любой зачет требований, уступку требований и перевод долга в связи с договором».

В практике последних лет все большее распространение в определении применимого к договору права получают привязки, основанные на

«разумности» и «тесной связанности» данного отношения с соответствующим правопорядком. Например, § 10 чешского Закона о международном частном праве и процессе указывает: «Если участники правоотношения не выберут определяющее право, их обязательственные отношения регулируются правопорядком, применение которого отвечает разумному урегулированию данного отношения». Этот коллизионный принцип находит все большее применение и в международных договорах. Так, в Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. привязка к праву государства, с которым договор имеет наиболее тесную связь, введен в Конвенцию как преимущественный критерий. При определении искомого правопорядка, согласно Конвенции, принимаются во внимание любые объективные и субъективные элементы контракта.

Данная формула отыскания применимого к договору права никогда не использовалась ни в законодательстве, ни в судебно-арбитражной практике России. Тем не менее она вошла в правопорядок Российской Федерации, поскольку третья часть ГК РФ прямо предусматривает ее действие. Статья 1211, содержащая широкий перечень коллизионных привязок, устанавливает, что при отсутствии выбора сторонами надлежащего права в случаях, если речь идет о договорах, не поименованных в рассматриваемой статье, необходимо применить право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора (*lex venditoris* в широком смысле). Подобное исполнение определяет право страны, с которой *договор наиболее тесно связан*.

**Право, применимое к содержанию сделки.** В сделках международного характера, в том числе и внешнеэкономических, существенна роль, которую играет *автономия воли сторон*, на основе чего и избирается применимое к договору право. Закрепление этого принципа в нашем законодательстве прошло определенные этапы. Первоначально практика внешнеторгового арбитража (ВТАК) *фактически* следовала ему в течение десятилетий, так как вопрос о том, праву какого государства стороны намерены были подчинить свои договорные отношения, выступал исходной позицией. В дальнейшем он был зафиксирован в Основах гражданского законодательства 1961 г., по формулировке которых «права и обязанности сторон по внешнеторговой сделке определяются по законам места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон» (ст. 126). Принцип автономии воли сторон как будто «прятался» в диспозитивном характере данной нормы, однако, как бы там ни было, получил свое легальное закрепление. Развернутые формулировки рассматриваемая категория МЧП приобрела в Основах гражданского законодательства 1991 г. Еще более широкая сфера действия отведена ей в разделе VI третьей части ГК РФ. Конкретизация сопутствующих выбору права обстоятельств и последствий завершается важным правилом, которого никогда не было ранее: «Стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей» (п. 4 ст. 1210).

«Решающее» право может быть выбрано как при заключении договора, так и в любой момент после этого путем достижения согласия. Если же все-таки соглашение сторон о подлежащем применению праве отсутствует, действующее коллизионное право Российской Федерации располагает достаточным перечнем привязок, позволяющим отыскать необходимый правопорядок. В этом плане важно подчеркнуть, что определение применимого права осуществляется не на основе оторванных от предмета абстрактных формул, а исходя из таких



принципов, которые учитывают особенности именно регулируемого вида общественных отношений, реальную связь между объектом регулирования и соответствующим правопорядком и тем самым позволяют избрать оптимально подходящие нормы.

Одной из таких коллизионных привязок является *закон страны продавца* — *lex venditoris*. Применительно к собственно договорам международной купли-продажи товаров закон страны продавца означает, что при отсутствии соглашения между сторонами определяющим считается право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся продавцом. Например, арбитражный суд РФ при разрешении споров, вытекающих из внешнеэкономических сделок, применяет право страны продавца на основе коллизионных норм, содержащихся в международном договоре или национальном законе.

В январе 1996 г. между российским акционерным обществом и бельгийской фирмой был заключен контракт, в соответствии с условиями которого бельгийская фирма обязалась поставить оборудование для двух рыболовческих траулеров, принадлежавших заказчику. Оплата товара должна была быть произведена после его получения. Стороны предусмотрели в контракте, что все споры, если они не могут быть урегулированы путем переговоров, подлежат рассмотрению в арбитражном суде РФ. Применимое право сторонами выбрано не было. Поставка оборудования была осуществлена бельгийской стороной в установленные в контракте сроки. Российское акционерное общество, получив товар, деньги на счет фирмы-поставщика не перечислило и на неоднократные напоминания об уплате долга не реагировало.

Бельгийская сторона обратилась в арбитражный суд с иском о взыскании с российского акционерного общества стоимости поставленных товаров, осуществив расчет убытков на основе норм права Бельгии.

При разрешении спора в суде ответчик признал свою задолженность по контракту, однако счел, что расчет сумм, подлежащих выплате, должен быть произведен в соответствии с материальными нормами российского права, поскольку местом рассмотрения споров стороны определили российский арбитражный суд. При разрешении данного спора арбитражный суд учитывал следующие обстоятельства: контракт был заключен между сторонами, предприятия которых находятся в разных государствах. Следовательно, данная сделка может быть квалифицирована как внешнеэкономическая. Отсутствие волеизъявления сторон в отношении применимого права означает, что выбор права осуществляет суд, который компетентен рассматривать данный спор и руководствуется коллизионными нормами своего законодательства. При этом используется коллизионная норма российского (советского) законодательства, действовавшая на момент заключения договора, из-за которого возник спор.

По сделкам, заключенным до 3 августа 1992 г., применяется ст. 566 ГК РСФСР 1964 г.; по сделкам, заключенным с 3 августа 1992 г., применяется ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г., в данном случае при определении применимого права арбитражный

суд руководствовался пп. 1 п. 1 ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г., которые предусматривают, что при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договорам купли-продажи применяется право страны продавца (см. Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц. Информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда РФ № 29 от 16 февраля 1998 г.).

Использование коллизионной формулы прикрепления закона страны продавца в более широком смысле в судебно-арбитражной практике Российской Федерации имеет место довольно часто в последние годы. Это связано с обновлением и расширением круга коллизионных принципов, введенных в отечественное право после 1991 г. Как отмечалось выше (см. гл. 11), современное понимание *lex venditoris* предполагает привязку к правопорядку того государства, в котором сторона, осуществляющая решающее для данного вида отношений действие, имеет свое обычное местопребывание, местожительство, место учреждения или место основной деятельности. В той или иной мере он либо закреплен как явно выраженный принцип *lex venditoris*, либо подразумевается в действующем праве многих стран, в том числе Российской Федерации, МНР, Украины, ВНР, ПНР, Швейцарии и т.д. В Законе Швейцарии говорится в этом смысле следующее: «1. При ошибках в выборе права договор подчиняется праву страны, с которой он связан наиболее тесным образом. 2. Предполагается, что тесная взаимосвязь имеет место со страной, в которой одна из сторон, осуществляющая характерные услуги, имеет свое обычное местопребывание или, если она заключила договор на основе профессиональной или производственной деятельности, в стране, в которой она имеет отделение. 3. В качестве характерной услуги действует: а) в договорах продажи — услуга продавца; б) в договорах о передаче в пользование — услуга стороны, которая передает вещь или право пользования; в) в договорах поручения, трудовом контракте и других подобных договорах — услуга лица, ее предоставляющего...; д) в договорах о выдаче гарантии (поручительства) — услуга гаранта» и т.д. (ст. 117).

Рассматриваемое содержание данного коллизионного принципа получает отражение также и в практике судебных органов Российской Федерации. Так, российский арбитражный суд при разрешении вышеупомянутого спора о признании недействительным внешнеэкономического контракта об аренде теплохода, заключенного между российским акционерным обществом и немецким обществом, в ходе отыскания подлежащего применению правопорядка сослался на коллизионную норму *lex venditoris* в широком значении как норму права, применимую к обязательствам сторон по этой сделке.

При рассмотрении дела по существу суд принимал во внимание следующие обстоятельства: договор аренды заключен между участниками, предприятия которых находятся в разных государствах. Таким образом, данную сделку можно охарактеризовать как внешнеэкономическую; заключение договора предполагает установление между сторонами определенных прав и обязанностей, при этом реализация этих прав и обязанностей должна осуществляться в рамках установленного законом. Если осуществление прав и обязанностей одной из сторон ущемляет

права и обязанности другой стороны, то такая сделка может быть признана судом недействительной по иску потерпевшей стороны. При этом для признания сделки недействительной суд должен руководствоваться теми основаниями, которые предусмотрены в законе, в рамках которого действуют стороны; поскольку стороны не определили своим соглашением применимое право, суд в первую очередь выбирает право, регулирующее порядок осуществления и прекращения прав и обязанностей сторон. При определении применимого права к договору аренды (имущественного найма) суд счел необходимым руководствоваться пп. 2 п. 1 ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г., которым установлено, что при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны наймодателя. Поскольку наймодателем (арендодателем) являлась немецкая фирма, правом, применимым к отношениям сторон по сделке, является правовая система ФРГ, и порядок принудительного прекращения прав и обязанностей сторон должен соответственно определяться судом исходя из содержания предписаний немецкого права.

В ряде стран для торговых сделок международного характера вообще или некоторых их видов, либо составляющих их элементов коллизионное право особо выделяет привязку к *закону места исполнения договора — lex loci solutionis*. Таков подход СРВ, Португалии, в известном смысле России, а также МНР. Положения монгольского ГК в основном идентичны российскому регулированию. Так, к договорам о производственном сотрудничестве, специализации и кооперировании, выполнении строительно-монтажных и других работ по капитальному строительству применяется право страны, где такая деятельность осуществляется или создаются предусмотренные договором результаты (п. 2 ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г. и ст. 434 ГК МНР). В отношении приемки исполнения по договору принимается во внимание право места исполнения такой приемки, если сторонами не согласовано иное (п. 6 ст. 166).

Португальский Торговый кодекс специальным образом оговаривает применимое право для случаев определения способа исполнения. В частности, если содержание и действие обязательств подчиняется закону места заключения договора, то в отношении способа исполнения ст. 4 предписывает обращаться к закону места исполнения.

*Место заключения сделки* во внешнеэкономических отношениях — весьма распространенная коллизионная привязка, закрепляемая не только во внутреннем праве государств, но и в международных соглашениях. Например, она выступает в качестве основного коллизионного принципа, рассчитанного на действие в обязательственных отношениях в Соглашении 1992 г. о порядке разрешения хозяйственных споров, а также многосторонней Конвенции стран СНГ о правовой помощи и правовых отношениях 1993 г.

Право, применяемое к сделке для регулирования существа отношения, обычно именуется *обязательственным статутом — lex causae* в рамках *lex obligationis*. Указанные выше коллизионные формулы прикрепления используются для отыскания именно обязательственного статута сделки (отношения). В третьей части ГК РФ в перечне коллизионных принципов приведены привязки, способствующие определению права, применимого к сделке по существу, в случаях отсутствия между сторонами соглашения об

ином. В разделе VI *lex venditoris* в широком смысле слова получил дополнительную конкретизацию за счет включения правила о прикреплении к праву страны подрядчика в договоре подряда и ссудодателя в договоре о безвозмездном пользовании имуществом, финансового агента в договоре финансирования под уступку денежного требования, агента в агентском договоре, правообладателя в договоре коммерческой концессии и др.

В аспекте унифицированного регулирования частноправовых отношений, лежащих в сфере международного оборота, наибольшее внимание со стороны широкого международного сообщества получил договор купли-продажи (см. об этом в гл. 23). В то же время в рамках некоторых региональных объединений имеют место примеры разработки документов, рассчитанных на единообразное применение в иных сферах отношений и договорных видов. Таковыми в рамках Совета Экономической Взаимопомощи выступали в свое время Общие условия технического обслуживания машин, оборудования и других изделий, поставляемых между организациями стран—членов СЭВ, уполномоченными совершать внешнеторговые операции (ОУТО СЭВ 1973 г. в ред. 1982 г.), Общие условия монтажа и оказания других технических услуг, связанных с поставками машин и оборудования между организациями стран—членов СЭВ (ОУМ СЭВ 1973 г.), Общие условия специализации и кооперирования производства между организациями стран—членов СЭВ (ОУСК 1979 г.), а также в рамках Европейских сообществ Римская конвенция от 19 июня 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам (Римская конвенция).

Если первые из перечисленных международных соглашений содержали материально-правовые нормы и, как правило, единственную коллизинную норму, являющуюся основной для каждого из договорных видов соответственно предмету договора, то Римская конвенция направлена на выработку и закрепление максимально широкого спектра коллизинных привязок для многих категорий отношений и устанавливает ряд немногочисленных изъятий. Римская конвенция заслуживает особого освещения ввиду ее универсального, как подчеркивают многие авторы, характера. Универсальность этого документа проявляется прежде всего в том, что она подлежит использованию в любой ситуации, при которой возникает выбор между правом различных стран (ст. 1), и применяется не только в отношениях между субъектами стран—участниц данного международного договора. Как отмечают ее исследователи, английский судья или арбитр, рассматривающий спор между продавцом и покупателем по поводу поставки мяса из Аргентины в Нью-Йорк, если он обязан определить надлежащее право договора, должен обратиться к нормам Конвенции. Право, подлежащее применению, должно быть применено независимо от того, является ли оно правом участвующего в Конвенции государства. Главенствующий принцип приращения, используемый в ней, — это привязка к праву страны, с которым договор имеет наиболее тесную связь, в основу чего положена презумпция, что контракт связан наиболее тесным образом с правом страны, где имеет обычное местожительство, местонахождение или основную деятельность сторона, обеспечивающая решающее для данного договора предоставление. Так, если между российским предприятием и голландским обществом заключен договор хранения при отсутствии соглашения о надлежащем праве, голландский или английский суд применит правопорядок хранителя как стороны, осуществляющей наиболее характерное для данного договорного вида действие. Следовательно, если в анализируемой ситуации хранителем будет выступать российское предприятие, то применимым правом окажется право

Российской Федерации, хотя она и не участвует в Римской конвенции. С другой стороны, в случае договора займа между французским и марокканским предприятиями при отсутствии соглашения между сторонами о применимом праве, если суд установит, что надлежащим правом является французский правопорядок, отношения между займодавцем и займополучателем по существу будут регулироваться тем материальным правом, которое должно быть определено в силу коллизионных норм Римской конвенции, так как Конвенция действует во Франции непосредственно. Таким образом, коллизионное регулирование, содержащееся в Конвенции, будет распространяться и на гражданско-правовые договоры с субъектами тех стран, которые не являются ее участниками.

Предмет регулирования Конвенции ограничен некоторыми изъятиями, которые касаются: 1) статуса и правоспособности физических лиц; 2) обязательств, возникающих из оборотных документов (векселя, чека и т.д.); 3) обязательств, возникающих из наследственных отношений, вещно-правовых отношений, брачно-семейных отношений; 4) обязательств, возникающих из арбитражных и пророгационных соглашений; 5) обязательств, возникающих из отношений, регулируемых законодательством о компаниях, создании трастов, отношений между учредителями, доверительными собственниками и бенефициарами траста; 6) последствий действий посредника для отношений принципала с третьим лицом, не затрагивающих, однако, других аспектов агентских соглашений.

В сферу действия Конвенции не входят также вопросы, связанные с процедурой доказательств и иными процессуальными действиями. Формулируя общие принципы изъятий из регулирования Конвенцией, необходимо констатировать, что она распространяется на широкий круг *обязательств, возникающих из договорных отношений*, за исключением, однако, специфических соглашений (пророгационные соглашения) либо тех, которые, хотя и имеют договорный характер, не являются коммерческими (например, обязательства по доставлению содержания или алиментированию), либо если эти отношения уже специально урегулированы соответствующими актами (например, оборотные документы) или Европейские сообщества имеют в виду подобную регламентацию в будущем (страховые контракты). При этом на договоры страхования Римская конвенция распространяется, если риски, покрываемые ими, лежат вне территории стран ЕС (в противном случае будут действовать иные акты — директивы, принятые в рамках Сообществ). Договоры перестрахования подлежат регулированию на основании норм Конвенции даже и тогда, когда риски находятся в пределах территории стран ЕС.

Конвенция содержит 33 статьи, в которые включены принципы определения применимого права, и решает проблемы, возникающие в процессе коллизионного регулирования. В числе таких принципов имеются как общие (генеральные) правила, так и специальные, рассчитанные на особые случаи и потому квалифицируемые как изъятия из общих норм. Фундаментом для выбора права в анализируемом документе выступает автономия воли сторон. В то же время в ее тексте содержатся положения, безусловно ограничивающие сферу и характер *legis voluntatis*. Выбор права, согласно Конвенции, должен быть прямо выражен сторонами или с разумной определенностью вытекать из условий договора или обстоятельств дела, если отыскание применимого права осуществляется судом. Стороны могут избрать право, применимое к контракту в целом либо к любой его части (ст. 3). Данное явление, именуемое «расщеплением» правового режима, хотя и допускается Конвенцией, однако не

рекомендуется.

Стороны обладают правом подчинить договор иному правопорядку, нежели тому, который они избрали ранее. Вместе с тем подобное соглашение правомерно только в случаях, если это не наносит ущерба действительности контракта с точки зрения формы и не влечет неблагоприятных последствий для прав третьих лиц. Римская конвенция содержит специальные предписания, касающиеся соотношения избранного сторонами или судом права и императивных норм, содержащихся в национальном законе, который подлежал бы применению, если бы такой выбор не был сделан (ст. 7): «1. При применении в соответствии с настоящей Конвенцией права страны могут быть применены императивные нормы другой страны, с которой отношение имеет тесную связь, если и поскольку согласно праву этой последней страны такие нормы должны применяться независимо от права, применимого к договору. Решая вопрос о применении таких императивных норм, необходимо учитывать их природу и назначение, а также последствия их применения или неприменения. 2. Ничто в настоящей Конвенции не ограничивает применение норм права страны суда в случаях, когда они являются императивными независимо от права, применимого к договору». Эти положения существуют параллельно с нормами, учреждающими оговорку о публичном порядке. Последним посвящена ст. 16 Конвенции. В то же время любое государство ЕС, присоединяясь к Конвенции, вправе сделать оговорку о неприменении п. 1 ст. 7 или п. 1 ст. 10, касающихся императивных норм и последствий недействительности контрактов.

Предписания, аналогичные рассматриваемым, в дальнейшем вошли в действующее законодательство по международному частному праву ряда стран (ФРГ, Швейцарии). Сходные положения предложены и в проекте третьей части ГК РФ: «Правила настоящего раздела не затрагивают действия тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самой норме или ввиду их особого значения для обеспечения прав и охраняемых интересов участников гражданского оборота регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права» (ст. 1229). Кроме того, анализируемый подход отражен и в принятой 22 декабря 1986 г. Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, в ст. 17 которой предусматривается, что Конвенция не препятствует применению тех положений права страны суда, которые должны применяться независимо от права, которому подчинен договор. Тожественные правила включены в Принципы международных коммерческих договоров, разработанные УНИДРУА, 1994 г. (ст. 1.4 «Обязательные (императивные) положения»).

Римская конвенция устанавливает ряд специальных правил определения применимого права, если стороны не сделали соответствующий выбор. Так, для случаев сделок с недвижимостью презюмируется, что договор имеет наиболее тесную связь с правопорядком страны, где недвижимое имущество находится. Потребительские сделки подчиняются праву страны, в которой потребитель имеет свое обычное местопребывание, если применимое право не избрано. Однако даже в противном случае упомянутый правопорядок будет иметь превалирующее действие по отношению к избранному сторонами на основании автономии воли в части императивных норм страны обычного местожительства или местопребывания потребителя, защищающих его интересы. Трудовые контракты наиболее тесным образом связаны с правом страны выполнения работы, даже если договорные отношения работника основываются на

краткосрочном договоре.

Сфера действия применимого права согласно Конвенции охватывает толкование договора, его исполнение, последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения, оценку и размер причиненных убытков, способы прекращения обязательств, исковую и приобретательную давность, последствия недействительности договоров.

#### **§ 4. Lex mercatoria. Обычай и обыкновения в международной торговле. Негосударственные средства регулирования. Общие принципы права. Типовые контракты и проформы. Общие условия**

В так называемом праве международной торговли большую роль играют обычаи и обыкновения, а также применительно к отношениям конкретных субъектов между собой — заведенный порядок, или устоявшаяся практика отношений.

Право международной торговли следует отличать от *международного торгового права*, которое квалифицируется как подотрасль *международного экономического права*, входящая в состав *международного публичного права* и, таким образом, регулирует отношения межгосударственные либо таковые между субъектами, производными от государств, и иными субъектами международного права. Под правом международной торговли понимают совокупность норм (обычно-правового происхождения, национальных норм законодательства отдельных государств, а также международных договоров), которые действуют в сфере осуществления международной торговли в широком смысле (т.е. в области отношений, во-первых, выходящих за рамки собственной национальной юрисдикции, и во-вторых, относящихся не только к торговым связям, но и вообще к международному хозяйственному обороту). В самом общем плане категория «право международной торговли» иногда используется как синоним правового режима международных торговых отношений, в который включаются и публично-правовые, и частноправовые предписания, касающиеся международной торговли. Вместе с тем распространенное ныне в мировой практике понимание права международной торговли подразумевает наличие в нем прежде всего норм частноправового характера.

Вопрос о содержании права международной торговли возник в связи с созданием Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 1966 г., целью которой, согласно резолюции ГА ООН, является содействие прогрессивной гармонизации и унификации права международной торговли и распространения информации в этой области. В докладе Генерального секретаря ООН на XXI сессии Генеральной Ассамблеи 1966 г. в связи с принятием решения об учреждении ЮНСИТРАЛ указывалось, что право международной торговли есть «совокупность норм, регулирующих торговые отношения частноправового характера, затрагивающие различные страны». Наиболее традиционные сферы, которые в соответствии с данным документом относятся к праву международной торговли, — это международная купля-продажа, страхование, перевозка товаров различными видами транспорта, оборотные документы, интеллектуальная собственность, торговый арбитраж и т.д. Кроме того, право международной торговли подразумевает как материально-правовые, так и коллизионные нормы, как нормы международных договоров, так и предписания внутригосударственного права. В таком аспекте

право международной торговли не содержит национальных положений государственно-правового или административно-правового характера, направленных на формирование системы правового регулирования, обеспечение механизмов управления и определение общих принципов правовой регламентации внешнеэкономической деятельности (квотирование, лицензирование, таможенное и тарифное регулирование и т.д.), а также правил международных договоров, которые регулируют соответствующие отношения между государствами и устанавливают корреспондирующие этому обязанности в данной области, поскольку они не относятся к частному праву.

Возможна и более узкая трактовка понятия «право международной торговли», которая иногда встречается в зарубежной правовой литературе и сводит его, в частности, к международным конвенциям и типовым законам, разрабатываемым на международном уровне различными международными органами и организациями в целях унификации национально-правовых норм в области международной торговли, а также к торговым обычаям. Имея в виду именно частноправовую природу права международной торговли, некоторые авторы рассматривают его как подотрасль международного частного права. В последние годы в научный обиход и практику международной торговли прочно вошло понятие *lex mercatoria* (буквально — «торговцев», «право купцов»), которым большей частью принято обозначать некую автономность, обособленность регламентации международных торговых сделок от каких-либо национальных систем правового регулирования. В теории *lex mercatoria* получили отражение существующие тенденции и результаты взаимодействия права с его материальной основой в части международных экономических (преимущественно торговых в широком смысле слова) отношений, конкретно — растущая динамика мирохозяйственных связей и определенное отставание развития национального законодательства, обеспечивающего их регулирование. Кроме того, появление *lex mercatoria*, мыслящегося как «вненациональный» комплекс правовых и неправовых норм, призванных обеспечивать необходимое регулирование международных торговых операций, должно было бы снять определенное противоречие между международным характером таких операций и регламентацией их преимущественно внутригосударственными средствами.

В рамках самого общего подхода к истории возникновения данной теории *lex mercatoria* может быть датирована 50—60-ми гг. XX столетия, хотя сам рассматриваемый термин активно использовался много раньше. В эпоху средневековья под ним понималось право купеческого сословия и обычаи, которые распространяли свое действие за пределы национальных государств. В 20-х гг. XX в. *lex mercatoria* было средством фиксирования в деловом обороте практикуемых элементов саморегулирования со стороны его участников. Теория *lex mercatoria* не имеет однозначно понимаемого всеми содержания. Ее последователи (Б. Голдман, А. Голдштейн, Ф. Кан, Ф. Фушар, К. Шмитхофф) не всегда даже придерживаются этого термина и порой оперируют такими категориями, как «транснациональное право», «вненациональное право» (Шмитхофф, Фушар) и др. К составляющим *lex mercatoria* элементам иногда относят нормы международного публичного права, унифицированные акты, общие принципы права, рекомендательные нормы документов международных организаций, обычаи и обыкновения, арбитражные решения (О. Ландо), причем большей частью, помимо международных конвенций, в *lex mercatoria* включают модельные законы, разрабатываемые в международном масштабе для целей использования при выработке актов национального законодательства, а также обычаи международной торговли, которые трактуют нетрадиционно широко,



подразумеваемая в том числе и торговые (деловые) обыкновения, типовые договоры (контракты), общие условия, всевозможные своды единообразных правил и проч.

Важно подчеркнуть, что концепция *lex mercatoria* при всем многообразии интерпретации ее содержания все-таки имеет во всех случаях общий стержень. Это прежде всего выведение права международной торговли за рамки какой-либо конкретной правовой системы, будь то международная или национальная, с одной стороны, включение в его состав предписаний неправового характера, с другой стороны. Наконец, это отказ от традиционных коллизионных принципов как основного инструментария МЧП и замена их «вненациональными», «автономными» средствами регулирования внешнеэкономических связей и разрешения возникающих в этой сфере споров. Необходимо подчеркнуть, что далеко не все страны разделяют доктрину *lex mercatoria* как регулирующую систему. Например, в практике Российской Федерации отношение к *lex mercatoria* подкрепляется соответствующими правовыми нормами. Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. прямо устанавливает: «Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства...» (п. 1. ст. 28).

***Обычаи в международной торговле.*** Не будет преувеличением сказать, что в международной торговле обычай является чуть ли не первым и основным источником права. Особое распространение обычая характерно для торговых отношений в торговом мореплавании, страховании, денежных отношениях, купле-продаже товаров, что имеет историческое объяснение.

Например, в международной торговле лесом (в частности, континентальной Европы) существует обычно-правовая норма: потери, возникающие при распиливании бревен, принято относить на счет покупателя. Однако обычай не будет применяться, если в отношении этого существует специальное указание в договоре между сторонами. Аналогичным образом норма обычая не будет действовать, если она противоречит императивной норме закона данной страны.

Обычай как форма права является легально закрепленным в качестве источника права и в России. Следует особо подчеркнуть, что, пожалуй, именно торговые отношения создали почву для включения в ГК РФ данной формы в целях использования в правовом регулировании.

Правда, терминологически ГК оперирует не всегда термином «торговый обычай», а «обычаями делового оборота». В Законе о международном коммерческом арбитраже анализируемый термин — «торговые обычаи» — присутствует эксплицитно: «Во всех случаях третейский суд принимает решение... с учетом торговых обычаев, применимых к сделке» (ст. 28). Ранее обычаи международной торговли в практике внешнеторгового арбитража занимали место субсидиарных источников права.

Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров в ст. 9 предусматривает, что стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и установленной практикой отношений. Не ограничиваясь этим, Конвенция устанавливает: «При отсутствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к 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». На данный момент необходимо обратить особое внимание ввиду его неординарности. Как видно, ч. 2 приведенной статьи, констатируя, что подразумевается связанность сторон обычаем, о котором они не знали, но который широко известен в данной сфере отношений по международной торговле, требует от сторон такого знания.

Тот факт, что в некоторых случаях можно встретиться с кодификациями соответствующих обычаев (например, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии, подготовленные впервые еще в 1865 г. в Йорке (Англия), пересмотренные затем в 1877 г. в Антверпене, измененные в 1890, 1924 и последующих годах, принятые в дальнейшем на конференции в Амстердаме в 1949 г. Международным морским комитетом, которые действуют ныне в ред. 1990 г.), не опровергает справедливости сказанного о правовой природе обычая, в том числе и обычая международной торговли. Указанные и подобные им кодификации не являются нормативными актами. По мнению Л.А. Лунца, в международных торговых отношениях трудно обозначить какие-либо обычаи, которые имели бы характер единообразных международных норм. Он заметил, что скорее можно говорить не о международном обычае торговли, а о национальном обычае в области международной торговли. В то же время, признавая необходимость «освоения» конкретным государством того или иного обычая, если он не относится к категории нормы *jus cogens*, нецелесообразно затушевывать или тем более вообще упускать из виду международно-правовую природу такого правила поведения, поскольку в нем отражена специфика именно международных отношений.

В современной практике международной торговли кодификацией торговых обычаев занималась образованная в 1920 г. Международная торговая палата в Париже, выпустившая сборник под названием «Торговые обычаи» — *Trade Terms*.

*Инкотермс* (англ. аббревиатура «*Incoterms*» — *international commercial terms*). Тот же орган в течение многих лет вел работу по систематизации и обобщению терминов, встречающихся в торговых обычаях, а также изучению тех расхождений, которые характеризуют применение различных терминов, используемых в таких обычаях, в разных географических регионах. Часто сторонам контракта неизвестны различия в торговой практике в соответствующих странах. Это влечет за собой недопонимание, споры и обращения в суды, а также потерю времени и денег. Для устранения подобных проблем Международная торговая палата впервые в 1936 г. опубликовала международные правила толкования торговых терминов. Дополнения и изменения вносились затем в 1953, 1967, 1976, 1980, 1990 и 2000 гг. с целью приведения правил в соответствие с текущей международной торговой практикой.

Указанные сборники известны под названием «Инкотермс». Данный документ именуется «Международные правила толкования торговых терминов». Нередко в практических, а порой и научных кругах бытует тезис о том, что «Инкотермс» представляют собой изложение правил, которые, следовательно, могут применяться непосредственно, без ссылки на них в договоре, в качестве диспозитивных норм. Бесспорного подтверждения этому не существует в арбитражной или судебной практике различных государств. Не случайно во введении к документу говорится о желательности осуществления сторонами ссылки на «Инкотермс» в контракте при заключении сделки.

Таким образом, несмотря на свою широкую известность и практическую применимость, по правовой природе «Инкотермс» не являются источником

права в объективном смысле, т.е. не выражены как нормы права. Вместе с тем они могут получить юридически обязательное значение, если в договоре на них сторонами будет *expressis verbis* сделана ссылка. Иными словами, такая ссылка, будучи договорным условием, придаст «Инкотермс» обязывающий характер для контрагентов. В подобной ситуации «Инкотермс» приобретут качество источника права в субъективном смысле — источника субъективных прав и обязанностей сторон. В связи с этим обращает на себя внимание подход, предложенный в третьей части ГК РФ. В п. 6 ст. 1211 устанавливается: «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». Без всяких сомнений, это означает придание в силу закона правового характера «Инкотермс» и другим документам рекомендательной природы, существующим ныне в международной деловой практике, а также конкретизацию трактовок их обязывающего характера.

Намерение приспособить «Инкотермс» ко все возрастающему использованию средств компьютерной связи явилось основной причиной их пересмотра в 1990 и 2000 г. Согласно редакции 1990 г. применение таких средств связи возможно при представлении сторонами различных документов (коммерческих счетов, документов, необходимых для таможенной очистки, или документов, подтверждающих поставку товаров, а также транспортных документов). Сложные проблемы возникают при представлении продавцом оборотных документов, в частности коносамента, часто используемого при продаже товара в пути. При использовании средств компьютерной связи в этих случаях жизненно важно обеспечение для покупателя той же правовой позиции, как и при получении коносамента от продавца. Другой причиной разработки новой редакции явилось изменение способов транспортировки, использование контейнеров, смешанных перевозок и перевозки типа «ролл-он-ролл» с использованием автомобильного и железнодорожного транспорта в перевозках на короткое расстояние. Включенный в «Инкотермс-90» термин «франко-перевозчик... наименование пункта» («Free carrier... named port» — FCA) применим для транспортировки независимо от способа и сочетания различных средств транспорта. Вследствие этого имевшиеся в предшествующих редакциях термины (FOR/FOT и FOB — аэропорт) исключены. С целью их более удобного применения и понимания все термины разделены на четыре категории, начиная со случая, когда продавец предоставляет товары покупателю непосредственно в своих помещениях (термины группы «E» — EX works). Согласно терминам второй группы продавец обязуется предоставить товар в распоряжение перевозчика, который обеспечивается покупателем (термины группы «F» — FCA, FAS и FOB). В соответствии с терминами третьей группы — «C» продавец обязуется заключить договор перевозки, однако без принятия на себя риска случайной гибели или повреждения товара или каких-либо дополнительных расходов после погрузки товара (термины группы «C» — CFR, CIF и CIP). Наконец, в рамках терминов группы «D» продавец несет все расходы и принимает на себя все риски до момента доставки товара в страну назначения (DAF, DES, DEQ, DDU и DDP).

Затем обязательства сторон по всем терминам сгруппированы по десяти основным направлениям, так что каждой обязанности продавца «зеркально» соответствуют необходимые обязанности покупателя по тем же направлениям. Так, в разделе А.3. продавец обязуется заключить договор перевозки и оплатить ее. Корреспондирующее этому указание «обязательство отсутствует» находится

в разделе Б.3. «Договор перевозки», определяющие соответствующие обязанности покупателя. Покупатель не лишен такого права, если он заинтересован в заключении договора перевозки для обеспечения доставки товара в место назначения, однако перед продавцом у него такой обязанности нет.

*Группа «E»* — «с завода», «франко-завод».

Отгрузка EXW — любой вид транспорта, EXW — с завода (...с указанием пункта).

*Группа «F»*: FCA франко-перевозчик.

Основная перевозка — FAS «свободно вдоль борта судна» или FOB «свободно на борту», — смешанный транспорт (с указанием пункта), не оплачена.

*Группа «C»*; CFR «стоимость и фрахт» [в ред. «Инкотермс» 1980 г. и предшествующих это условие существовало в обозначении «КАФ» — CAF (cost and freight)].

Основная перевозка CIF (cost, insurance, freight — стоимость, страхование и фрахт) оплачена: CPT (carriage paid to... — перевозка оплачена до...).

CIP — carriage & insurance paid to... — перевозка и страхование оплачены до

...

*Группа «D»*: DAF (delivered at frontier) — поставка на границе.

Прибытие DES (delivered ex-ship) — поставка с судна.

DEQ (delivered ex-quay, duty paid) — поставка с причала с оплатой пошлины.

DDU (delivered duty unpaid) — поставка без оплаты таможенных пошлин.

DDP (delivered duty paid) — поставка с оплатой таможенных пошлин.

Так как торговые термины используются в различных отраслях торговли и различных регионах, весьма важным является точное определение обязанностей сторон. В отношении некоторых вопросов необходимо обращение к торговым обычаям определенного места или к практике, которую стороны установили в их предшествующих деловых отношениях (см. ст. 9 Конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров). В ходе переговоров по заключению контракта желательно, чтобы продавец и покупатель информировали друг друга о таких торговых обычаях, а в случае недоразумений уточняли конкретное положение в соответствующих статьях контракта. Подобные предписания контракта могут отличаться от соответствующего правила толкования «Инкотермс».

В российской практике при разрешении споров, вытекающих из внешнеэкономических отношений, «Инкотермс» применяются достаточно широко, причем не только органами международного коммерческого арбитража, но и государственными судами.

Так, в арбитражный суд обратилось российское акционерное общество, поставлявшее медицинскую продукцию в развивающиеся страны через английскую компанию, с иском к последней. Стороны при заключении внешнеторговой сделки договорились, что поставка будет осуществляться на условиях «СИФ» (морская перевозка) в редакции «Инкотермс-90». Между тем истец указал, что товар был упакован в соответствии с требованиями условий поставки франко-вагон (перевозка железнодорожным транспортом). Продукция действительно поставлялась морем и в пункт назначения прибыла в негодном состоянии. Арбитражный суд исходил из содержания базисного условия, указанного в контракте, соответственно тому толкованию, которое имеется в «Инкотермс-90» как договорного

условия. В данном случае стороны при заключении контракта условились использовать обычаи в сфере международной торговли, касающиеся базисных условий поставки и широко применяемые во внешнеторговом обороте. Кроме того, прямые ссылки на них содержатся в международных соглашениях, участницей которых является Российская Федерация (Венской конвенции ООН 1980 г.).

В другом деле, рассмотренном арбитражным судом, фирма, зарегистрированная в иностранном государстве, обратилась с иском к российскому акционерному обществу по нарушению контрактных обязательств, что выразалось в ненадлежащей поставке товара — вместо поставки «СИФ» продавец-ответчик поставил товар на условиях «FOB» без обеспечения страхования груза. Арбитражный суд вынес решение на основе обычаев делового оборота, касающихся базиса поставки в сфере международной торговли, обратившись к «Инкотермс-90», поскольку стороны договорились об их применении в контракте (см. информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 25 декабря 1996 г. № 10 «Обзор практики рассмотрения споров по делам с участием иностранных лиц, рассмотренных арбитражными судами после 1 июля 1995 года» и информационное письмо Президиума Высшего арбитражного суда РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 «Обзор судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц»).

В вопросе действия обычно-правовых норм важное значение имеет положение о непротиворечии применимых обычаев условиям контракта. Так, в деле № 363/1990 ответчик ссылался на «международные обычаи» в связи с качеством товара. Международный коммерческий арбитраж отметил, что их существование ответчиком не доказано, но если бы даже это и имело место, они не подлежали бы учету в рассматриваемом случае, так как «не могут быть допущены к применению обычаи, противоречащие прямо выраженным условиям контракта». В другом решении (дело № 219/1989) арбитраж также не признал правомерной ссылку ответчика на «мировую практику» в обоснование допустимости распространения результатов выборочной (10%) проверки товара на всю партию ввиду отсутствия в самом контракте, а также упомянутом им ГОСТе метода проверки.

**Общие принципы права.** В Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров говорится, что относящиеся к ее предмету вопросы, которые прямо в ней не урегулированы, подлежат решению в соответствии с общими принципами, на которых она основана (ст. 7). Однако в самой Конвенции не указывается, что же понимается под этой категорией. В противоположность этому в Межамериканской конвенции о праве, применимом к контрактам, 1994 г., которая также использует данное понятие, содержится некоторое уточнение, способствующее уяснению того, что имелось в виду ее создателями, когда предполагалось, что вопросы, прямо не урегулированные в документе, будут разрешаться на основе «общих принципов международного коммерческого права», а именно: «общие принципы, признанные международными организациями». Для полноты картины добавим, что рассматриваемая Конвенция в качестве еще одного критерия восполнения пробела в вопросе применимого права и содержания «общих принципов коммерческого права» упоминает для достижения целей правосудия и справедливости о руководствах, обычаях, а также общепринятых торговых

обыкновениях и практике.

К категории «общих принципов» специалисты справедливо относят «Принципы международных коммерческих договоров» 1994 г., разработанные Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА). По своей правовой природе названные Принципы не относятся ни к международно-правовым соглашениям (договорам, конвенциям), ни к обычаям. Это правила, разработанные в рамках международной (межправительственной) организации, носящие характер рекомендательных норм. Они имеют факультативное действие, т.е. применяются в тех случаях, когда стороны специально сделали на них ссылку в контракте. В подобных ситуациях содержащиеся в Принципах УНИДРУА материальные нормы, касающиеся заключения, исполнения или неисполнения, а также прекращения (расторжения) договора, заменяют собой нормы национального законодательства и тем самым сужают сферу его действия, а значит, и пределы расхождений в материальном праве различных государств. Принципы УНИДРУА, таким образом, направленные на достижение единообразия в правилах поведения для соответствующих отношений, выступают средством и результатом унификации в области права международной торговли.

**Обыкновения в международной торговле.** Не только в реальной жизни, но и в современной специальной литературе понятия «обычай» и «обыкновения» зачастую употребляются попарно<sup>1</sup>. При этом иногда используются также такие выражения, как «заведенный

-----  
<sup>1</sup> См.: *Зыкин И.С.* Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994.С. 233.

порядок», «устоявшаяся практика отношений». Тождественны ли и насколько тождественны эти понятия?

Ранее было выяснено, что представляет собой обычай с правовой точки зрения. Основная его характеристика как формы права, думается, поможет отграничить обычай от обыкновения, равно как и от других более или менее сходных внешне категорий. Типично принципиальное заблуждение относительно правовой природы обыкновения или заведенного порядка (практики отношений). Нередкие попытки объяснить юридическую сущность обыкновения посредством соотнесения объемов и степени устойчивости того или иного правила поведения (обыкновение — это якобы обычай в стадии становления) приводят к ошибочным в корне суждениям. Прежде всего, сравнивая обычай и обыкновение, следует сразу подчеркнуть то обстоятельство, что это разнопорядковые явления: если обычай — источник права, содержащий норму или нормы права, то обыкновение представляет собой часть волеизъявления сторон. К обыкновениям обращаются преимущественно тогда, когда хотят установить действительную волю, истинные намерения сторон. При этом важную роль играет как общепринятая практика отношений в сходных обстоятельствах в данной области делового оборота, так и ситуация, сложившаяся в конкретных отношениях между данными сторонами на протяжении соответствующего периода. Обыкновения, не являясь ни нормами, ни источниками права, тем не менее могут приниматься во внимание судом или арбитражем, когда есть сомнения в отношении содержания волеизъявления: презюмируется, что оно имеет тот смысл, который обычно свойственен намерениям сторон при совершении сделок в данной сфере делового оборота в сходных условиях.

Основные черты обыкновения и характер его отличий от обычая и иных

упомянутых правовых явлений наиболее отчетливо иллюстрируются соответствующим примером из международной судебной практики.

Хрестоматийным является дело о так называемом «русском золоте». По многим направлениям оно заслуживает пристального изучения, однако одним из обстоятельств, обуславливающих особый интерес к данному делу, выступает раскрытие содержания именно понятия обыкновения. Речь идет о том, что в Банке Российской империи еще в дореволюционные времена Банком Франции было депонировано золото в слитках. В дальнейшем Государственный банк СССР депонировал данные слитки в двух американских банках. В Федеральном суде Южного округа штата Нью-Йорк США в 1930—1931 гг. слушалось дело по иску французского банка об истребовании золота. У Банка Франции сохранилась и в обоснование иска была представлена расписка Государственного банка Российской империи, подтверждающая принятие золота на счет Банка Франции в российском банке. Расписка гласила: «*Sous le dossier de la Banque de France*». Основным вопросом, стоявшим перед судом, было выяснение титула принятия истребуемых слитков Госбанком России. Истец утверждал, что выражение, указанное в расписке, означало принятие на хранение индивидуально-определенных вещей (слитков), в результате чего Банк Франции сохранял право собственности на золото. Ответчик же считал, что между депонентом и депозитарием — Банком Франции и Государственным банком Российской империи — имели место обязательственные отношения, поскольку рассматриваемая запись означала зачисление на счет Банка Франции определенного эквивалента весового количества золота, соответствующего сданному. Вследствие этого нью-йоркские банки объявляли себя ненадлежащими лицами в данном споре, поскольку в отношениях с Банком Франции они не состояли, а приняли слитки от Государственного банка СССР. Федеральный суд, после обращения к заключению эксперта в области банковского дела по поводу установления содержания выражения «зачислено на ваш счет» («*sous votre dossier*»), подтвердившего смысл, отстаиваемый ответчиками, признал это обстоятельство в качестве одного из оснований для отклонения иска.

Следовательно, обыкновения представляют собой часть практики, возникшей в той или иной сфере международных отношений.

***Заведенный порядок и установившаяся практика отношений.*** Учет деловых отношений между партнерами предусматривается национально-правовыми актами государств, а также международными соглашениями. Так, в последние десятилетия отношение законодателя к подобным элементам правового регулирования в нашем государстве явно характеризуется позитивными сдвигами, в немалой степени обусловленными возросшим участием России в международных договорах. В частности, Основы гражданского законодательства 1991 г. содержали многократные упоминания об учете при толковании договоров практики, установившейся во взаимных отношениях сторон, обычаев делового оборота, последующего поведения сторон (п. 3 ст. 59, п. 2 и 3 ст. 63, ст. 64 и п. 2 ст. 75). На обращение к правилам,

выработанным практикой, непосредственно указывают нормативные акты и зарубежных государств — в Законе КНР о международных хозяйственных договорах ей придавалось качество субсидиарного источника: «По вопросам, не урегулированным правом Китайской Народной Республики, применяется международная практика» (ст. 5). Отражен этот элемент и в международных соглашениях.

Так, в ст. 8 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. устанавливается, что для определения применимого права следует принять во внимание все обстоятельства деловых отношений между сторонами, а в ст. 9 Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров оговаривается, что стороны связаны любым обычаем, о котором они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимных отношениях. Следовательно, арбитражный (третейский) суд при разрешении спора не вправе их проигнорировать.

В деле № 163/1988 покупатель основывал свое требование о возмещении произведенных расходов по устранению дефектов ремешков к наручным часам, оперируя именно тем, что, во-первых, контрактная цена включала стоимость ремешков, а во-вторых, продавец всегда поставлял данную продукцию в таком виде, т.е. в комплекте с ремешками. Ответчик же возражал против этого, опираясь на положения контракта, явным образом не свидетельствующего об обязанности поставить товар с ремешками. Арбитраж счел доводы истца обоснованными в условиях, когда его претензия по доукомплектованию партии часов ремешками не вызвала у ответчика встречного требования об оплате поставки дополнительных наименований изделий. Тем самым арбитраж опирался на заведенный порядок отношений между контрагентами в ходе исполнения договора.

Весьма интересным выглядит обращение к практике отношений между сторонами, когда речь идет о ситуациях, касающихся выбора применимого права.

В 1967 г. ВТАК при ТПП СССР рассматривала дело по контракту, местом заключения которого фактически была Англия, а в договоре значилось указание на г. Москву. Ответчик основывал свою позицию на постоянной практике включения в контракт г. Москвы в качестве места подписания при фактическом ином месте заключения договора даже и тогда, когда прямо оно не было зафиксировано в контракте. По его утверждению, подобным образом стороны стремились обеспечить привязку к закону места совершения внешнеэкономической сделки (что соответствовало тогдашнему отечественному праву). В этом плане важен вывод арбитров, поскольку наличие заведенного порядка и указанной практики было признано в рассматриваемом деле.

***Негосударственные средства регулирования.*** Рост масштабов осуществления сделок международного характера (внешнеэкономических операций) диктует необходимость типизации условий некоторых из них, относящихся к отдельным сферам торговли или видам договоров. В рамках международных органов и организаций, будь то межгосударственные или неправительственные, разрабатывается немало документов рекомендательного



характера, предназначенных облегчить осуществление коммерческой деятельности на международных рынках, содействовать развитию международной торговли в широком смысле слова.

Большую известность получили документы указанного рода, не обладающие юридически обязательной силой, которые созданы Международной торговой палатой в Париже. Назовем наиболее значительные акты. Помимо «Инкотермс» и «Trade Terms» (сборника торговых обычаев), МТП инициировала, разработала и в ряде случаев предприняла обновление документов, представляющих собой унифицированные правила: Унифицированные правила по договорным гарантиям 1978 г. (публикация МТП № 325), Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 г. (публикация МТП № 458), Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 1993 г. (вступили в силу с 1 января 1994 г., публикация МТП № 500), Унифицированные правила ИСС для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам от 1 июля 1996 г. (публикация МТП № 520), Унифицированные правила по инкассо 1995 г. (публикация МТП № 522, вступили в силу с 1 июня 1996 г.).

Интересно отметить, что украинский закон «О внешнеэкономической деятельности» от 16 апреля 1991 г. непосредственно устанавливает, что субъекты гражданско-правовых отношений в международной сфере «при составлении контрактов имеют право использовать известные международные обычаи, рекомендации международных органов и организаций, если это не запрещено прямо и в исключительной форме настоящим и иными законами Украинской ССР» (ст. 6).

Другой разновидностью средств негосударственного регулирования выступают типовые контракты, проформы, общие условия, разрабатываемые как участниками международного хозяйственного оборота, их ассоциациями и объединениями, так и международными организациями. Например, Европейская экономическая комиссия (ЕЭК) ООН подготовила несколько десятков документов рассматриваемого типа, включая общие условия экспортных контрактов на поставку машин и оборудования (Общие условия экспортных поставок машинного оборудования 1955 г. — Документ № 574, применяемые наряду с более ранним документом № 188 — Общими условиями контрактов на поставку оборудования и машин для экспорта), их монтаж и шефмонтаж, на экспорт потребительских товаров длительного пользования, купли-продажи отдельных видов товаров (пиломатериалов, твердого топлива, зерновых, картофеля, сушеных фруктов, цитрусовых и проч.).

Иногда типовые контракты и общие условия создаются в рамках профессиональных международных ассоциаций. Всемирно известны, например, общие условия и типовые положения контрактов на производство общестроительных и инжиниринговых работ, разработанные ФИДИК — Международной федерацией инженеров-консультантов. ОРГАЛИМ — Организацией по координации европейской металлообрабатывающей промышленности подготовила примерные договоры о передаче ноу-хау и патентной лицензии. Международная ассоциация дилеров по сделкам «своп» и операциям с производными ценными бумагами (ISDA) рекомендовала заключение контрактов на условиях Генерального соглашения о мультивалютных трансграничных операциях 1992 г.

Помимо этого, в практике международной торговли и связанных с ней областях существуют и находят применение документы, способствующие более рациональному согласованию контрактных условий. К ним относятся, в

частности, разнообразные руководства по составлению гражданско-правовых договоров, подготовленные ЕЭК ООН: Руководство по выработке договоров о международной передаче производственного опыта и знаний в машиностроении, Руководство по составлению международных договоров о промышленном сотрудничестве, Руководство по составлению договоров на сооружение промышленных объектов, Руководство по международным договорам о встречной торговле, Руководство по международным компенсационным договорам и т.д.

Все приведенные категории документов являются рекомендательными по своей правовой природе. Юридическую силу такие акты приобретают только при наличии на них ссылки в контрактах либо при непосредственном их использовании в качестве проформы при заключении гражданско-правового договора. Применение соответствующих моделей, созданных для использования в реальной экономической жизни, оказывает действенное унифицирующее влияние на развитие права международной торговли и связанных с ней областей. Например, таково назначение Типового закона ЮНСИТРАЛ о закупках товаров, строительных работ и услуг 1994 г., Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитных переводах 1992 г., Типовой закон ЮНСИТРАЛ по электронной торговле 1996 г. и др. Нередко решения, содержащиеся в правовых моделях негосударственного регулирования (проформах, общих условиях и типовых контрактах), получают воплощение в принимаемых конкретными государствами актах национального права или заключаемых международно-правовых соглашениях.

Указанные в настоящем разделе общие условия следует отличать от нормативных общих условий (многосторонних и двусторонних), являющихся по юридической природе международными договорами (см. § 1 гл. 23).

### **Контрольные вопросы:**

1. Каковы признаки и особенности понятий «внешнеэкономическая сделка», «сделка международного характера», «международная сделка»?
2. Каковы коллизионные принципы, действующие в области обязательственных отношений международного характера?
3. Какому закону подчиняется форма сделок в международном частном праве? Каково коллизионно-правовое регулирование содержания сделок международного характера в современном МПЧ?
4. Что такое «обычай» в международной торговле?
5. В чем заключается правовое содержание категории «*lex mercatoria*»? Каково отношение к *lex mercatoria* российской доктрины, а также судебной и арбитражной практики?
6. В чем состоит юридическое содержание понятия «обыкновение» международной торговли? Каково соотношение обычая делового оборота, торгового обычая и обыкновения в МЧП?
7. Каковы иные известные негосударственные средства правового регулирования?
8. Каковы основные сферы применения и примеры «общих принципов права», типовых контрактов, проформ и «общих условий»?

## **Глава 23. Договорные обязательства в международном частном праве**

**Литература:** Луиц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М., 1972; Поздняков В.С., Садилов О.Н. Правовое регулирование отношений по внешней торговле СССР. Ч. I. М., 1985; Правовое регулирование отношений по внешней торговле СССР / Под ред. В.С. Позднякова. Ч. 2. М., 1986; Мусин В.А. Международные торговые контракты. Л., 1986; Ануфриева Л.П. Сотрудничество в области науки и техники между социалистическими и развивающимися странами (Правовые вопросы). М., 1987. С. 107—147; Гаврилов А.И., Курочкин К.А. Внешнеторговая сделка. М., 1995; Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров. М., 1995; Он же. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М., 1996; Шмитхофф К. Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993; Honnold J.O. Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention Deventer, 1991; Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров. К 10-летию ее применения Россией. М., 2002; Принципы международных коммерческих договоров/Пер. А.С. Комарова. М., 1996; Corpenol-Laforce M. International contracts. London, 1996; Международное частное право: Сборник документов / Сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков. М., 1997; Зевков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999. С. 272—307; Белов А.П. Компенсационный характер отношений в области промышленного сотрудничества//Правовые формы научно-технического и промышленно-экономического сотрудничества СССР с капиталистическими странами. М., 1980; Он же. Правовые аспекты компенсационных соглашений//Материалы секции права ТПП СССР. Вып. 32. М., 1990; Вилко-ва Н.Г. Правовые аспекты встречной торговли//Внешнеэкономическая деятельность предприятий. Ч. 1. Новосибирск, 1992; Она же. Договорное право в международном обороте. М., 2002; Герчигова И.Н. Международная встречная торговля//Внешняя торговля. 1990. № 6; Ханое А. Бартерные операции: финансово-бюджетный аспект//Внешняя торговля. 1990. № 4; Орешкин В. Государственное регулирование внешнеэкономической деятельности в России//Экономика и жизнь. 1993. № 29. Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994; Financing Projects and Construction by Countertrade and Barter//International Business Lawyer. 1989. Sept. P. 360—369; Жамен С., Лакур Л. Торговое право. М., 1993. С. 177—180; Балтус П., Майджер Б. Школа европейского лизинга/ /Лизинг ревью. 1996. № 1; Россия — глазами экспертов//Лизинг ревью. 1998. № 1/2; Владимирова А.С. Аренда: Сборник нормативных документов с комментариями. М., 1996; Кабатова Е.В. Лизинг: правовое регулирование, практика. М., 1996; Прилуцкий Л. Финансовый лизинг. М., 1997; Stanford M.J. The UNIDROIT Convention on International Financial Leasing adopted on May 26, 1988//World Leasing Yearbook. 1989. P. 58—67; Договорная ответственность по зарубежному праву (Аналитический обзор) // Журнал российского права. 1999. №№ 11—12; 2000. №№ 1—2.

## **§ 1. Виды договоров, применяемых в международном хозяйственном обороте. Купля-продажа**

Внешнеэкономическая деятельность носит весьма разнообразный и многогранный характер. Хозяйственные отношения партнеров международного

гражданского оборота могут подпадать под самые различные договорные виды. Особенностью правового регулирования отношений в рассматриваемой сфере, связанной преимущественно с операциями по экспорту-импорту (в широком смысле слова) работ, товаров и услуг, выступает то, что отношения сторон регламентируются в основном национальным правом конкретных государств, поскольку возможность применения унифицированных с помощью международных соглашений единообразных норм довольно-таки ограничена. Это объясняется прежде всего тем обстоятельством, что далеко не во всех областях международного сотрудничества разработаны инструменты унификационного характера.

Наличие же неодинакового по своему содержанию регулирования, будь то в принципиальных или в более частных вопросах, выраженного в национальных правовых системах, настоятельно ставит задачу изучения и усиленного обобщения деловой практики применительно к конкретным видам отношений на основе учета некоторых специфических черт права, действующего в рамках национальной регламентации соответствующих государств. Вместе с тем в случаях, когда отдельные договорные виды либо соответствующие аспекты отношений урегулированы с помощью международных соглашений, важно проследить за теми подходами и направлениями, которые возникли на базе общности национально-правовой регламентации. Небезынтересно и решение проблемы отыскания качественно новых средств правового регулирования, сконструированных международно-правовым путем.

В свете этого в настоящем разделе рассматривается ряд некоторых наиболее распространенных видов договоров, свойственных международному хозяйственному обороту, которые в необходимых случаях анализируются с позиций воздействия на них обоих из указанных элементов правового регулирования — национально-правового и международно-правового. К разновидностям таких договоров относятся прежде всего следующие: международная купля-продажа товаров, подряд и техническое содействие, являющиеся правовыми формами экономического и технического сотрудничества, договоры морской перевозки, перевозки автомобильным, железнодорожным и воздушным транспортом, договор мены, лизинг, договор франчайзинга (франшиза), основу которого составляют лицензионные соглашения, хотя и не исчерпываются только им, а также факторные операции.

К числу основных разновидностей внешнеторговых сделок относятся сделки международной купли-продажи товаров. Договор международной купли-продажи — один из наиболее широко используемых гражданско-правовых инструментов. Оформление отношений купли-продажи может иметь место как в общем режиме внешнеторговой деятельности государства и его национальных субъектов, так и в рамках особых ее направлений. В частности, купля-продажа товаров прочно укоренилась во встречной, а также в приграничной торговле.

Термин «встречная торговля» вошел в практику внешнеэкономических отношений относительно недавно. В докладе Европейской Экономической Комиссии ООН 1973 г., в частности, обращалось внимание на то, что отношения сторон в промышленном сотрудничестве выходят за рамки чистых продаж или закупок товаров и услуг и охватывают ряд дополнительных или взаимно согласованных операций (в производстве, разработке и передаче технологии, маркетинге и т.д.).

Наиболее общее понимание встречной торговли состоит в том, что данным термином охватываются операции, в основе которых

лежит принятие экспортером обязательств приобрести в оплату своих товаров (полную или частичную) соответствующее количество продукции импортера. Возможной альтернативой в подобных отношениях является обязанность приобрести товары не у самого импортера, а у указанного им лица, либо обеспечение экспортером закупки таких товаров не им самим, а какой-либо третьей стороной.

Категория «встречные закупки» полностью укладывается в рамки вышеупомянутых взаимных обязательств экспортера и импортера, с тем лишь уточнением, что встречная продукция может закупаться не у контрагента непосредственно, а в стране импортера. Оформление отношений в подобной ситуации может иметь место как с помощью одного инструмента — контракта, так и в виде двух договоров купли-продажи, взаимно увязанных.

Договоры международной купли-продажи товаров, занимая ведущее место в ряду используемых в рамках внешнеэкономических связей видов договоров, в праве различных государств зачастую выделяются в особую категорию объектов регулирования. На эти договоры не распространяются общие нормы гражданского (или торгового) права, по отношению к ним используются специальные нормы — *lege speciali*.

Наиболее часто практикуемым в современном мире источником права здесь выступает международно-правовой договор, который унифицирует национальные гражданско-правовые нормы, регулирующие этот вид общественных отношений. Некоторые из таких многосторонних договоров были уже названы. Кроме того, в свое время большое значение имело заключение Гаагских конвенций о договорах международной купли-продажи товаров 1964 г. (Конвенции о Единообразном законе о международной купле-продаже (ЮЛИС) и Конвенции о заключении договоров международной купли-продажи товаров (ЮЛФ), Общих условий поставок товаров между организациями стран-членов СЭВ 1968/1988 г., а также двусторонних межгосударственных соглашений между СССР и зарубежными государствами, имевших ранее и продолжающих сохранять ныне нормативный характер: ОУП СССР — КНР (вступили в силу в 1990 г.), СССР-КНДР (вступили в силу в 1982 г.). ОУП СССР — Финляндия и ОУП СССР — Югославия, равно как и многосторонние ОУП СЭВ, которые применяются в настоящее время факультативно, т.е. в случаях, когда на них имеется ссылка в гражданско-правовом договоре (контракте).

Включение в контракт, заключенный в ноябре 1991 г. между советской и болгарской организациями, прямой ссылки на ОУП СЭВ 1968/1988 г. означает, что существо отношений между продавцом и покупателем во всем, что не предусмотрено контрактом, регулируется правилами, содержащимися в данном международном договоре. МКАС, рассматривая иск болгарской организации к российскому предприятию об уплате стоимости поставленного по контракту товара, в частности, удовлетворил требование истца о взыскании с ответчика процентов годовых за соответствующий период согласно расчетам и документам, представленным истцом, так как оно не превышает предусмотренного ОУП СЭВ 1968/1988 г. размера процентов годовых, которые должен уплатить находящийся в просрочке должник (дело № 488/1993, решение от 14 апреля 1995 г.).

В рамках сотрудничества между предприятиями и организациями стран СНГ ныне действует принятое 20 марта 1992 г. Соглашение об общих условиях поставок между организациями государств-участников Содружества Независимых Государств, которое применяется согласно положениям, зафиксированным в нем, к отношениям между субъектами хозяйствования государств-участников по межгосударственным экономическим связям.

В практике МКАС данное соглашение уже получило отражение. В деле № 149/1994 с иском в МКАС при ТПП РФ обратилось российское предприятие в связи с заключенным им с украинской организацией договором поставки продукции, в соответствии с которым истец произвел 100-процентный авансовый платеж за поставляемое оборудование. Ответчик, ссылаясь на обстоятельства, квалифицируемые им как форс-мажорные, обусловил выполнение своих договорных обязательств требованием получить с предприятия более крупную сумму—с учетом повышения покупной цены за оборудование. В связи с этим истец расторг договор и потребовал возврата уплаченной суммы. Однако ответчик осуществил возврат авансового платежа за вычетом произведенных им затрат. При вынесении решения третейский суд должен был решить вопрос о применимом праве, поскольку договор не содержал соответствующих положений. Как следовало из переписки между сторонами и их заявлений в ходе арбитражного разбирательства, они намеревались руководствоваться Положением о поставках продукции производственно-технического назначения, утвержденным Постановлением Совета министров СССР от 25 июля 1988 г., условиями договора и Соглашением об общих условиях поставок товаров между организациями государств—участников СНГ от 20 марта 1992 г. В связи с этим суд признал извещение покупателем своего контрагента о расторжении договора обоснованным, поскольку по п. 21 Соглашения 1992 г. действия поставщика по завышению цены без предварительного согласования с покупателем допускаются и квалифицируются как основания для расторжения договора. Ссылка ответчика на форс-мажорные обстоятельства была отвергнута судом, так как в договоре не предусматривалась возможность пересмотра цены, определенной в твердой сумме, а изменение тарифов и цен не носило чрезвычайного характера, при котором создавалась бы невозможность исполнения контракта.

Договор международной купли-продажи товаров в советской науке МЧП традиционно именовался внешнеторговой поставкой. Ныне в действующих источниках гражданского права РФ по-прежнему используется последний из приведенных терминов, однако в доктрину и практику все более активно входит терминология, обусловленная вступлением в действие международных нормативных актов — договоров и соглашений унификационного характера. Одним из наиболее известных источников в этом отношении бесспорно является Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., заключенная в Вене (Венская конвенция 1980 г.). Конвенция вступила в силу 1 января 1988 г. и к настоящему времени в ней участвуют около 60 государств. Достоинством этого документа как средства универсального действия является неимперативный характер содержащихся в нем норм.

Стороны по контракту купли-продажи могут полностью или частично отступить от любого из положений Конвенции, за исключением норм ст. 12, регламентирующей специальные вопросы, относящиеся к форме сделки.

Принцип диспозитивности и свободы договора обеспечили в данном случае успех международно-правового механизма создания единообразных норм, действующих в области купли-продажи. Принципы регулирования, содержащиеся в Конвенции, представляют собой важный шаг в унификации права международной торговли. Хотя Конвенция, в сущности, предназначена для регулирования отношений по международной купле-продаже, она тем не менее оказывает влияние на нормы внутригосударственного права, касающегося купли-продажи вообще. Так, национально-правовые нормы Голландии и скандинавских стран, в известной степени России и ряда других государств вобрала в себя идеи и конструкции Венской конвенции. Рассматриваемое международное соглашение достаточно определенно очерчивает сферу его применения: во-первых, оно применяется к договорам международной купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах, если эти государства являются договаривающимися или если согласно нормам международного частного права применимо право договаривающегося государства (ст. 1). В сферу действия документа не включен ряд сделок купли-продажи с определенными категориями товаров (воздушные, морские и речные суда, электроэнергия, продажи с аукциона, на бирже, в порядке исполнительного производства и т.д.). Конвенция относится только к договорам купли-продажи, т.е. не распространяется на некоторые их виды, заключающиеся в предоставлении услуг или выполнении работ (договоры подряда). В соответствии со ст. 3 «договоры на поставку товаров, подлежащих изготовлению или производству, считаются договорами купли-продажи, если только сторона, заказывающая товары, не берет на себя обязательств поставить существенную часть материалов, необходимых для изготовления или производства таких товаров».

Отметим и то обстоятельство, что Конвенция регулирует только заключение договора купли-продажи и те права и обязательства продавца и покупателя, которые возникают из такого договора. Вследствие этого она не касается действительности самого договора, в том числе по причине порока формы или каких-либо его положений, или любого обычая; последствий, которые может иметь договор в отношении права собственности (перехода права) на проданный товар. Конвенция не решает вопросов ответственности продавца за причиненные товаром повреждения здоровья или смерть какого-либо лица (product liability) (ст. 4, 5), применения исковой давности, разрешения споров, в том числе арбитражем. М.Г. Розенберг указывает на ряд специальных проблем, которые остались вне круга регулирования в Конвенции: применение договорного условия о неустойке, определение размера процентов годовых при просрочке исполнения денежных обязательств в связи с международной куплей-продажей, правоспособность юридических лиц.

Юридический эффект анализируемого международного соглашения состоит прежде всего в том, что расхождения, имевшиеся в национально-правовом регулировании и служившие в определенной мере препятствием развития торговых и обслуживающих торговлю связей, удалось преодолеть, поскольку конвенционным путем были созданы единообразные положения, которые в той или иной степени удовлетворяли возможностям и потребностям участвующих в договоре государств и, следовательно, отражали направление будущего

движения в правовом регулировании.

Как уже подчеркивалось, Венская конвенция не содержит коллизионных норм. Что же касается материально-правовых норм, то они представляют результат унификации в важнейшем из ее аспектов: эти нормы ликвидируют некогда присутствовавшие в праве различия. Правда, характер подобных расхождений не всегда выступает одинаково ярко, либо юридические и иные их последствия проявляются с разной силой. Отсюда не тождественно и практическое значение достигнутого единообразия. Ниже остановимся на некоторых из таких моментов.

Единообразный подход участников международного соглашения обеспечивают положения, относящиеся к ключевым вопросам заключения и исполнения гражданско-правового договора при осуществлении международной купли-продажи, — понятию, а также содержанию оферты и акцепта, моменту заключения контракта, следовательно, переходу риска с продавца на покупателя, форме договора, объему и пределам ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение, принципам ответственности, основаниям освобождения от ответственности, последствиям неисполнения и т.д.

Так, офертой по Конвенции считается предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, если оно достаточно определено и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта (п. 1 ст. 14). Акцептом является заявление или иное поведение адресата оферты, выражающее согласие с офертой. Молчание или бездействие само по себе акцептом не является (п. 1 ст. 18). Предложение, адресованное неопределенному кругу лиц, рассматривается лишь как приглашение делать оферты, если в самом предложении прямо не оговорено иное самим лицом, сделавшим такое предложение (п. 2 ст. 14).

Договор считается заключенным в момент, когда согласно предусмотренным в Конвенции условиям вступает в силу акцепт оферты. В свою очередь, это означает, что акцепт вступает в силу в момент, когда требуемое ст. 18 согласие акцептанта получено оферентом. В данном случае сформулированы положения, устраняющие несовпадения в трактовке института заключения договора системами «общего» и континентального права. Вследствие этого доктрина «почтового ящика» («mail box theory»), распространенная в англосаксонских странах (прежде всего в Великобритании, США, Индии, Австралии, на Кипре, в Новой Зеландии и т.д.), утратила свое значение для тех государств, которые присоединились к Конвенции 1980 г.

Сутью теории «почтового ящика» является определение момента заключения договора одним действием стороны — отправкой акцепта. Для подхода к решению данного вопроса со стороны национально-правовых систем многих континентальных стран характерен противоположный ответ. Например, по законодательству РФ договор считается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, ее акцепта (п. 1 ст. 433 Гражданского кодекса РФ). Вьетнамский Гражданский кодекс так трактует этот вопрос: «В случае, когда не все стороны присутствуют при подписании договора, договор купли-продажи считается заключенным в момент получения оферентом извещения об акцепте всех условий оферты с соблюдением срока действия оферты» (ч. 2 ст. 55 ГК СРВ). «Если оферта имеет ограниченный срок для акцепта и принимается в течение обусловленного срока акцептантом, о чем другая сторона получает уведомление, договор считается заключенным» (п. 8 ст. 161 ГК МНР). Проиллюстрированный нормативными положениями подход и был



зафиксирован в конвенционных нормах.

Закрепление в документе принципа реального исполнения договора обеспечило соответствующий характер регулирования достаточно широкого круга отношений по купле-продаже, в том числе касающихся ответственности сторон. Во-первых, Конвенция предлагает сторонам целый спектр действий, побуждающих к исполнению обязательства в натуре: замена товара, уменьшение покупной цены при ненадлежащем качестве товара, предоставление дополнительного срока для устранения дефектов вещи (товара), устранение недостатков в объекте договора купли-продажи покупателем за счет продавца с последующим вычетом стоимости такого устранения из покупной цены и т.д. Лишь при невозможности получить исполнение в надлежащие сроки и в соответствии с требуемым контрактом качеством стороны, потерпевшая от неисполнения, при условии существенного нарушения условий договора, наделяется правом на его расторжение. При этом следует обратить внимание на упомянутую категорию, которой оперирует Конвенция, — *существенное нарушение условий договора*.

Согласно конвенционным положениям нарушение является существенным, если оно влечет за собой такой вред для другой стороны, что последняя в значительной степени лишается того, на что вправе рассчитывать на основании договора (ст. 25). При существенном нарушении, как подчеркивалось выше, продавец или покупатель, будучи потерпевшими, имеют право расторгнуть договор. Однако если, допустим, согласно нормам гражданских кодексов Бельгии (ст. 1139) или Франции (ст. 1139, а также ст. 1146), РФ (ч. 2 ст. 452) или МНР (ст. 178), ст. 29 Закона о международных хозяйственных договорах КНР неисполнение договорных обязательств в обусловленный контрактом срок не влечет за собой автоматического его расторжения, т.е. потерпевшая сторона не может считаться молчаливо отказавшейся в силу этого обстоятельства от договора, а должна направить контрагенту уведомление о его расторжении, то законодательство других стран (принадлежащих главным образом к системе «общего права») предусматривает прямо противоположный порядок.

Например, согласно Закону Великобритании о купле-продаже 1979 г. (с изменениями 1994, 1995 гг.) нарушение существенного условия влечет за собой расторжение договора, нарушение простого условия дает основание для предъявления иска об убытках. В Англии и Ирландии в тех случаях, когда договор продажи ограничен каким-нибудь условием, подлежащим исполнению продавцом, покупатель может предпочесть рассматривать нарушение данного условия как нарушение простого условия. Интерпретация того или иного условия в качестве простого или существенного в каждом отдельном случае определяется договором. В Шотландии неисполнение продавцом сколько-нибудь значительной части договора продажи представляет собой нарушение, уполномочивающее покупателя расторгнуть договор (ст. 10).

В Конвенции же последовательно проведен принцип последствий нарушения исполнения договорных обязательств, свойственный континентальному праву: расторжение договора при существенном нарушении стороной своих обязательств может иметь место только после уведомления об этом другой стороны. «Заявление о расторжении договора, — говорится в ст. 26 Венской конвенции, — имеет силу лишь в том случае, если оно сделано другой стороне посредством извещения».

Конвенция исходит из принципа презюмируемой вины (объективной

ответственности), т.е. сторона отвечает в любом случае, если только не докажет, что неисполнение явилось следствием действия препятствия, лежащего вне ее контроля, или неисполнение было вызвано действиями третьих лиц с учетом относящихся к этому положений Конвенции. Проблема освобождения от ответственности стояла достаточно остро до разработки Конвенции, поскольку в континентальном (преимущественно французском) праве и англосаксонских странах по-разному формулировались основания освобождения от ответственности. Эти различия касаются прежде всего непреодолимой (неодолимой) силы (во Франции и многих других романских странах — форс-мажора). Несмотря на то что внешнее наименование данных обстоятельств выглядит сходным образом, юридическое содержание категорий, обозначаемых приведенными терминами, существенно различается. С одной стороны, в ФРГ, Швейцарии и Франции разграничивают понятия «случай» и «форс-мажор» (*cas fortuit, force-majeure*). Вместе с тем ни законодательство, ни судебная практика не выработали достаточно устойчивых определений данных терминов. С другой стороны, доктрина и французские суды следуют ряду критериев, позволяющих распознать форс-мажор: посторонний (внешний) для лица характер; непредвиденность; непредотвратимость (неизбежность). При всем этом сами по себе такие обстоятельства, как война, забастовка или революция, не могут квалифицироваться как непреодолимая сила, хотя и создают крайние затруднения для стороны. Согласно французскому подходу, определенные последствия этих обстоятельств и действия, порожденные ими, могут быть сочтены основаниями, освобождающими должника от ответственности. Право ФРГ также пытается отграничить «случай» от «непреодолимой силы». Помимо непредвиденности, невозможности предотвращения даже при самой высокой степени заботливости, внешней природе возникновения, правовая доктрина и практика Германии особо выделяет такой критерий, как чрезвычайность рассматриваемых обстоятельств. Российское законодательство понятие «непреодолимая сила» (неодолимая сила, форс-мажор) определяет как чрезвычайные, исключительные и объективно непреодолимые при данных условиях события, происходящие помимо воли лица. В англо-американском праве и праве ряда других государств в течение XX века теория «абсолютной» ответственности должника уступила место освобождению его от ответственности за неисполнение обязательств не только при невозможности, но и при крайней затруднительности исполнения. В силу этого к форс-мажорным обстоятельствам стали относить, помимо «актов Божьего провидения (*Acts of God*)» — стихийных бедствий — также и юридическую невозможность исполнения контракта («акты государства», «акты правительства»). С учетом сказанного решение в Конвенции проблемы содержания, а значит и формулирования оснований освобождения от ответственности представлялось делом нелегким, как в плане теоретическом, так и с позиций практики.

Необходимым условием стало введение в содержание документа категории «препятствие вне контроля». Имеется в виду препятствие, принятия которого в расчет сторонами или стороной при заключении договора либо избежания или преодоления как самого препятствия, так и его последствий нельзя было разумно ожидать (ст. 79). В свете приведенных разночтений, характеризующих правовые системы ведущих государств, становится очевидным, что единственно возможным путем для их преодоления в Конвенции должен был стать отход от дефиниций и неиспользование термина, вызывающего различные трактовки. В результате освобождение от ответственности, согласно

Конвенции, предполагает наличие четырех элементов. Во-первых, неисполнение договорных обязательств должно быть вызвано неким препятствием. Во-вторых, такое препятствие должно лежать вне контроля не исполнившей договор стороны. В-третьих, препятствие не могло быть учтено в момент заключения контракта. Наконец, последствия рассматриваемого препятствия должны носить неизбежный характер. Изложенное позволяет сделать вывод о том, что предложенная Конвенцией конструкция вовсе не предполагает, что исполнение было абсолютно невозможным, особенно в свете содержащихся в ее тексте формулировок о «разумности ожиданий» принятия в расчет такого рода обстоятельств.

Таким образом, международный договор, к которому ныне могут присоединиться любые государства, даже если они придерживаются самых противоположных концепций в области форс-мажора, содержит категорию, которая не определяет, а описывает явление достаточно исчерпывающим в целях отражения его сути образом.

Принятие Венской конвенции послужило толчком для дальнейшего развития унификационных процессов. Одновременно с ней (11 апреля 1980 г.) был подписан Протокол об изменении Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., о котором будет сказано ниже. А в связи с введением единообразных материально-правовых предписаний возникла необходимость в разработке унифицированных коллизионных норм, связанных с куплей-продажей товаров. Таким документом стала Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, от 22 декабря 1986 г., которая пока не вступила в силу, поскольку на настоящий момент ее подписала и ратифицировала одна страна — Аргентина, и только подписали три — Чехия, Словакия, Нидерланды, тогда как для окончательного вступления соглашения в силу необходимо пять ратификационных грамот или документов о принятии, утверждении или присоединении (ст. 27). Этот международный акт, согласно ст. 28, должен заменить собой для государств-членов более раннюю конвенцию с почти одноименным названием — Гагскую конвенцию о праве, применимом к международной купле-продаже материальных движимых вещей от 15 июня 1955 г., участниками которой на 2-ю половину 90-х гг. были девять государств (Бельгия, Дания, Финляндия, Франция, Италия, Норвегия, Швеция, Швейцария и Нигер).

Упомянутые международные договоры имеют в определенной мере совпадающее регулирование: исходят из неограниченной свободы сторон, закрепляя их автономию воли для выбора применимого права, предусматривают, что указание на применимое право должно быть выражено прямо или недвусмысленно вытекать из положений контракта, тождественным образом трактуют сферу действия применимого права в части исключения вопросов правоспособности сторон, последствий продажи в отношении третьих лиц, передачи права собственности, кроме того, идентично определяют свое соотношение с другими международными договорами, заключаемыми государствами-участниками, и т.д.

Вместе с тем Конвенция 1986 г. предназначена увязать материально-правовые нормы Конвенции 1980 г. с коллизионными положениями, относящимися к международной купле-продаже. Отправляясь, как подчеркивалось, от главенствующего принципа автономии воли сторон, Гагская конвенция расширяет сферу своего действия по сравнению с Венской конвенцией 1980 г. В частности, она распространяется на сделки, заключаемые

на бирже или на аукционе, а также договоры по поводу купли-продажи судов водного и воздушного транспорта, судов на воздушной подушке, электроэнергии. Аналогично Венской конвенции, Гагская конвенция 1986 г. не предусматривает своего действия в отношении сделок на поставку товаров, подлежащих изготовлению или производству, т.е. таких договоров, в которых обязательства поставляющей стороны заключаются в основном в выполнении работ или иных услуг (ст. 4). Напомним, что в Конвенции 1955 г. зафиксирован прямо противоположный подход, — она распространяется на договоры подряда. Так же, как и Венская конвенция, Гагская конвенция 1986 г. главным критерием международного характера сделки купли-продажи рассматривает нахождение коммерческих предприятий партнеров в разных государствах (ст. 1).

Анализируемый документ не определяет право, применимое к следующим отношениям: 1) правоспособности сторон или последствиям ничтожности или недействительности договора вследствие недееспособности одной из сторон; 2) правомочности представителя связывать в результате своих действий обязательством представляемого или правомочности органа юридического лица связывать обязательства юридическое лицо; 3) передаче права собственности, за исключением вопроса о действительности и юридической силе положений о сохранении права собственности на товар в отношениях между сторонами; 4) последствиям купли-продажи в отношении любых лиц, кроме сторон; 5) соглашениям об арбитраже или выборе суда, даже если такое соглашение включено в договор купли-продажи (ст. 5).

Основным коллизионным принципом, закрепленным в Конвенции, является отсылка к праву государства, в котором на момент заключения договора продавец или при наличии ряда условий покупатель имеют свои коммерческие предприятия (п. 1, 2 ст. 8). Наряду с этим, как исключение из общих правил, Конвенция предусматривает и такой момент; если договор с учетом всех обстоятельств, включая деловые отношения между сторонами, имеет явно более тесную связь с правом другого государства, он может подчиняться праву этого другого государства (п. 3 ст. 8).

Вопросам международной купли-продажи посвящены и некоторые специальные конвенции. Так, 15 апреля 1958 г. была заключена Гагская конвенция о праве, применимом к переходу права собственности при международной купле-продаже материальных движимых вещей. Согласно ее положениям к переходу права собственности и риску случайной гибели товара применяется право страны, в которой находится товар. В современном обиходе прочно закрепилось понятие «купля-продажа документов», подразумевающее продажу товаров путем передачи документов, и покупатель на основании ст. 3 этой Конвенции сохраняет право собственности на объекты купли-продажи, признанное за ним в силу законодательства страны, в которой он получил документы.

17 февраля 1983 г. в Женеве была заключена Конвенция о представительстве в международной купле-продаже, подготовленная в рамках УНИДРУА, которая содержала единообразные материальные нормы, касающиеся отношений по представительству и агентированию. Она дополнила и стала сосуществовать параллельно с Гагской конвенцией о праве, применимом к агентским соглашениям, от 14 марта 1978 г. Страны Латинской Америки в 1994 г. приняли Международную конвенцию о праве, применимом к международным контрактам.

В 1974 г. в Нью-Йорке была заключена Конвенция ООН об исковой давности

в международной купле-продаже товаров, измененная протоколом 11 апреля 1980 г., подписанным странами-участницами в Вене в целях адаптации ее положений к нормам Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Важность унификации исковой давности как одного из основных институтов права международной торговли обусловлена прежде всего теми крупными различиями юридического плана, которые характеризуют положение дел в этой области. Кардинальным является прежде всего то, что данная категория рассматривается различными правовыми системами в рамках различных отраслей права: в одних случаях материального гражданского (континентальные страны), в других — процессуального (англосаксонские страны), о чем говорилось в гл. 12.

Вторым по значимости расхождением были сроки исковой давности, разброс которых в разных государствах колеблется от шести месяцев до тридцати лет. Сказывалось, наконец, и то обстоятельство, что национальные законодательства предусматривают дифференциацию сроков в зависимости от вида правоотношений.

Так, во Франции существуют следующие сроки: при продаже товара продавцом-коммерсантом — два года, а при сделках между двумя и более коммерсантами — десять лет, если законом для отдельных требований не установлены более короткие давностные сроки (скажем, для иска покупателя о снижении цены или расторжении договора — один год). В ФРГ для исков, вытекающих из договоров купли-продажи, зафиксирован срок в два года, но если речь идет о снижении цены, возмещении убытков вследствие недостатков товара, двусторонней реституции и пр., принят шестимесячный срок, отсчитываемый от даты передачи товара. В Англии предусматривается единый срок исковой давности — шесть лет, практически во всех штатах Соединенных Штатов Америки (за исключением Оклахомы, Миссисипи, Южной Каролины, Висконсина) — четыре года. Российское законодательство исходит из единого общего срока исковой давности, определяемого в три года (ст. 196 ГК РФ), однако предусматривает возможность установления специальных сроков для конкретных случаев: десять лет при признании сделок ничтожными и один год — при признании сделок оспоримыми (ст. 181).

Аналогично тому, как это имело место в Конвенции 1980 г. применительно к решению вопроса о форс-мажоре, Конвенция об исковой давности не содержит формулировки дефиниции исковой давности. Вместо этого ст. 1 предусматривает следующее положение: «Настоящая Конвенция определяет условия, при которых требования покупателя и продавца друг к другу, вытекающие из договора купли-продажи товаров или связанные с его нарушением, прекращением либо недействительностью, не могут быть осуществлены вследствие истечения определенного периода времени. Такой период времени в дальнейшем именуется «сроком исковой давности». В анализируемом документе критерий сделки, относящийся к ее международному характеру, конструируется так же, как и в Венской конвенции 1980 г., — через посредство местонахождения коммерческих предприятий партнеров в разных государствах. Статья 22 Конвенции устанавливает, что

срок исковой давности не может быть изменен по заявлению или соглашению между сторонами. Однако существуют и исключения. Они касаются, во-первых, предоставленной должнику возможности продлить этот срок путем письменного обращения к кредитору (п. 2 ст. 22). Во-вторых, приведенные положения не затрагивают «действительности условий договора купли-продажи, предусматривающих, что арбитражное разбирательство должно быть начато в пределах срока, более короткого, чем срок исковой давности, установленный настоящей Конвенцией», если такое условие соответствует требованиям права, применимого к договору купли-продажи.

Важное значение имеет норма ст. 24 Конвенции, оказавшая существенное воздействие на национально-правовое регулирование ряда стран. Так, она устанавливает, что истечение срока давности принимается во внимание при рассмотрении спора только по заявлению стороны, участвующей в разбирательстве. Данное положение направлено на обеспечение принципа состязательности сторон и состоит в том, что если рассмотрение спора начато после истечения срока давности, то в отсутствие необходимого заявления от стороны право требования о признании пропуска давностного срока не подлежит принудительному осуществлению. Иными словами, если ответчик в судебном заседании по рассмотрению спора не сделал заявления о пропуске истцом срока исковой давности, то при обжаловании вынесенного решения он не вправе ссылаться на пропуск им этого срока. При обновлении российского гражданского законодательства это обстоятельство было учтено в Основах ГЗ Союза ССР и республик 1991 г. и в Гражданском кодексе 1994 г., которые закрепили приведенный принцип, в то время как ранее исковая давность применялась судом *ex officio*. Таким образом, наше государство выполнило основное международно-правовое требование, обусловленное международным соглашением, — обеспечило приведение своего внутреннего законодательства в соответствие с конвенционными нормами. Вместе с тем Россия до сих пор не ратифицировала данную Конвенцию, несмотря на то, что ее подписание СССР состоялось 14 июня 1974 г.

Конвенции 1974 г. не известна категория «приостановление срока исковой давности», однако она использует понятия «перерыв», «продление» срока, закрепляя при этом общее ограничение срока: «Независимо от положений настоящей Конвенции, срок исковой давности в любом случае истекает не позднее десяти лет со дня, когда началось его течение» согласно соответствующим ее положениям.

## **§ 2. Подряд и техническое содействие**

Договор подряда наряду с договором об оказании технического содействия вместе с внешнеторговой поставкой (куплей-продажей) традиционно составляли наиболее распространенные виды внешнеэкономических договоров в сфере международного экономического сотрудничества, осуществляемого нашим государством. В период реализации внешнеэкономических связей специализированными государственными внешнеторговыми и внешнеэкономическими организациями значительный удельный вес в общей совокупной величине участия СССР, а затем России в международном разделении труда приходился именно на создание крупных объектов

национальной экономики в иностранных государствах, преимущественно в развивающихся и социалистических странах, путем сооружения их с помощью отечественных специалистов, поставок и монтажа оборудования, а также содействия в его технической эксплуатации за рубежом.

Следует сразу оговориться, что договорных видов, которые имели бы указанные наименования, во внутреннем законодательстве зарубежных государств, Российской Федерации (в прошлом Советского Союза) или стран СНГ не содержится. Однако в деловой жизни они широко применяются в деятельности различных российских организаций, ведущих операции с заграничными партнерами. Термин появился как продукт развития практики, как обиходное обозначение соответствующей совокупности гражданско-правовых отношений, возникающих во внешнеэкономической сфере. У него нет, строго говоря, юридического фундамента, так как он не подпадает ни под одну из известных гражданско-правовых форм отношений (договорных типов). Отсутствие юридической базы в правовом регулировании анализируемого вида договора не случайно и имеет объективную природу, ввиду того что контракт на оказание технического содействия по своему содержанию является комплексным типом договора, включающим международную куплю-продажу товаров (внешнеторговую поставку машин, материалов, механизмов и оборудования), договоры поручения (агентства), заказа, выполнения работы, оказания услуг и подряда. Например, при общем оказании технического содействия в сооружении народно-хозяйственного комплекса в иностранном государстве гражданско-правовым контрактом может предусматриваться выполнение поставщиком оборудования геологических изысканий и разработок для обеспечения проектных работ по строительству объекта. В то же время нельзя не отметить, что в рамках ЕС, например, в этой области действуют нормативные документы: «Общие правила, применимые к техническому содействию Европейских Сообществ», подписанные в Брюсселе 18 июля 1997 г. В Российской Федерации 6 января 1999 г. принят федеральный закон о ратификации указанных Правил, в результате чего положения в сфере оказания технического содействия, действующие в Евросоюзе, распространяются и на соответствующие отношения, в которых участвуют субъекты из Российской Федерации.

Неотъемлемой чертой оказания технического содействия, обуславливающей его специфику, которая позволяет выделять данную категорию из совокупности правовых форм договорных отношений в международной сфере, выступает командирование специалистов и обучение персонала заказчика, как на месте осуществления объекта, так и в стране партнера. Командирование и обучение специалистов может входить в контракт как составная часть обязательств. Во многих других случаях оно является самостоятельным предметом. Представляется, что обязательства по командированию специалистов и профессионально-техническому обучению персонала заказчика составляют главную отличительную особенность, с помощью которой можно определить договор оказания технического содействия как гражданско-правовую и экономическую форму производственно-коммерческих отношений международного характера.

Если подходить к распределению прав и обязанностей сторон по рассматриваемому договору с точки зрения его типичного содержания и объема, то вырисовывается следующая картина: в обязательства поставщика входят подготовка детального графика работ по выполнению проекта; выполнение геологических изысканий по сырью силами своих специалистов,

разработка и подготовка всей технической документации по проекту и его осуществлению, включая графики, чертежи, спецификации и т.д.; представление на одобрение заказчику и(или) его экспертам до начала производства материалов и оборудования всей необходимой документации, по которой они будут производиться; поставки машин, материалов, оборудования и технической документации в соответствии с утвержденными партнерами графиками; обеспечение командирования технического персонала для осуществления авторского надзора за строительством, монтажом и оснащением объекта; обучение специалистов заказчика с тем, чтобы персонал был способен самостоятельно эксплуатировать объект.

В свою очередь, в обязательства заказчика входят: производство платежей в соответствии с ценами и платежными условиями, оговоренными в контракте; обеспечение за свой счет инфраструктуры (дороги, мосты, временные здания и сооружения, жилье для специалистов, энергоснабжение, водоснабжение, стройплощадки и т.д.); осуществление общестроительных и монтажных работ под наблюдением поставщика; предоставление необходимого персонала для подготовки как на месте производства работ по объекту, так и для обучения за рубежом в стране поставщика; предоставление бытовых условий для персонала поставщика; поставка сырья и других материалов местного рынка, необходимых для реализации проекта.

Что же отличает рассмотренную форму обязательств от договора подряда? Прежде всего следует отметить больший объем ответственности подрядчика, сочетающий в себе его ответственность как стороны в собственно подрядном договоре, так и ответственность, основанную на договорах, обеспечивающих его реализацию (перевозки, агентирование, страхование, перестрахование и т.д.). Правда, на практике часто встречается комбинирование, переплетение в контрактах элементов договоров того и другого видов.

В последние несколько десятилетий мировая практика международных производственно-экономических связей самых различных по уровню своего социально-экономического развития государств выработала и достаточно глубоко внедрила такую разновидность подрядных договоров, как договоры так называемого генерального подряда, именуемые контрактами на условиях «под ключ», а также их разновидности — контракты на условиях «готовой продукции», «сбыт готовой продукции». Заметим, что контракты могут иметь самые разнообразные наименования, например: «продакшн шеаринг» («production-sharing»), «на обслуживание» («service contracts»), «на управление» («management contracts»), «под ключ» («turn-key contracts»), «на условиях готовой продукции» («product-in-hand contracts»), «на условиях реализации» («market-in-hand agreements») и т.д.

Важно подчеркнуть, что в подобного рода договоре подрядчик принимает на себя обязательство возвести (либо иным образом реализовать) объект и передать его в готовом для эксплуатации виде заказчику. Подрядчик обязан выполнить взятые на себя обязательства «на свой страх и риск» в соответствии с требованиями контракта в пределах определенной этим контрактом цены и иных условий. Контракты генерального подряда, как правило, содержат формулу: «время является существом договора».

Центральными положениями договоров подряда «под ключ» выступает регулирование обязанности подрядчика по сдаче объекта заказчику. Объект первоначально проходит временную приемку — при условии, что достигнуты удовлетворительные показатели работы объекта (оборудования), т.е. в течение определенного срока, установленного в контракте, работа без аварий или с



заранее предусмотренным процентом аварий. При этом выпускаемая продукция должна иметь гарантированное качество и объемы ее производства — соответствовать проектным. Временная приемка подтверждается выдачей сертификата на основе подписанного между сторонами протокола о временной приемке с указанием соответствующих недочетов, обнаруженных в ходе приемки, если они не оказывают существенного влияния на функционирование объекта. В этом случае подрядчик должен предпринять усилия для устранения дефектов в установленные протоколом или договором сроки до получения документа о постоянной приемке. Несмотря на неокончательный характер временной приемки, право собственности на объект переходит с подрядчика на заказчика именно с даты выдачи сертификата временной приемки.

Хотя главным фактором в совокупности договорных отношений между подрядчиком и заказчиком по контрактам на условиях «под ключ» выступает освобождение заказчика от ответственности за создание объекта, невыполнение или ненадлежащее выполнение им своих обязанностей по контракту снимает или в известной степени модифицирует ответственность подрядчика. Так, установление причинной связи между неисполнением (ненадлежащим исполнением) заказчиком его обязательств и невозможностью, затруднением или просрочкой (угрозой просрочки) выполнения подрядчиком своих обязательств по связывающему стороны договору делает возможным продление сроков действия контракта или какой-либо его части. Следует подчеркнуть, что несмотря на явное преобладание объема обязательств подрядчика по договору на условиях «под ключ», «готовой продукции», как, впрочем, любого другого договора выполнения работ или услуг, по сравнению с объемом обязательств заказчика, данная гражданско-правовая форма представляет собой совокупность двусторонних взаимовязанных обязанностей партнеров, должное выполнение которых в немалой степени зависит от поведения контрагента.

Данное обстоятельство весьма четко прослеживается в практике разрешения международных коммерческих споров МКАС при ТПП РФ. Согласно контракту строительного подряда от 1 марта 1989 г. в обязанность истца (подрядчика) входило следующее: поставка производственной технологии на объект и «ноу-хау», поставка технологического оборудования и машин с монтажом, обеспечение их запуска, а также обучение персонала и подготовка документации на изделия. Субподрядчики, также подписавшие контракт, и заказчик сами отвечали за строительно-монтажные, а также сантехнические и электротехнические работы на объекте.

В связи с допускаявшимися заказчиком нарушениями предусмотренного контрактом графика и порядка платежей подрядчик расторг контракт и предъявил в арбитраж требование о выплате ему ответчиком (заказчиком) соответствующих сумм, причитавшихся по условиям этого договора, а также о возмещении убытков, причиненных неисполнением заказчиком его условий. По мнению ответчика, неисполнение договора явилось следствием несвоевременного исполнения подрядчиком контрактных обязательств и их выполнением с отклонением от предусмотренных условий, что вызвало нарушение сроков готовности объекта и лишило заказчика получения бюджетного финансирования.

Рассматривая дело на основе действовавшего в тот период Гражданского кодекса РСФСР 1964 г., третейский суд исходил из

того, что применимое право определяет договор подряда как договор, по которому подрядчик обязуется выполнить за свой риск определенную работу по заданию заказчика из его или своих материалов, а заказчик обязуется принять и оплатить выполненную работу. Применительно к взысканию с ответчика задолженности по счетам, выставленным подрядчиком, с учетом того, что по некоторым из них ответчик факта своей задолженности не оспаривал, арбитражный суд пришел к выводу, что поскольку работа была выполнена и принята заказчиком и никаких замечаний по ней заявлено не было, соответствующие счета подлежат оплате. Часть счетов суд вынужден был отклонить ввиду пропуска истцом сроков исковой давности. В части требования истца о возмещении ему подлежащих выплате субподрядным фирмам соответствующих сумм арбитраж установил, что расторжение контрактов с ними стало результатом неисполнения контрактных обязательств самим истцом и объективно повлекло за собой убытки субподрядчиков. Требование истца в этом отношении суд признал справедливым и предложил удовлетворить его в размере 50 проц. от заявленных истцом сумм.

Поскольку обязанность заказчика принять и оплатить работу являлось одним из существенных условий договора подряда (ст. 350 ГК РСФСР), а заказчик постоянно допускал значительные задержки в оплате предъявленных счетов за произведенные работы, истец вынужден был прекратить контракты на поставку оборудования для заказчика. Вследствие этого суд пришел к выводу, что контракт с заказчиком был расторгнут истцом правомерно, ибо принятые им меры по сохранению договорных отношений оказались безуспешными, а невыполнение ответчиком контрактных обязательств стало непоправимым. Статья 219 ГК РСФСР предусматривала, что в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения обязательств должником он обязан возместить кредиторю причиненные убытки. Однако наряду с этим арбитраж признал также и то, что со стороны подрядчика, т.е. истца по рассматриваемому делу, был допущен ряд серьезных нарушений в выполнении контрактных обязательств, что вызвало замедление сроков готовности объекта и создало затруднения заказчику в получении бюджетного финансирования. Вследствие этого арбитражный суд применил принцип смешанной ответственности, определив долю вины ответчика в невыполнении заключенного контракта и его расторжении в размере 75 процентов, истца — в размере 25 процентов.

Так же как и по договору купли-продажи, основаниями для освобождения сторон в анализируемом виде договора выступают обстоятельства непреодолимой силы (форс-мажор).

Ввиду значительности объемов обязательств подрядчика по контрактам на условиях «под ключ» и «готовой продукции» национальные организации развитых стран, заключившие договоры с контрагентами из развивающихся государств, нередко прибегают к использованию субподрядных фирм из третьих стран либо страны местонахождения объекта для выполнения большей частью общестроительных и монтажных работ. Для осуществления особо

крупных и сложных сооружений возможно образование специальных консорциумов (договорных образований) подрядчиков ряда государств. Причем консорциум может образовываться еще на стадии проведения торгов на получение заказа на подряд.

Так, реконструкция крупного металлургического завода в Дургапуре и строительство нового металлургического предприятия в Руркеле (Индия) в 1989—1999 гг. осуществлялись именно на принципах консорциального подхода к выигрышу тендера, ведению операций по реализации проекта и исполнению контракта, т.е. на основе создания международного консорциума, состоящего из двух индийских компаний, двух западно-германских («Маннесманн Демаг АГ» и «Крупп индустриетекник»), а также советского (российского) внешнеэкономического объединения В/О «Тяжпромэкспорт» с лидерскими функциями российского партнера по одному из пакетов и немецких компаний — по другим пакетам.

Практика сооружения промышленных объектов на условиях «под ключ» потребовала разработки ряда документов, имеющих рекомендательный характер, но ориентирующих и подрядчиков и заказчиков на соответствующее понимание содержания договора, его сути, а также природы и объема прав и обязанностей сторон. Такие условия соответствуют принятым в международном масштабе положениям контрактов для работ по гражданскому строительству, рекомендованных Международной федерацией объединений подрядчиков Азии и Западного побережья Тихого океана, Международной европейской федерацией строительства, Межамериканской федерацией промышленного строительства, Ассоциацией генеральных подрядчиков Америки и т.д. Как подчеркивалось ранее, наибольшее значение получили общие условия и типовые положения контрактов на производство общестроительных и инжиниринговых работ, разработанные Международной федерацией инженеров-консультантов (ФИДИК), — последняя из существующих редакций которых датируется 1987 годом.

Потребности в такого рода документах продиктованы прежде всего различиями в законодательстве государств, могущих выступать как подрядчиками, так и заказчиками. Эти различия касаются зачастую существа анализируемых договоров. Например, гражданское право Франции для подобных отношений располагает конструкцией договора купли-продажи недвижимости, подлежащей сооружению (ст. 1601-1), а также различает «обязательства средства исполнения» и «обязательства достижения результата» (ст. 1147 Кодекса Наполеона). Законодательство же Марокко относит договор подряда к контрактам производства работ (см. Королевский Декрет № 209-65 от 19 октября 1965 г., одобряющий Свод общих положений, применимых к договорам осуществления работ, выполняемых за счет Министерства общественных работ и коммуникаций). По смыслу и содержанию гражданско-правовых норм ряда восточно-европейских стран — Венгрии (§ 389 ГК), России (ст. 702 и след. ст. ГК РФ) — подрядом является выполнение по заданию одной стороны (заказчика) другой стороной (подрядчиком) определенной работы и сдача ее результатов заказчику. Можно добавить к этому, что предметом договора подряда служит, как правило, выполнение таких работ, результат которых может быть объективирован в какой-либо вещественной форме. Однако по аналогии нормы, регулирующие подрядные отношения, применяются и к оказанию всякого рода услуг нематериального характера, в частности услуг консультанта.

Положения материально-правового характера, содержащиеся в упомянутых «общих условиях» и типовых контрактах, существенно облегчают разработку и заключение гражданско-правовых договоров в затронутой области с участием сторон из различных стран. В то же время данные рекомендации не исключают их применения с учетом некоторых изменений и во внутренних отношениях конкретного государства. В частности, типовые формы контрактов на строительство, например жилья в Нигерии, утвержденные ее Министерством общественного строительства и жилья, основаны именно на стандартных условиях ФИДИК.

«Общие условия» единообразно решают широкий спектр проблем, относящихся к отношениям между сторонами в процессе осуществления работ по контракту: ответственность в целом и обязательства подрядчика, обязательства заказчика, статус независимого инженера-консультанта как надзорной инстанции в ходе осуществления строительства, объем и перечень контрактной документации, включая правила иерархии документации, сроки, начало производства, осуществления и окончания работ, наем рабочей силы, требования к персоналу и к выполнению работ производственного цикла, включая испытания, опробование и т.д., ответственность за неисполнение обязательств, обеспечение обязательств в форме «заранее исчисленных убытков», претензионные процедуры, в том числе порядок уведомления, назначение субподрядчиков, вопросы метрологии и стандартизации, обеспечение сертификации и производства платежей, освобождение от ответственности, применимое право, разрешение споров, регулирование на случай изменений в законодательстве и тарифах, а также валютных условий и колебаний валютных рынков.

Среди перечисленного обращает на себя внимание регулирование, предлагаемое «общими условиями», в части применимого права и разрешения споров. В принципе проформы исходят из предоставления сторонам возможности выбрать применимое к разрешению спора право. Вместе с тем в том, что касается существа договорных отношений по строительству объекта, прослеживается очевидное прикрепление договора к законодательству страны, в которой оно осуществляется. Из числа имеющихся в мировой практике средств разрешения споров документ предпочитает согласительную процедуру, проводимую на основе Правил примирительной процедуры и арбитража Международной торговой палаты.

Коллизионно-правовое регулирование контрактных отношений, вытекающих из договора подряда и касающихся его существа, осуществляется на основе немногочисленных формул. Во-первых, применяется выбор сторонами права, подлежащего применению.

Так, арбитражный суд при ТПП РФ, рассматривая спор между иностранной фирмой-подрядчиком (истцом) и московской организацией-заказчиком (ответчиком) по подрячному контракту от 1 марта 1989 г. на строительство производственного объекта, учел, что стороны в ст. 20 контракта определили в качестве применимого права нормы советского материального права, и потому при принятии решения основывался на положениях Гражданского кодекса РСФСР 1964 г., действовавшего на момент заключения контракта.

В отсутствие же соглашения о выборе права основным принципом прикрепления в современном международном частном праве в данном отношении выступает *lex venditoris* в широком смысле слова, т.е. привязка к праву стороны, осуществляющей наиболее характерное для данного

договорного вида действие. Такой стороной для договора подряда выступает подрядчик (п. 5 ст. 166 Основ ГЗ СССР и республик 1991 г., п. 3 ст. 1211 третьей части ГК РФ, п. 6 ст. 434 ГК МНР, § 1 ст. 21 Закона о международном частном праве Польши, ст. 6 Закона Украины о внешнеэкономической деятельности, § 10 Закона о международном частном праве Чехии, ст. 117 (п. 1) швейцарского Закона о международном частном праве). Подобный подход может рассматриваться как имеющий общий характер: он действует в отношении многих разновидностей договоров выполнения работ и услуг (подряда).

В то же время, если речь идет о договорах подряда на сооружение крупных народнохозяйственных объектов или выполнение специфических по своей сущности работ, то законодательства различных стран решают проблему коллизионно-правового регулирования по-другому. В частности, в праве РФ, Украины, СРВ, Монголии, КНР, Венгрии, Чехии и др. закреплен принцип привязки к праву того государства, в котором осуществляются работы, реализуется проект, создается результат. Так, согласно Закону Украины, «к внешнеэкономическим договорам (контрактам) о производственном сотрудничестве, специализации и кооперировании, выполнении строительно-монтажных работ применяется право страны, где осуществляется такая деятельность или где создаются предусмотренные договором результаты». В Законе ВНР о международном частном праве (§ 21 (2) сказано: «Договоры выполнения работ и услуг (проектно-конструкторские, монтажные, личного найма и т.д.) подчиняются праву того государства, на территории которого исполняется предусмотренная договором деятельность или создается результат, определенный в договоре». Аналогичные нормы действуют и в ряде других стран, помимо перечисленных выше.

По контракту, заключенному истцом — организацией из бывшей Белорусской ССР — и ответчиком (иностранной фирмой) на строительство в одном из городов Белоруссии жилого дома, выбор субъектами договора, применимого к их отношениям права, осуществлен не был. Таким образом, его должен был установить суд на основе соответствующих коллизионных норм страны суда. В результате суд применил право Белоруссии как места осуществления подрядных работ. Разрешение спора по существу основывалось на Гражданском кодексе Белорусской ССР 1964 г. как законе, действовавшем на дату заключения договора.

Некоторые нормативные акты обуславливают определение применимого к договору правопорядка с помощью особой связи, которая возникает вследствие факта исполнения договора на территории соответствующего государства. Согласно Гражданскому кодексу СРВ, например, права и обязанности сторон по гражданско-правовому договору «определяются по праву страны, где договор исполняется, если сторонами не согласовано иное» (п. 2 ст. 834). С другой стороны, в договоре подряда на строительство промышленных и иных объектов существенную часть обязательств подрядчика составляет передача технологии. По этому поводу гражданское законодательство СРВ содержит специальное коллизионное правило: «Передача технологии между вьетнамскими и иностранными физическими и юридическими лицами из-за границы во Вьетнам и из Вьетнама за границу подчиняется положениям настоящего кодекса, других законодательных актов СРВ о передаче технологии и международных договоров, которые подписала или в которых участвует СРВ» (ст. 838), вследствие чего налицо односторонняя коллизионная норма с содержащимся в

ней требованием подчинения подобного рода отношений вьетнамскому законодательству.

### **§ 3. Договор международной перевозки грузов, пассажиров и багажа. Перевозка автомобильным, железнодорожным и воздушным транспортом. Морская перевозка**

#### ***Общие положения, особенности и виды международных перевозок.***

В настоящее время международные перевозки в области морского, автомобильного, железнодорожного и речного транспорта регулируются посредством сочетания двух элементов: национального законодательства и международно-правовых договоров. Только в области автомобильного, морского и речного транспорта действует более 110 межгосударственных и межправительственных (многосторонних и двусторонних) соглашений, участницей которых является Российская Федерация.

Договор перевозки в самом общем виде может быть определен как договор, по которому одна сторона (перевозчик) берет на себя обязательство перед другой стороной (грузоотправителем или пассажиром) осуществить перевозку. Обязанность перевозчика по отношению к грузоотправителю или пассажиру по своей природе не носит личного характера, поскольку он может передать исполнение договора другому лицу, оставаясь однако ответственным за перевозку согласно договору, заключенному с отправителем груза или пассажиром.

Международной перевозкой, согласно доктринальной позиции, основанной на содержании норм соответствующих международных договоров, принято именовать перевозку грузов, пассажиров и багажа, которая осуществляется, по крайней мере, между двумя государствами в соответствии с условиями, предусмотренными межгосударственными соглашениями. Для признания перевозки международной не обязательно, чтобы груз или пассажир фактически пересекали территориальные или таможенные границы государства, — достаточно заключения договора международной перевозки. Например, при утрате груза в пункте отправления из государства А в государство Б перевозка так или иначе квалифицируется международной, однако пересечение границ не имеет места.

Нормы права, регулирующие отношения по договору перевозки, варьируются в зависимости от вида транспорта. Это означает, что как во внутренних перевозках, так и в международном масштабе действуют различные образцы правил поведения соответственно для договоров автомобильной, железнодорожной, воздушной, речной и морской перевозки. Кроме того, так называемое «транспортное право» обладает особенностями в зависимости от *объекта* транспортировки, т.е. от того, что составляет предмет перевозки, — груз, багаж или пассажиры. Таким образом, налицо «дезинтегрированное» правовое регулирование перевозки, обусловленное в значительной степени историческими, экономическими, а отчасти и политическими факторами.

Система транспортных конвенций включает три разновидности международных соглашений: договоры об общих принципах сотрудничества в области транспорта (организации и координации международных сообщений); соглашения, устанавливающие единообразные нормы (единые условия) перевозок грузов, пассажиров и багажа; соглашения, направленные на

совершенствование и облегчение транспортных связей и примыкающих к ним областей (контейнеризация перевозок, согласование таможенных режимов, налогообложения и т.д.). В частности, после распада СССР и образования Содружества Независимых Государств для обеспечения функционирования транспорта, интегрированного в общую систему этих стран, стали заключаться многосторонние и двусторонние соглашения (например, многостороннее Соглашение о принципах и условиях взаимодействия в области транспорта от 30 декабря 1991 г., заключенное между Арменией, Белоруссией, Казахстаном, Киргизией, Россией, Таджикистаном и Узбекистаном; Соглашение между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь о принципах сотрудничества и условиях взаимоотношений в области транспорта, Соглашение о координации деятельности железнодорожного транспорта, Соглашение о сотрудничестве в области воздушного транспорта. Соглашение об основных принципах и условиях взаимоотношений в области транспортировки нефти (все от 20 июля 1992 г.); аналогичные соглашения о принципах сотрудничества и условиях взаимоотношений в области транспорта с Украиной (от 26 мая 1993 г.). Литовской Республикой (от 12 февраля 1992 г.); Республикой Грузия о координации транспорта (от 15 сентября 1995 г.), соглашения, оформляющие сотрудничество в сфере железнодорожного транспорта: Соглашение между Республикой Казахстан и РФ о координации железнодорожного транспорта от 23 марта 1992 г., к которому впоследствии присоединились Кыргызстан, Таджикистан, Туркменистан, Узбекистан; Соглашение между РФ и Украиной о координации деятельности железнодорожного транспорта от 14 мая 1993 г. и др.).

Транспортные конвенции, содержащие единообразные предписания, разрабатываются, кроме того, в рамках универсальных и специализированных международных организаций (ООН, ИМКО, ИМО, ИКАО и т.д.).

Несмотря на то что каждый институт, определяемый тем или иным способом транспортировки, содержит собственную совокупность правил регламентации перевозки грузов, багажа и пассажиров, у этих правил имеется и много общего. Прежде всего это касается императивных норм, образующих систему ответственности перевозчика, распределения бремени доказывания вины, закрепления в нормативном порядке оснований освобождения от ответственности перевозчика и установления пределов ответственности, в том числе сроков. Почти во всех видах перевозок (за исключением перевозок пассажиров и багажа автомобильным и речным транспортом) установление строгой ответственности перевозчика посредством императивных норм осуществляется конвенционным путем — заключением соответствующих (преимущественно многосторонних) международных соглашений. Обязательность таких норм означает, что стороны по гражданско-правовому контракту не вправе согласовывать условия, не совместимые с режимом ответственности, установленным в международной конвенции. В данном случае это является существенным отступлением от исторически действующих в цивилистических отношениях принципов «свободы договора», «усмотрения сторон», «автономии воли сторон». Система ответственности по различным видам договоров перевозки налагает большее бремя на перевозчика. Он несет обязанность по осуществлению безопасной и своевременной перевозки. Он может претендовать на освобождение от ответственности, если докажет, что неисполнение было вызвано одним из предусмотренных законом обстоятельств непреодолимой силы (форс-мажор). Тем не менее бремя доказывания подобного рода фактов лежит на перевозчике.

В случае признания вины перевозчика он несет ответственность в пределах сумм, установленных конвенционными нормами. Однако в ситуациях, касающихся, например, грузовых перевозок, если заинтересованная сторона докажет, что груз был поврежден перевозчиком в результате умысла или небрежности последнего либо ему заведомо был очевиден тот факт, что наступит вред, ответственность перевозчика станет неограниченной. Кроме пределов ответственности, установленных конвенциями, по суммам требований претензии к перевозчикам имеют также и ограничения в периоде времени, в течение которого они могут быть заявлены.

Очевидно, что в ходе международных перевозок товаров или пассажиров часто имеет место пересечение национальных территориальных границ. Параметры перевозки, выходящие за рамки территории одного государства (ее международный характер) являются типичной чертой сегодняшнего транспортного права, поэтому не случайно, что данный институт многое привнес в развитие международного частного права как такового, и прежде всего — унифицированных норм частного права, в том числе в области обязательственного права. Различные договоры перевозки, содержащие решения вопросов об установлении ответственности перевозчика, служили первыми примерами разработки единообразных правовых норм, используемых в регулировании других отдельных договорных видов. С другой стороны, ввиду специфики договоров перевозки, получившей отражение в конвенционном регулировании, не случайно также, что законодательные акты некоторых стран особо подчеркивают неприменимость общих положений обязательственного права, содержащихся в кодификациях МЧП, к договорам международной перевозки. В частности, Закон о международных хозяйственных договорах КНР (1985 г.) прямо устанавливает, что данный акт не распространяется на международные транспортные контракты (ст. 2).

Еще одной отличительной особенностью правового регулирования договоров перевозки в современном мире является то, что во многих странах внутренние перевозки подчиняются тем же правилам, что и международные перевозки, т.е. нормам, которые установлены в соответствующих международных конвенциях. Этот процесс в среде специалистов нередко именуют *инфильтрацией* унифицированных норм международного частного права в национальные правовые системы.

Международные соглашения, регламентирующие договоры перевозки, сгруппированы, как указывалось, в зависимости от способов перевозки и видов транспорта (воздушный, автомобильный, железнодорожный, морской и т.д.). Соответственно каждый из видов договоров содержит специально предусмотренные коллизионные нормы, применимые к существу договорных обязательств. Однако необходимо иметь в виду также и существование общей конвенции, относящейся к коллизионному регулированию обязательственных отношений, а именно Римскую конвенцию ЕС 1980 г. Несмотря на внешний региональный характер данного документа, вопрос о соотношении международно-правовых транспортных соглашений и Римской конвенции встает в практической плоскости. Есть ли место при наличии специальных международных договоров, касающихся перевозки грузов, пассажиров и багажа различными видами транспорта, для использования в целях регулирования Римской конвенции? В общем плане ответ отчасти имеется в самой Конвенции. Так, ее ст. 23 прямо предусматривает, что этот документ не препятствует применению какого-либо иного международного договора, в котором участвует или будет участвовать договаривающееся государство. Однако решение



затронутой проблемы иногда вызывает трудности, обусловленные прежде всего характером имеющихся в международных соглашениях норм (материальных или коллизионных) и их содержанием, вследствие чего возможно использование разных правовых принципов разрешения конфликта между юридической силой норм («более поздний закон отменяет предыдущий», «общий закон отменяется специальным»). Тем не менее в данной области вполне закономерным является вывод о том, что, во-первых, Римская конвенция может применяться во всех случаях отсутствия специального транспортного соглашения, и, во-вторых, тогда, когда специальный договор не содержит соответствующего регулирования, которое есть в Конвенции.

**Воздушные перевозки.** Основным межгосударственным соглашением, действующим в области регулирования отношений по воздушным перевозкам, является Варшавская конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, от 12 октября 1929 г., ратифицированная приблизительно 120 государствами. 28 сентября 1955 г. в Варшавскую конвенцию были внесены поправки и подписан Гаагский протокол. В качестве государства—продолжателя договоров СССР Российская Федерация является участницей как самой Конвенции (с 1934 г.), так и Гаагского протокола (с 1957 г.). Варшавская конвенция считает международной всякую воздушную перевозку, при которой место отправления и место назначения вне зависимости от того, имеется или нет перерыв в перевозке или перегрузке, расположены либо на территории двух договаривающихся сторон, либо на территории одной и той же договаривающейся стороны, если остановка предусмотрена на территории другого государства, даже если это государство не является участником Конвенции (п. 2 ст. 1). В соответствии с Воздушным кодексом Российской Федерации от 19 марта 1997 г. международной является такая перевозка, при которой пункт отправления и пункт назначения расположены соответственно на территориях двух государств или на территории одного государства, если предусмотрен пункт (пункты) посадки на территории другого государства (ст. 101). Следовательно, национальное законодательство РФ полностью согласуется с требованиями, установленными в международном договоре, в котором участвует Россия.

Варшавская конвенция сформулировала основные требования к перевозочным документам и их реквизитам, права отправителя на распоряжение грузом в пути следования, порядок выдачи груза в пункте назначения, а также ответственность воздушного перевозчика перед пассажирами и грузовладельцами. Ответственность перевозчика по Варшавской конвенции наступает независимо от доказанности вины перевозчика, так как основывается на его презюмируемой вине. Согласно п. 1 и 2 ст. 18 Конвенции перевозчик отвечает за вред, возникший в случае уничтожения, утраты, повреждения зарегистрированного багажа или товара, а также просрочку в доставке, если событие, причинившее вред, произошло во время перевозки.

Предел ответственности в каждом отдельном случае перед пассажиром составляет 250 000 золотых франков (франков Пуанкаре: 1 франк с содержанием 65,5 мг золота 0,900 пробы) в случае причинения смерти или увечья, 250 франков за 1 кг веса багажа и груза и 5 000 франков — в отношении ручной клади. Данный предел может повышаться по решению авиакомпаний.

Например, в 1966 г. ряд крупных авиакомпаний подписали Монреальский протокол, которым утверждался отказ от предела ответственности, установленного Варшавской конвенцией, и вводились более высокие ее нормативы, касающиеся

исключительно воздушных перевозок, осуществляемых в США и обратно. Это соглашение послужило толчком к подписанию Мальтийского соглашения в 1974 г., в силу которого предел ответственности перевозчика был повышен (до 100 000 СДР) в отношении не только американских, но и других перевозок.

Для российских авиаперевозчиков этот предел установлен в размере 20 долларов США за 1 кг веса. Срок предъявления требований к авиакомпаниям по сохранности груза — 7 дней по багажу, 14 дней по грузу и 21 день в случаях просрочки доставки. Срок исковой давности для предъявления иска к перевозчику в суде — два года. Компетентные судебные учреждения государств решают вопросы, оставшиеся неурегулированными в Конвенции (о круге лиц, имеющих право на получение возмещения в случае гибели пассажиров, порядке определения максимально допускаемого Конвенцией размера возмещения), на основе обращения к нормам национального права соответствующих государств. Возможно применение права страны заключения договора перевозки или личного закона перевозчика, закона страны суда. Практика российских правоприменительных органов, в частности Высшего арбитражного суда РФ, в последние годы неоднократно сталкивалась с необходимостью применять как право иностранных государств, так и регулирование, содержащееся в Варшавской конвенции, для разрешения спора по существу, когда он касается воздушной перевозки (см., в частности, Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29).

В современных условиях воздушный грузо- и пассажирооборот осуществляется в порядке чартерных перевозок на основе аренды и фрахтования воздушного судна одной авиакомпанией (иного лица — собственника судна) другим перевозчиком. Воздушный чартер является разновидностью арендного договора и имеет свои особенности по сравнению с договором международной воздушной перевозки. В целях обеспечения действия положений Варшавской конвенции применительно к отношениям с потребителями услуг авиакомпании, заключившей договор фрахтования воздушного судна (фактического перевозчика), 18 сентября 1961 г. была заключена Гвадалахарская конвенция (вступила в силу 1 мая 1964 г.), членом которой является и РФ (в порядке правопреемства) и которая, как следует из ее названия, является дополнительной к Варшавской конвенции, будучи посвящена международным воздушным перевозкам, осуществляемым иным лицом, нежели заключивший договор перевозчик. Гвадалахарская конвенция призвана обеспечить такое положение, чтобы фактический перевозчик солидарно с юридическим перевозчиком отвечал за выполнение перевозки в случаях фрахтования судна.

Поскольку в Варшавскую конвенцию несколько раз вносились поправки посредством соответствующих протоколов, особенно в части изменения пределов ответственности воздушного перевозчика, которые либо не все вступили в силу, либо имеют неодинаковый круг участников, на практике зачастую возникает вопрос, какой из текстов конвенции должен применяться в конкретной ситуации. Если государства являются участниками одних и тех же редакций Конвенции, применяется тот документ, в котором участвуют обе стороны. Если же одно государство ратифицировало соответствующий протокол, а другое нет, то должен применяться тот текст, который действует для обеих сторон (как правило первоначальный вариант Конвенции).

28 мая 1999 г. в Монреале была подписана Конвенция об унификации некоторых правил международных воздушных перевозок, в которой дано

понятие воздушной перевозки, определяются права и обязанности сторон, в том числе пределы ответственности перевозчика, выраженные в СДР, а также компетентные органы (юрисдикция) по разрешению споров. Для вступления Конвенции в силу необходимо 30 ратификаций.

**Железнодорожные перевозки.** Перевозка железнодорожным транспортом стала первым договорным видом, подвергшимся единообразному регулированию с помощью норм, выработанных многосторонним межгосударственным соглашением, которое оказало значительное влияние как на национальное законодательство, так и на международно-правовое регулирование соответствующих отношений в других способах транспортировки товаров, грузов, пассажиров, в частности перевозки автомобильным транспортом. Бернские конвенции, касающиеся перевозок грузов и пассажиров железнодорожным транспортом, заключенные 1890 г., в последующем неоднократно изменялись; одно из наиболее существенных изменений датируется 1990 г. Соответствующими многосторонними договорами в области международной перевозки железнодорожным транспортом выступают два основных соглашения: Конвенция о железнодорожной перевозке грузов (СІМ — СИМ, что на русском языке сокращенно обозначается как «МГК»: Международная грузовая конвенция) и Конвенция о железнодорожной перевозке пассажиров и багажа (СІV — СІV, или «МПК»: Международная пассажирская конвенция) от 7 февраля 1970 г., вступившие в силу с 1 января 1975 г., а также дополнительное соглашение, подписанное в 1966 г. в целях установления предела ответственности перевозчика за причинение вреда жизни и здоровью пассажира. В приложениях «А» и «Б» к СИМ и СІV содержатся соответственно Единые правила МГК и Единые правила МПК. На конференции по пересмотру Бернских конвенций была учреждена межправительственная организация международного железнодорожного транспорта, и 9 мая 1980 г. заключено специальное соглашение, содержащее новый объединенный текст конвенций (КОТИФ — Convention relative a l'Organisation du Transport International de Chemin-de fer), вступивший в силу 1 мая 1985 г. Заметим, что оригинальные тексты всех упомянутых соглашений осуществлены на французском языке, отсюда и их аббревиатуры.

Особой отличительной чертой договора перевозки железнодорожным транспортом является то, что железная дорога обязана заключить такой договор с любым лицом. Как соглашение СИМ, так и СІV предусматривают подробное и широкое регулирование прав и обязанностей сторон по договору перевозки железнодорожным транспортом.

В области перевозки грузов, как было отмечено, действует Конвенция КОТИФ — СИМ 1980 г. Железная дорога обязана осуществить безопасную перевозку грузов в срок и без потерь. В случае причинения вреда или утраты груза в ходе транзита либо просрочки в доставке железная дорога несет ответственность в порядке презюмируемой вины. Перевозчик тем не менее может опровергнуть эту презумпцию посредством предоставления доказательств о том, что вред был вызван одним из обстоятельств, за которые дорога согласно СИМ не отвечает. К ним относятся: 1) собственная вина лица, имеющего право на товар (груз); 2) обстоятельства, вызванные свойствами, присущими самому товару (способность быстро портиться, усушка, утруска); 3) неизбежные обстоятельства; 4) любое из обстоятельств, указанных в числе специальных рисков (перевозка на открытых платформах, ненадлежащая упаковка, перевозка живого груза — животных). Если железная дорога докажет,

что вред *мог* возникнуть в результате одного из событий, включаемых в список специальных рисков, будет действовать презумпция, что такой вред *был* причинен данным обстоятельством. И пока заявитель не докажет иное, ответственность железной дороги не будет иметь силы. При этом бремя доказывания обратного лежит на заявителе.

Предел ответственности установлен СИМ в специальных единицах — СДР за утрату, повреждение или просрочку в доставке (17 СДР за 1 кг веса брутто в случаях утраты или повреждения и трехкратный размер провозной платы в случаях несвоевременной доставки — ст. 36—43 КОТИФ — СИМ). Он может быть уменьшен сторонами в контракте при условии снижения обычных ставок оплаты за перевозку. Срок заявления требований — один год. Однако в случае умышленного повреждения груза или обманных действий железной дороги срок исковой давности определен СИМ в два года.

Данные требования действуют в отношении международной перевозки грузов железнодорожным транспортом, т.е. перевозки по сквозной железнодорожной накладной по специальным путям сообщения, или в отношении особых услуг, указанных в приложении к Соглашению. Обычно международной считается такая перевозка, которая имеет место по крайней мере в двух государствах—участниках соглашения. Кроме того, для применения СИМ необходимо осуществление перевозки по сквозной железнодорожной накладной (ст. 1 КОТИФ — СИМ).

При перевозке пассажиров и багажа (включая автотранспортные средства) применяется КОТИФ — СИВ 1980 г. СИВ различает личный вред, причиненный пассажиру (смерть или увечье), и повреждения багажа (автомобиля). В случае смерти лица или увечья железная дорога несет строгую ответственность, если только не докажет, что данные события наступили вследствие несчастного случая: а) который не связан с эксплуатацией железнодорожного транспорта и функционированием железной дороги и который невозможно было избежать или предотвратить; или б) который полностью или частично вызван виной самого пассажира; либо в) который причинен действиями третьих лиц, не могущими быть предотвращенными или преодоленными железной дорогой. За повреждения или утрату зарегистрированного багажа, а также просрочку в доставке, причиненные перевозчиком, железная дорога несет ответственность во всех случаях, если не докажет, что данный вред возник вследствие одной из нижеперечисленных причин: 1) вины самого пассажира; 2) указаний, данных пассажиром; 3) характера багажа; 4) обстоятельств непреодолимой силы; 5) особых рисков, связанных с ненадлежащей или отсутствующей упаковкой, 6) особыми свойствами багажа; 7) перевозкой в составе зарегистрированного багажа неразрешенных предметов (ст. 3, 4, 5 и 35 (2) и (3) КОТИФ - СИВ).

Конвенция содержит несколько коллизионных норм, отсылающих регулирование к праву страны отправления груза, страны назначения и страны следования. Закрепленная в ее ст. 54 коллизионная норма, применяемая при отсутствии специальных положений, понимается большинством исследователей как отсылающая к закону суда.

Предел ответственности варьируется в зависимости от характера вреда. Так, в случае смерти или причинения увечья лицу ст. 30 КОТИФ — СИВ ответственность железной дороги определена в размере 70 000 СДР, для утраты или повреждения багажа — 700 СДР (ст. 31 КОТИФ — СИВ). Железная дорога не вправе ссылаться на пределы ответственности, если вред был вызван грубой неосторожностью или умыслом. Тем не менее в случае грубой неосторожности

ответственность по повреждению багажа ограничивается двукратным размером обычно принятых сумм.

Право заявления требований к железной дороге утрачивает силу, если лицо в течение трех месяцев не уведомляет перевозчика о случаях смерти или причинения увечья пассажиру. При повреждении, утрате или несвоевременной доставке багажа требования должны быть заявлены в таком же порядке, что и по СИМ. Аналогичным образом, как и в КОТИФ — СИМ, в рассматриваемом соглашении определяется его сфера действия и квалификация перевозки; для применения СИВ необходимо, чтобы перевозка железнодорожным транспортом осуществлялась на основании международного транспортного документа.

В КОТИФ участвуют около 40 государств Европы, Азии и некоторые страны Северной Африки. Россия (ранее СССР) в Бернских конвенциях (КОТИФ — СИМ, КОТИФ — СИВ) не участвует. Тем не менее категории, требования, критерии, инструкции и т.п., предусмотренные ими, применялись и продолжают использоваться в России и других странах, не участвующих в данных актах (см., например, Транспортный устав железных дорог Российской Федерации от 8 января 1998 г.). Кроме того, в ряде случаев действующие для РФ международные договоры в области международного грузового и пассажирского сообщения учитывают правила, характерные для Бернских конвенций, и выдержаны в духе общепринятой практики (таково Соглашение СССР — Финляндия, сохранившее свое юридическое значение для РФ).

В целях недопущения правового вакуума СССР и отдельные страны Европы (кроме Югославии, которая имеет в этой области двусторонние соглашения с рядом государств) и Азии заключили два международных многосторонних договора в области транспорта: Соглашение о международном грузовом сообщении (СМГС) и Соглашение о международном пассажирском сообщении (СМПС). Заключение договоров перевозки груза, пассажиров и багажа в рамках названных соглашений осуществляется на основе накладной по предписанной форме и билета, а также плацкарты (проездного документа) для проезда в спальном вагоне и провоза бесплатно 35 кг ручной клади. Багаж сверх указанного веса перевозится по багажной квитанции.

Провозная плата взимается с грузовладельцев согласно внутренним тарифам дорог страны отправления и назначения, при следовании транзитом — в соответствии с согласованными транзитными тарифами. Применяются ставки Международного транзитного тарифа (МТТ), размеры которых установлены в швейцарских франках. В Соглашении определены сроки доставки груза. Ответственность перевозчика наступает вследствие его вины, которая доказывается грузовладельцем и определяется действительной стоимостью груза, указанной в счете поставщика, или объявленной в железнодорожной накладной его ценностью. Несохранность груза подтверждается коммерческим актом, составленным по правилам, предусмотренным в Соглашении.

Иски к железным дорогам предъявляются в суде с предварительным сообщением претензии перевозчику. Для заявления претензий действует девятимесячный срок, по требованиям о несвоевременной доставке — двухмесячный. Претензии должны быть рассмотрены в течение 180 дней, на которые приостанавливается срок исковой давности.

Соглашение содержит коллизионные нормы, отсылающие регулирование к праву страны отправления, страны назначения и страны следования. В качестве общей нормы, которой, как указывают специалисты, необходимо руководствоваться при пробельности регулирования СМГС, должно трактоваться правило, отсылающее к законам дороги следования груза и

предписывающее применять именно постановления, существующие во внутреннем законодательстве «данной страны», т.е. государства, на дорогах которого были обнаружены определенные обстоятельства (ст. 35 СМГС).

Ответственность железных дорог за несохранность и несвоевременную доставку багажа аналогична требованиям по перевозке грузов. Установлен общий претензионный порядок заявления в течение шестимесячного срока требований к перевозчику. Так же, как и в СМГС, в Соглашении о международных пассажирских перевозках имеется ряд коллизионных правил: общая коллизионная норма (ст. 46), идентичная той, которая содержится в ст. 35 СМГС, и специальные принципы, прикрепляющие регулирование к закону страны отправления или назначения.

Ввиду того что многие государства не участвуют в Бернской конвенции (КОТИФ — СИМ) и, следовательно, у них нет возможности осуществить прямую перевозку груза из одной страны в другую на основе какого-либо одного международного договора, наличие названных групп соглашений позволяет перевозить грузы по дорогам входящих в эти договоры государств на основании двух юридически самостоятельных, но связанных гражданско-правовых договоров перевозки соответственно по правилам в одном случае СИМ, в других — СМГС. Например, при транспортировке внешнеторговых грузов из Корейской Народно-Демократической Республики (страны СМГС) во Францию (страну СИМ) выписывается накладная СМГС в адрес выходной пограничной станции последней страны СМГС (в данном случае Польши) с указанием конечного грузополучателя во Франции. По получении груза указанная в накладной пограничная станция оформляет накладную МГК с проставлением в ней французского получателя груза. В случаях обратного следования грузов применяется противоположный порядок оформления железнодорожных накладных. При этом, если груз перевозится по дорогам стран—участниц СМГС, соблюдаются условия и процедуры, предусмотренные этим соглашением, по дорогам СИМ — действуют нормы Бернских документов. Кроме того, возможно и обращение к положениям, содержащимся в двусторонних договорах о международном грузовом и пассажирском сообщении. Такие договоры Российская Федерация имеет сейчас со многими европейскими и азиатскими государствами, прежде всего со странами СНГ.

Большой удельный вес в международно-правовых документах с названными и иными странами занимают, как было отмечено выше, организационные соглашения, к тому же двустороннего характера. Среди многосторонних документов следует назвать Соглашение о разделении инвентарных парков грузовых вагонов и контейнеров бывшего МПС СССР и их дальнейшем совместном использовании от 22 января 1993 г., Соглашение о совместном использовании грузовых вагонов и контейнеров от 12 марта 1993 г., Соглашение о сотрудничестве в области технического переоснащения и обновления железнодорожного подвижного состава от 9 сентября 1994 г.

***Международные перевозки автомобильным транспортом.*** В области автомобильных перевозок и вообще функционирования автомобильного транспорта в международном масштабе крайне важно наличие единообразных правил и норм, определяющих правила дорожного движения, оформления путевых и сопроводительных документов, осуществления таможенных процедур, унифицированных требований к условиям и пределам гражданской ответственности владельцев транспортных средств и т.д.

В некоторых из обозначенных областей действуют международные договоры, в ряде из которых участвует Российская Федерация. В 1949 г. были

разработаны Конвенция о дорожном движении и Протокол о дорожных знаках, пересмотренные в 1968 г. В рамках Европейской Экономической Комиссии ООН в Женеве разработано и открыто для подписания Европейское соглашение о международных автомагистралях от 15 ноября 1975 г., устанавливающее международную сеть дорог «Е» и предусматривающее в этой связи новые дорожные знаки международных дорог «Е». В 1959 г. была заключена Таможенная конвенция о международных перевозках грузов с применением книжки (карнеты) МДП («международная дорожная перевозка», сокращенно TIR — от фр. «transport international routier»). В 1975 г. в Женеве принята новая редакция Конвенции, вступившая в силу в 1978 г. (Конвенция МДП). СССР (затем Россия) — участники Конвенции ТИР. Она предусматривает, что в стране отправления груза составляется особый таможенный документ — карнета МДП, наличие которой освобождает груз от таможенного досмотра в странах следования (не больше четырех), а также оплаты ввозных и вывозных пошлин.

Аналогично тому, как это имеет место в железнодорожной перевозке, для автомобильной перевозки грузов и перевозки пассажиров и багажа соответственно существуют два различных международных соглашения: Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов 1956 г. (сокращенно ЦМР, лат. аббревиатура — CMR), подписанная в Женеве 19 мая 1956 г., к которой СССР присоединился в 1983 г. (вступила для него в силу с 1 августа 1986 г.). В отечественной литературе эта Конвенция часто именуется сокращенно — КДПГ. Она продолжает свое действие и для Российской Федерации.

Вторым соглашением является Конвенция о договорах международной автомобильной перевозки пассажиров и багажа (ЦВР, лат. аббревиатура — CVR) от 1 марта 1973 г., также заключенная в Женеве. Этот документ посвящен в основном определению ответственности перевозчика. Конвенция не получила, однако, необходимого международного одобрения, не вступила в силу и вряд ли когда-либо будет действовать. В подобных обстоятельствах договоры международной перевозки пассажиров и багажа во многих европейских странах регулируются их национальным правом, а также законом, избранным в силу коллизионных норм Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам.

Конвенция же о договорах международной перевозки грузов, напротив, собрала весьма широкий круг участников. Дополненная Протоколом от 5 июля 1978 г. в части изменения единицы измерения материальной ответственности перевозчика и перехода с золотого франка на СДР, она предусматривает детальное регулирование, касающееся требований, вытекающих из исполнения договора грузовой перевозки автомобильным транспортом. Данные материально-правовые нормы, относящиеся как к договорной, так и внедоговорной ответственности, представляют собой императивные положения. Перевозчик отвечает за безопасную и своевременную доставку грузов. Транспортное средство должно быть соответствующим и приспособлено для целей перевозки (п. 1 и 3 ст. 17). В случае полной или частичной утраты или повреждения груза в течение транспортировки, а также несвоевременной его доставки вина перевозчика презюмируется. Тем не менее он может представить доказательства своей невиновности в оговоренных Конвенцией случаях, таких, как виновное поведение или небрежные действия заявителя, инструкции, полученные от заявителя, непреодолимая сила и др. (п. 2, 4 ст. 17).

В принципе обстоятельства, позволяющие перевозчику освободить себя от

ответственности за указанные упущения в исполнении перевозки, идентичны тем, которые поименованы в Конвенции СИМ, в том числе и особые риски. Предел ответственности дорожного перевозчика первоначально был установлен в 25 франков Пуанкаре за 1 кг веса брутто. Затем в результате подписания в 1978 г. Женевского протокола франк был заменен на эквивалент в СДР (8,33 СДР). В случаях просроченной доставки ущерб ограничивается суммой провозной платы. Если имеют место умышленные действия со стороны перевозчика, ответственность носит неограниченный характер. Срок исковой давности по требованиям, связанным с автодорожной перевозкой, — один год с момента выдачи груза. Претензионное производство не предусмотрено. В случае грубой вины перевозчика срок предъявления требования — три года.

В рамках СЭВ в свое время в Берлине было подписано Соглашение об общих условиях выполнения международных пассажирских перевозок автобусами от 5 декабря 1970 г. «Международной перевозкой», определяет оно, считается такая перевозка пассажиров автобусами, которая осуществляется хотя бы через одну государственную границу; международной перевозкой считается также проезд автобуса порожняком перед или после выполнения международной перевозки (§ 1). На основе Общих условий международные перевозки могут выполняться только перевозчиками с местонахождением на территории одной из договаривающихся сторон и автобусами, зарегистрированными на этой территории (§ 2). Основная коллизионная норма предусматривает, что вопросы, вытекающие из договора перевозки и не урегулированные Соглашением, разрешаются в соответствии с законодательством государства перевозчика (п. 2 ст. 11), а вопросы, не урегулированные соглашением и связанные с осуществлением международной перевозки пассажиров автобусами по территории другой договаривающейся стороны, разрешаются в соответствии с действующим на этой территории законодательством (п. 1 ст. 11).

Наличие многосторонних международных договоров не мешает государствам использовать в своем сотрудничестве в области автомобильного транспорта и двусторонние инструменты. Так, 27 октября 1995 г. между правительством РФ и Правительством Финляндской Республики было подписано Соглашение о международном автомобильном сообщении, ратифицированное Федеральным законом РФ от 25 октября 1999 г.

**Морские перевозки.** Договор морской перевозки есть один из старейших институтов права международной торговли и соответственно международного частного права. С этим связываются сложность и разнообразие режимов регулирования международных перевозок морскими видами транспорта, а также богатство соответствующего правового материала. Думается, не случайно и то, что в юридической литературе выдвигались соответствующие предложения о выделении в рамках МЧП особой подотрасли — международного частного морского права.

Несмотря на то что в анализируемой сфере действует немало многосторонних международных соглашений, имеются здесь и области, в которых гражданско-правовые отношения не подверглись урегулированию международно-правовыми средствами. Вследствие этого весьма обширен круг вопросов, которые подчинены национальному праву отдельных государств, причем определяемому с помощью коллизионных норм. Кроме того, именно в международной перевозке морем большой удельный вес занимают правила, имеющие обычно-правовое происхождение, будь то национальные или международные. К первым относятся обычаи морских портов, фиксируемые или самими морскими портами, или национальными торговыми палатами,



другими объединениями, например страховщиков, владельцев фрахта и т.д. Вторые обобщаются и публикуются международными организациями в области морского транспорта (например, БИМКО — Балтийской морской конференции, ММК — Международным морским комитетом).

Международная морская перевозка может быть осуществлена как с предоставлением морскому перевозчику всего судна либо определенной его части или некоторых его помещений, так и без такового, вследствие чего перевозка оформляется коносаментом. В первом же варианте имеет место перевозка на условиях чартера — специального внешнеторгового договора, содержащего многочисленные условия разнообразного плана: о предоставлении судна, порядке его подачи, расчетах по фрахту, оформлении коносаментов, ответственности фрахтовщика, характере перевозимого груза и пр.

В числе международных договоров, обладающих значительной известностью, широтой участия и стабильностью применения, выступает Брюссельская конвенция от 25 августа 1924 г. об унификации некоторых правил о коносаменте, вступившая в силу со 2 июня 1931 г., более известная как «Гаагские правила». Она привела к единообразию морское право, относящееся к коносаменту, практически всех ведущих морских держав (насчитывают свыше 70 ратификаций), в том числе США и Великобритании. СССР в Брюссельской конвенции не участвовал, хотя его Кодекс торгового мореплавания 1968 г., действовавший до принятия в 1999 г. КТМ РФ, также содержал совпадающее с нормами правил регулирование.

Брюссельская конвенция распространяется исключительно на договоры перевозки, удостоверенные коносаментом или любым подобным ему документом, который является основанием для морской перевозки грузов, выданным в стране—участнице Конвенции. Следует заметить, что в тексте Конвенции особо подчеркивается возможность ее применения при перевозке по договору чартера, если в ходе ее выдается коносамент. В этом случае для коносамента, регулирующего отношения между его держателем и перевозчиком, будут действовать предусмотренные конвенционные условия (ст. 1).

Конвенция определяет регулирование по трем основным направлениям: права, обязанности и ответственность перевозчика, формальные требования и содержание реквизитов коносамента, правила предъявления требований к перевозчику. Так, основной обязанностью перевозчика является приведение судна в мореходное состояние, надлежащее его укомплектование и снаряжение, приспособление оборудования судна для обеспечения перевозки грузов, а также их погрузка, раскладка, складирование, разгрузка и хранение в процессе морской транспортировки. Перевозчик, агент или капитан судна обязаны выдать отправителю коносамент, содержащий следующие данные: основные марки, необходимые для идентификации груза, как они сообщены отправителем, — перед тем как началась погрузка эти марки должны быть нанесены штампом или ясно указаны иным способом на грузах (упаковке); число мест или предметов либо количество или вес, внешний вид и видимое состояние груза (ст. 3). Если груз принят перевозчиком (капитаном) по качеству и количеству совпадающим с указанным, выдается «чистый коносамент». При наличии соответствующих расхождений на коносаменте делаются пометки.

В решении МАК от 23 сентября 1981 г. по иску французской фирмы «Жан Плант» к Черноморскому морскому пароходству констатировалось, что оговорка в коносаменте: «вес и объем груза перевозчиком не проверялся» — является правомерной на

основании ст. 124 КТМ СССР, если у перевозчика действительно не имелось разумной возможности проверить данные отправителя. Суть обстоятельств дела заключалась в следующем. На теплоходе «Балашиха», принадлежащем Черноморскому морскому пароходству, из Манилы в Казн (Франция) перевозились планки филиппинского красного дерева в количестве 384 связок по коносаментам №№ 26-30 от 6 марта 1979 г. В порту выгрузки аварийный комиссар при получении груза провел экспертизу и установил, что практически половина груза рассыпана в результате разрыва связок, отдельные планки с маркировкой смешаны, а также выявил недостачу груза в размере 5574 м<sup>3</sup> стоимостью 1978,77 долл. США. Расходы по пересортице и восстановлению связок составили 796,52 долл., расходы по экспертизе — 109,20 долл. США. Ответчик иска не признал, указав, что он основан на коносаменте, в которых в отношении объемов груза имелись оговорки: «вес отправителя», «погрузка, счет и обмеры отправителя». За сохранность, образование трещин, обесцвечивание, смешение марок и т.д. судно не отвечает. По мнению ответчика, недостачу груза можно было объяснить только тем, что истец указал неверные данные по объему груза. МАК признала правомерность внесения оговорки в коносамент с учетом требований ст. 124 КТМ, и именно того, что у перевозчика действительно не имелось реальной возможности проверить данные отправителя, поскольку для этого необходимы специальные знания и профессиональный опыт, чем не располагал экипаж судна. Наличие такой оговорки означает, что данные о количестве груза являются односторонне объявленными отправителем и не подтверждены перевозчиком. И пока лицо, ссылающееся на эти данные, не представит, ввиду оговорки, доказательств их истинности, перевозчик не считается несущим ответственность за недостачу. Истец по делу не представил подобного рода доказательств, вследствие чего арбитраж не счел возможным возложить вину за недостачу груза на перевозчика.

В то же время было признано, что такая оговорка не освобождает судно от обязанности по надлежащему хранению и складированию груза. Между тем связки планок порвались, груз был навалом рассыпан в трюме, что повлекло ухудшение его качества. Речь шла, таким образом, о повреждениях груза, за которое перевозчик отвечал по правилам ст. 160 КТМ СССР.

В силу конвенционных положений считается, что отправитель гарантировал перевозчику на момент погрузки точность марок, числа мест, количества и веса груза, как они им указаны, и отправитель обязан возместить ему все потери, расходы и убытки, возникшие вследствие неточности этих данных (п. 5 ст. 3). Выдача грузов в порту выгрузки лицу, которому они должны быть сданы по договору перевозки, без письменного уведомления перевозчика или агента об их утрате или повреждении создает презумпцию их сдачи в соответствии с тем, как они описаны в коносаменте. Если потери или убытки не очевидны, уведомление должно быть представлено перевозчику в течение трех дней. Письменное уведомление не требуется, если груз принимался в порту выгрузки совместно отправителем (его агентом) и перевозчиком (его агентом). Однако

это не лишает права на иск. Перевозчик и судно освобождаются от ответственности, если иск не предъявлен в течение года, исчисляемого от даты сдачи грузов или от даты, когда они должны были быть сданы.

Объем ответственности морского перевозчика по Брюссельской конвенции значительно сужается благодаря достаточно многочисленному перечню исключений, в который входят: действия самого отправителя или его уполномоченных, недостатки упаковки, скрытые дефекты груза, риски или случайности на море, непреодолимая сила, лоцманская, навигационная ошибка или ошибка капитана и других служащих, управляющих судном, действия по спасанию на море жизни или имущества третьих лиц, а также ряд других действий, событий и обстоятельств, составляющих форс-мажор (военные операции, гражданские беспорядки, локауты, забастовки и т.д.) (ст. 4). Ответственность перевозчика составляла 100 золотых фунтов стерлингов за место или единицу груза, если стоимость его не была оговорена отправителем.

В 1968 г. к Брюссельской конвенции был подписан Протокол, который расширил сферу ее действия, ввел поправки в установление предела ответственности морского перевозчика и порядок заявления к нему требований (документ получил название «Правила Висби»). Так, предел ответственности был существенно поднят — до 10 000 золотых франков или 30 франков за 1 кг, в зависимости от того, какая величина будет, больше (ст. 2 Протокола); к лицам, осуществляющим действия по управлению судном, добавлены служащие перевозчика. «Правила Висби» стали применяться также к внедоговорным требованиям. В 1979 г. «Правила Висби» были изменены Протоколом (вступил в силу 14 февраля 1984 г.), в результате чего единица возмещения из золотого франка была переведена в СДР и составила соответственно 66 667 СДР и 2 СДР.

Ввиду того что не все государства Брюссельской конвенции присоединились или ратифицировали более поздние протоколы, изменяющие ее (например, «Правила Висби» были одобрены только 20 государствами, в числе которых не было США, а Брюссельский протокол от 21 декабря 1979 г. по введению СДР на момент вступления его в силу был ратифицирован 15 государствами), создается несколько режимов правового регулирования международной морской перевозки, о которых упоминалось в начале раздела.

Очередным документом, создавшим еще один такой режим, является Конвенция Организации Объединенных Наций о морской перевозке грузов, подписанная в Гамбурге 31 марта 1978 г. и вступившая в силу 1 ноября 1992 г. (обычно именуемая «Гамбургскими правилами»). Российская Федерация в ней не участвует, хотя в последние годы и в литературе, и практическими работниками поднимался вопрос о целесообразности для России вступления в нее.

«Гамбургские правила» применяются к договорным и внедоговорным требованиям, вытекающим из международной перевозки грузов вне зависимости от того, выдан коносамент на перевозку или нет. В этом плане она действует во всех случаях, когда либо порт погрузки либо порт назначения по договору перевозки находится в договаривающихся государствах. Конвенция применяется к перевозке животных и палубных грузов.

Согласно правилам, содержащимся в Гамбургской конвенции, перевозчик отвечает за убытки, возникшие вследствие утраты или повреждения груза либо просрочки в их доставке. В дополнение к «юридическому» перевозчику фактический перевозчик также несет ответственность. По сравнению с «Гаагскими правилами», «Правилами Висби», ответственность перевозчика по «Гамбургским правилам» имеет более строгий характер. Перевозчик несет

ответственность за груз с момента, когда он оказался на его попечении. Нормы об ответственности императивны. Во-первых, отменено правило об освобождении от ответственности перевозчика в связи с навигационной ошибкой. Во-вторых, перечень оснований, исключающих его вину, намного уже. Перевозчик должен доказать, что он и его служащие, а также представители (агенты) предприняли все разумные усилия и меры, чтобы избежать событий, приведших к ущербу. Перевозчик не отвечает за пожар на судне, если только последний не вызван его виновными действиями. Бремя доказывания в подобной ситуации лежит на лице, ссылающемся на вину перевозчика. Освобождение перевозчика от ответственности возможно также в случае общей аварии и спасания жизней людей и имущества на море.

Предел ответственности установлен фиксированно — за одно упаковочное место или за 1 кг веса поврежденного или утраченного груза, в зависимости от того, что составляет большую величину, и определен в СДР (835 СДР за одно место или единицу груза, или 2,5 СДР за 1 кг). Перевозчик не вправе ссылаться на ограничение ответственности, если ущерб причинен его собственным умышленным неправомерным поведением. Срок исковой давности — два года.

Существенная отличительная черта нововведений, внесенных «Гамбургскими правилами», которые показывают несомненное их достоинство, — формулирование подробных правил о порядке заявления требований к перевозчику (часть V). Это тем более важно, что с помощью выработанных Конвенцией унифицированных положений становится возможным устранение неясностей, нередко возникающих во взаимоотношениях между грузовладельцами и транспортными компаниями в случаях предъявления претензий по сохранности грузов и иных требований, которые обусловлены различиями в праве ряда государств.

В так называемом частном морском праве особое место занимают гражданско-правовые отношения, связанные с общей аварией. Этот институт является старейшим и в силу органически присущих ему особенностей одним из важнейших. Унификации положений, касающихся общей аварии, посвящен специальный документ — Йорк-Антверпенские правила, принятые ММК. В российском законодательстве обычно-правовые нормы, лежащие в основе этих правил, отражены в КТМ СССР 1968 г. (гл. XIII), а ныне в КТМ Российской Федерации 1999 г. (гл. XVI) специально устанавливается, что в случаях, если это не предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты подлежащего применению закона при определении рода аварии, определением размеров общеаварийных убытков, и их распределении, применяются Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие международные обычаи торгового мореплавания (ст. 285).

Нормы, касающиеся морской перевозки пассажиров, также подверглись унификации во второй половине XX столетия, в результате чего 13 декабря 1974 г. была подписана Афинская конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа, вступившая в силу 28 апреля 1987 г. Конвенция действует для России как продолжательницы договоров СССР (с 1983 г.). В ней установлен предел ответственности перевозчика в размере 46 666 СДР в случаях причинения смерти или нанесения вреда здоровью пассажира (первоначально 700 000 золотых франков), 833 СДР при повреждении или утрате багажа, а также 3 333 СДР в случаях утраты или повреждения автомобиля (в редакции Лондонского протокола к Конвенции, подписанного 19 ноября 1976 г., который вступил в силу 30 апреля 1989 г.). Вина или небрежность перевозчика, его служащих или агентов, действовавших в пределах их служебных обязанностей,

предполагается, поскольку не доказано обратное, если смерть лица или телесные повреждения произошли в результате кораблекрушения, столкновения, посадки на мель, взрыва или пожара либо были вызваны недостатками судна (ст. 3). В отношении утраты или повреждения багажа такая вина предполагается, пока не доказано противоположное, независимо от характера происшествия. Указанные презумпции могут быть опровергнуты доказательством иного со стороны перевозчика. Однако во всех других случаях бремя доказывания вины или небрежности лежит на истце.

Сфера действия Конвенции определена следующим образом. Она применяется к любой международной перевозке, если: а) судно плавает под флагом договаривающегося государства или зарегистрировано в нем; б) договор перевозки заключен в договаривающемся государстве; в) место отправления или назначения в соответствии с договором перевозки находится в государстве — стороне Конвенции. Срок исковой давности по Афинской конвенции также определен в два года.

Помимо названных международных соглашений сегодня можно говорить о достаточно представительном списке конвенций, составляющих унификацию морского права, получивших признание со стороны большого числа государств. Среди них: конвенции о столкновении судов 1910 г. (участвует свыше 70 государств), о спасании 1910 и 1989 гг. (к Конвенции 1910 г. присоединилось свыше 75 государств-участников), о гражданской юрисдикции по делам о столкновении судов 1952 г. (участвует более 50 государств), об аресте судов (свыше 50 государств) и др.

В последнее время активизировалось участие Российской Федерации в морских конвенциях, посвященных самым различным вопросам. В частности, 17 декабря 1998 г. РФ присоединилась к Международной конвенции о морских залогах и ипотечках 1993 г., а также ратифицировала Конвенцию о спасании 1989 г.; 6 января 1999 г. Россия присоединилась к Конвенции об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов, от 10 мая 1952 г.

Одной из практически распространенных форм доставки грузов морским транспортом являются регулярные или линейные перевозки, осуществляемые на основе межправительственных соглашений об организации постоянных линий, а большей частью в рамках гражданско-правовых соглашений между крупными судовладельческими компаниями. Отношения, возникающие из такого рода перевозок, в 1974 г. также подверглись урегулированию в международно-правовом масштабе. По инициативе развивающихся стран, в наибольшей степени страдавших от доминирующего положения на фрахтовых рынках объединений из ведущих капиталистических государств, которые монопольно устанавливали условия ведения бизнеса, предлагая разработанные ими проформы, содержащие благоприятные для судовладельцев правила перевозки, был подписан многосторонний международный договор — Кодекс поведения линейных конференций, направленный на создание равных условий для грузовладельцев и перевозчиков, исключая дискриминацию и ущемление интересов какой-либо из сторон. СССР присоединился к соглашению, которое вступило в силу в октябре 1983 г.

В морском праве, как и в других областях, связанных с международной торговлей, имеются документы, опосредствующие негосударственное регулирование, которые, хотя и не имеют нормативного характера, однако обладают значительным авторитетом как рекомендательные предписания. К таковым относятся, например, разработанные БИМКО, ММК, Федерацией национальных ассоциаций судовых брокеров и агентов (ФОНАСБА), а также

Генеральным советом британского судоходства «Определения, используемые в чартерах, терминов, относящихся к стадии» 1980 г., предлагающие единообразное толкование ряда терминов, используемых в договорах морской перевозки.

**Смешанные перевозки.** Изложение видов международных перевозок, основанное на способах транспортировки, т.е. видах транспорта, посредством которого они осуществляются, не дает полного ответа на поставленный вопрос, так как оставляет в стороне ситуации, когда перевозка реализуется несколькими видами транспорта. Например, контейнерный груз необходимо перевезти из Чикаго (США) в Льеж (Бельгия). Естественно, можно воспользоваться одним видом транспорта — самолетом — и перевезти груз сразу из места отправки к месту назначения. Однако стоимость такой транспортировки может оказаться настолько высокой, что не оправдывает экономических интересов грузоотправителей. Это сделает ее коммерчески, а значит, и практически неосуществимой. В то же время вполне реально разбить перевозку на составные части: Чикаго — Нью-Йорк (по внутреннему водному пути), Нью-Йорк — Роттердам (посредством международной морской перевозки), Роттердам — Льеж (международная автодорожная перевозка). Грузоотправитель или его экспедитор могут заключить несколько договоров перевозки с каждым из контрагентов по приведенным видам перевозки для того, чтобы обеспечить транспортировку товара из Чикаго в Льеж. Вместе с тем в правовом отношении не существует никаких препятствий для объединения всех стадий в один контракт. При этом, правда, возникнет некий коллизионный вопрос, а именно: какое право должно будет применяться к той или иной части перевозки? Одним из вариантов выступает единая (на основе единообразного регулирования) система ответственности с соответствующе избранным коллизионным принципом.

Таким образом, существуют также и комбинированные перевозки, сочетающие в себе использование различных видов транспорта. В современной практике подобный тип перевозки обрел собственный статус отдельной категории, именуемой «смешанной перевозкой». В этом отношении, поскольку на настоящем этапе не существует универсально действующего международного соглашения в области смешанной перевозки, должен быть применен национальный правопорядок соответствующего государства или использованы коллизионные нормы Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам.

В разные периоды исторического развития европейских и иных стран имелись различные международные договоры, в той или иной степени относящиеся к смешанной перевозке. Так, в 1959 г. заключено Соглашение о международном прямом смешанном железнодорожно-водном грузовом сообщении (МЖВС), которое вступило в силу 2 августа 1960 г., в том числе и для России как продолжателя договоров СССР. В нем участвовали: Болгария, Венгрия, ГДР, Польша, Румыния, СССР и ЧССР. Соглашение устанавливает прямое железнодорожно-водное сообщение по дорогам стран-участниц и по реке Дунаю в пределах этих стран.

В Женеве 24 мая 1980 г. заключена Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов, в которой Россия не участвует. Для ее вступления в силу требуется 30 ратификаций или подписаний без оговорок о ратификации, принятии или утверждении (ст. 36), что ставит под сомнение возможность его осуществления. Согласно ей, понятие «международная смешанная перевозка» означает перевозку грузов по меньшей мере двумя

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 (ст. 1).

В ряде случаев возможно обращение к «отраслевым» конвенциям в отношении договоров смешанной перевозки грузов. В частности, практике известны ситуации, когда, например, Женевская конвенция о дорожной перевозке грузов 1956 г. применялась к договору комбинированной перевозки, каким бы ни был дополнительный элемент, представляющий железнодорожную, морскую, воздушную или речную перевозку. Так, решением Верховного суда Нидерландов от 29 июня 1990 г. было признано, в частности, что хотя Конвенция посвящена автодорожной перевозке, однако, если такой «иной» элемент имеет место в ходе осуществления транспортировки, согласно положениям КДПГ и при условии, что груз не перегружается с транспортного средства (особенно часто подобное происходит при перевозке с участием судов «ро—ро»), применение Конвенции правомерно.

Наряду с этим важно подчеркнуть, что применение Конвенции возможно при условии, если данный «посторонний» элемент не подчиняется действию императивных норм других соглашений или предписаний национального права. В упомянутом решении голландского суда обращение к КДПГ стало реальным вследствие того, что морская перевозка груза, помещенного на грузовик, транспортировавшийся на пароме из Гетеборга (Швеция) в Роттердам (Голландия), осуществлялась не по коносаменту, а по чартеру, ввиду чего ни «Гаагские правила», ни «Правила Висби» не имели императивного действия.

#### § 4. Договор мены

Договор мены принадлежит к одному из древнейших видов оформления гражданско-правовых отношений. Вместе с тем в современную эпоху он пережил своеобразный «ренессанс» и сегодня сфера его применения необычайно расширилась. Особенно активно он стал использоваться в последние десятилетия, к тому же не только в области товарообменных операций, но и валютных отношений, ценных бумаг и т.д., в связи с чем представляется целесообразным рассмотреть этот вопрос отдельно. Применительно к сфере товарного обмена данный договорный вид распространен во встречной, а также приграничной торговле. Однако следует при этом иметь в виду и некоторые специфические особенности последней.

Операции, включаемые во встречную торговлю, весьма отличаются друг от друга. Среди них наиболее характерны: товарообменные — бартерные — сделки, встречные закупки и встречные поставки, существующие как составные части промышленно-производственного сотрудничества. Классический пример встречной поставки составляют компенсационные сделки. В современной отечественной литературе и практике под компенсационными соглашениями, являющимися частью производственно-экономического сотрудничества, понимается предоставление (по большей части в кредит) машин, оборудования, материалов, технологии и услуг для сооружения или оснащения промышленных и иных объектов и корреспондирующих этому поставок продукции, которая производится или добывается на таких предприятиях, в погашение

задолженности. Элементы указанных операций весьма часто присутствуют в международных экономических связях, обусловленных процессами хозяйственной (производственной) кооперации гражданско-правовых субъектов различных стран, а также в инвестиционных отношениях, при создании предприятий с участием иностранных лиц.

Некоторые представители зарубежной науки МЧП компенсационные сделки, договоры о встречных поставках (контрпоставках, по их терминологии) относят к бартерным сделкам без каких бы то ни было оговорок. Отличительной чертой договора о встречных поставках в этом случае считают то, что «обе стороны выступают одновременно в роли как покупателя, так и продавца, когда одна сторона поставляет определенный товар по установленной цене, а от своего партнера получает (покупает) в качестве компенсации другой товар по оговоренной цене. Возможная разница в стоимости поставленных товаров оплачивается наличными».

Несмотря на то что компенсационные сделки и сделки по встречной закупке имеют общие черты с бартерными сделками, представляется, что они образуют более сложную комбинацию договорных видов (комплексный договор), нежели бартер, особенно если речь идет о компенсационных сделках, основывающихся на межправительственных соглашениях. В этом случае положения о предоставлении кредита, формах расчетов и платежах, количестве товара и другие торговые и платежные соглашения, заключенные государствами, должны получить отражение в соответствующих условиях гражданско-правовых контрактов, которые в результате закономерно будут включать в себя не только элементы простого договорного вида — мены, но и иных договоров.

В сфере международных экономических отношений гражданско-правового характера товарообменные операции большей частью именуется бартерными операциями, или бартерными сделками, в то время как в отечественном внутрихозяйственном обороте подобные отношения урегулированы, в частности в ГК РФ, посредством договора мены. Данный термин представляет собой неологизм, заимствование из английского языка: «barter» — договор мены, товарообменная операция. Таким образом, по своей юридической природе бартер является договором мены. В то же время нельзя не обратить внимания на некоторые детали, привносящие отличия, которые касаются, правда, в основном юридической техники. В частности, бартерный договор, как правило, рождает для обеих сторон отношение, в ходе которого исполнение ими обязательств имеет протяженность во времени. Договор же мены исполняется по большей части, по крайней мере для одного из партнеров, единовременно. В течение обусловленного договором срока обмена товарами их стоимость в зависимости от количества и качества заранее установлена и взаимно засчитывается контрагентами, будучи как бы расчленена на части (доли). Реальные платежи в каких-либо денежных единицах в расчетах между сторонами, по существу, отсутствуют, что составляет немаловажное преимущество договора мены (бартера) перед договором купли-продажи (поставки) товаров.

Расширение круга субъектов внешнеэкономических связей закономерно обусловило актуализацию и самого понятия, и практику применения данного договорного вида. Первые этапы осуществления либерализации внешней торговли и внешнеэкономических связей в СССР, а затем и РФ, объективно сопровождалось повышением роли товарообменных операций, поскольку сказывалось прежде всего отсутствие опыта во внешнеторговой сфере, т.е. международной купле-продаже. Бартерные операции внешне представлялись



более понятными и легкими для реализации. Кроме того, нехватка свободно конвертируемой валюты бесспорно диктовала необходимость использования таких форм внешнеторговой деятельности, при которых расходование валютных средств было бы минимизировано. Бартерные операции такие возможности предоставляют. Процесс «бартеризации» внешней торговли страны привел в этот период к возникновению ряда негативных явлений, среди которых существенными были утечка остродефицитных товаров и материалов, неэквивалентный обмен и, как следствие, нарушение пропорций в структуре внешних экономических связей государства, а также прямые валютные и материальные потери, вызванные как демпинговыми (имея в виду отечественных контрагентов), так и завышенными ценами (что активно практиковалось зарубежными партнерами) и другими факторами. Все это обусловило введение в режим правового регулирования бартерных сделок соответствующих жестких ограничений. В ряде случаев субъекты внешнеэкономических отношений были уполномочены на проведение бартерных операций особыми разрешениями правительства либо практически каждая бартерная сделка требовала разрешения соответствующих государственных органов. В последующие годы ограничения данного договорного вида производились не путем использования прямых запретов или введения каких-либо дополнительных условий для их осуществления, а посредством тарифного регулирования. С принятием закона РФ «О таможенном тарифе» от 23 мая 1993 г. наметился возврат к нетарифному регулированию бартерных отношений.

В настоящее время, помимо общих гражданско-правовых норм, содержащихся в ГК РФ и Законе о государственном регулировании внешнеторговой деятельности от 13 октября 1995 г., актами, применяемыми для специальной регламентации отношений по бартерным сделкам, являются указ Президента РФ от 18 августа 1996 г. «О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок» и постановление Правительства РФ от 31 октября 1996 г. «О мерах по государственному регулированию внешнеторговых бартерных сделок», на основании которых определены требования к их совершению и разработан особый порядок выдачи разрешений на проведение отдельных бартерных операций, предоставляемых МВЭС (ныне — Министерством торговли и развития РФ).

Так, в соответствии с указом Президента РФ № 1209 «О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок» необходимо оформление паспорта бартерной сделки, что распространяется, между прочим, и на иностранные юридические лица. В связи с этим следует иметь в виду, что вывоз товаров, работ и услуг, результатов интеллектуальной деятельности должен сопровождаться обязательным ввозом на таможенную территорию РФ товаров, работ и услуг, эквивалентным по стоимости экспортированным товарам либо зачислениям на счета в уполномоченных банках валютной выручки от экспорта товаров в установленном порядке. Такой порядок и правила получения разрешений действуют в отношении некоторых категорий бартерных сделок, в частности: а) сделок, по которым ввоз на таможенную территорию РФ товаров, работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности осуществляется с превышением сроков, установленных законодательством РФ для исполнения текущих валютных операций, исчисляемых с даты выпуска экспортируемых товаров таможенными органами России либо с момента выполнения работ, услуг и прав на результаты интеллектуальной деятельности; б) сделок, по которым выполнение иностранным лицом встречного обязательства

производится способом, не предусматривающим ввоза на таможенную территорию РФ товаров, работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности, в том числе способом, при котором имеется в виду передача третьей стороне получаемых российским лицом вне таможенной территории РФ товаров, работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности по другой бартерной сделке.

Осуществление внешнеторговых операций в форме бартера не освобождает стороны от необходимости соблюдения требований по лицензированию и квотированию товаров, работ и услуг, установленных как отечественным, так и иностранным правопорядком, невзирая на то что речь идет не об обычной торговле, а о бартере.

При рассмотрении договора мены в аспекте его применения в международном хозяйственном обороте закономерно возникает необходимость определения круга средств правового регулирования. В частности, каковы составные части, формирующие правовые основы регулирования данной категории гражданско-правовых операций, носящих международный характер? В принципе исходными инструментами регулирования выступают национально-правовые источники: национальные законы (иные по своей иерархической силе акты), прецеденты (для соответствующих групп государств), а также негосударственные средства регулирования (типовые контракты, проформы, генеральные соглашения, общие условия, положения и руководства). Специальные нормы, унифицированные международными договорами, отсутствуют.

Вместе с тем не исключается постановка проблемы применения к рассматриваемому договорному виду норм других международных соглашений. Так, в юридической литературе и практике иногда встает вопрос о возможностях использования в бартерных операциях — договорах мены товара — Венской конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Поскольку договор мены (бартер) с фактической стороны представляет собой в большинстве случаев два взаимоувязанных договора купли-продажи, права и обязанности продавцов и покупателей в которых ничем не отличаются от таковых в обычной торговой сделке, нет формальных препятствий, отраженных в самой Конвенции, к тому, чтобы не распространять ее действие и на бартерные сделки. Стороны в бартерном договоре могут избрать применимое к их отношениям право, в том числе подчинить регулирование конвенционным предписаниям или же исключить какие-либо из них, точно так же как это могло бы быть сделано в обычном договоре купли-продажи.

В экономической жизни всегда существуют предпосылки для появления и развития каких-либо сторон существующих отношений, которые могут перерасти в новые, не известные ранее формы. В частности, в новейших документах стран СНГ фигурируют такие понятия, как «компенсационный лизинг», «бартерный лизинг». В Конвенции о межгосударственном лизинге от 25 ноября 1998 г. они определяются следующим образом: «компенсационный лизинг — вид лизинга, если он предусмотрен национальным законодательством Сторон, по условиям которого в качестве лизинговых платежей лизингополучатель может поставлять лизингодателю товар, произведенный с использованием предмета лизинга»; «бартерный лизинг — вид лизинга, если он предусмотрен национальным законодательством Сторон, по условиям которого в качестве лизинговых платежей лизингополучатель может поставлять лизингодателю любой имеющийся у него в наличии товар при согласии

лизингодателя принять этот товар в качестве лизингового платежа» (ст. 3).

Рассматривая вопрос о перспективах развития бартерных отношений в рамках российского рынка с учетом действующего валютного и иного регулирования, некоторые авторы полагают, что условие обязательной продажи части валютной выручки от экспорта при отсутствии особого режима бартерных операций автоматически приводило бы к их дальнейшему подъему, так как при обмене товара на товар валютная выручка отсутствует; отсюда отпадает вопрос и о ее продаже. Однако в нынешних условиях финансово-экономического положения, сложившегося в Российской Федерации после 17 августа 1998 г., характеризующихся не слишком высоким уровнем бюджетных показателей страны, дефицитом свободно конвертируемой валюты, с одной стороны, и необходимостью строжайшего контроля за валютными потоками, в том числе утечкой валюты из РФ в любых формах, а также необоснованными валютными потерями, — с другой, использование бартера также сопровождается более строгими мерами в области импорта и экспорта товаров, работ и услуг, особенно в части требований по надлежащему оформлению договорных отношений и представлению необходимых документов в уполномоченные банки.

**Сделки «своп».** В области валютных отношений, операций с ценными бумагами, драгоценными металлами и т.д. часто применяются так называемые сделки «своп» (от англ. swap — обмен, мена), представляющие собой комбинированные операции с исполнением либо в тот же момент (обмен валютой, акциями или ценными бумагами), либо через определенный срок (срочные валютные сделки). Кроме того, данной разновидностью сделок могут опосредствоваться отношения по процентам и долговым обязательствам.

Как указывалось, наиболее распространены операции «своп» с валютой. Вот как определяется, например, сделка «своп», осуществляемая на российском рынке, в форме «Дойче банк» на условиях Генерального соглашения Международной ассоциации дилеров по сделкам «своп» и производным операциям (ISDA) 1992 г.: «Своп» означает сделку по покупке/продаже валюты в рублях или иностранной валюте одновременно с заключением встречной сделки при условии, что расчеты по ним будут производиться в различные даты валютирования». Последняя покупается на условиях «спот» (т.е. наличной сделки, по которой платеж производится на второй рабочий день, не считая дня заключения сделки) и продается на условиях форвардной (срочной валютной) сделки.

Разница во времени при совершении валютной операции «спот» установлена международной практикой и продиктована необходимостью оформить в банках совершенную сделку, т.е. произвести выписку первичных документов, подготовить платежные распоряжения, уведомления и т.д. При этом используются разные величины валютного курса по сделкам «спот» и по срочным валютным сделкам. Срочные валютные (форвардные, фьючерсные) — это такие сделки, при которых платеж за купленную и проданную встречным порядком валюту производится через определенный срок, от одной недели до нескольких лет.

Например, согласно форме швейцарского банка «Креди Сюисс», разработанной на основе упомянутого Генерального соглашения Международной ассоциации дилеров по сделкам «своп» и операциям с производными ценными бумагами (ISDA), «курс «спот» означает валютный обменный курс, определяемый исправной стороной для целей расчетов, предусмотренных соглашением. Такой курс определяется исправной стороной

на основании котировок четырех по выбору участников валютного рынка г. Москвы на дату валютирования соответствующей сделки. Для получения значений валютного обменного курса исправная сторона вправе использовать данные котировок, публикуемые на соответствующих страницах системы РЕЙТЕР или путем получения документально подтвержденных данных от таких участников валютного рынка. После выбора участников валютного рынка и после получения значений их котировок исправная сторона, не используя наибольшую и наименьшую котировки, выбирает две средние величины котировок и на их основании рассчитывает среднее арифметическое значение обменного курса, который будет применяться исправной стороной». Соответственно курс «форвард» означает валютный обменный курс, определяемый исправной стороной, для целей расчетов, предусмотренных применимыми положениями соглашения. С точки зрения техники расчетов он устанавливается аналогично приведенным выше.

В непосредственных межбанковских отношениях стороны рассчитываются между собой поставками валюты. При осуществлении сделок на бирже — через расчетную палату (специальную внутрибиржевую организацию, создаваемую членами биржи для учета сделок и производства расчетов и перерасчетов, цель и назначение которой — несение ответственности по заключаемым регистрируемым сделкам и устранение тем самым риска неполучения валюты продавцом). В биржевых сделках подобного рода одним из участников сделки выплачивается другому разница — маржа — между курсом «форвард» (курсом на дату заключения сделки) и курсом «спот» (курсом на дату получения платежа). При положительном значении маржи указанная разница представляет собой премию, при отрицательном — скидку. Сделки «своп» считаются комбинированными, т.е. сочетающими простую форвардную сделку и сделку с опционом.

Интересно отметить, что иногда отечественные практики сделки «своп», обладающие международным характером и заключаемые с участием российских хозяйствующих субъектов, стремятся подвести, руководствуясь формально-юридическими моментами, под категорию купли-продажи, оперируя терминами «продавец валюты» и «поставщик валюты по встречной сделке», поскольку это может обеспечить, во-первых, подсудность споров российским судебным учреждениям на основании критерия исполнения договора (ст. 26 и 212 Арбитражного процессуального кодекса РФ, ст. 118 ГПК РСФСР), а во-вторых, применение российского права при отсутствии выбора сторон в силу коллизионной нормы Основ ГЗ 1991 г. о привязке к закону страны продавца. Вместе с тем нельзя не упомянуть о существенных ошибках, встречающихся в правоприменительной сфере при разбирательстве дел, связанных с подобного рода отношениями. В частности, в октябре 1999 г. арбитражный суд г. Москвы, рассматривая иск российского юридического лица к двум иностранным компаниям о признании недействительными сделок, основанных на Генеральном соглашении, которое исходило из условий, рекомендованных Международной ассоциацией дилеров по сделкам "своп" и производным операциям (ISDA) 1992 г., применил к отношениям российское законодательство, руководствуясь тем что "местом исполнения является территория Российской Федерации". Нет

нужды подчеркивать, что в действующем отечественном праве не имеется подобной коллизионной формулы прикрепления, за исключением привязки отношений по приемке исполнения к праву места проведения приемки, причем с оговоркой, что такой порядок "принимается во внимание" (п. 6 ст. 166 Основ гражданского законодательства), а это расходится в данном случае с фактическим составом отношений.

При отсутствии в средствах правового регулирования бартера, договора мены товаров, соглашений «своп» и других правовых инструментов, имеющих природу юридически обязательных актов, для сделок с валютой (форвардных простых, с опционом и «своп») существуют документы, разработанные международными объединениями в целях единообразного применения и регулирования соответствующих отношений. В частности, Международной ассоциацией дилеров по сделкам «своп» и операциям с производными ценными бумагами была создана и опубликована в 1992 г. типовая проформа — Генеральное соглашение для мультивалютных (трансграничных) сделок (ISDA Master agreement «multicurrency — cross-border»). В данном документе, не обладающем обязательной юридической силой, подробно регламентируются права и обязанности сторон по сделке, в том числе по предоставлению гарантий, платежам, ответственности в случае нарушения договорных обязательств, их соотношение с обязательствами соответствующей стороны, с прочими ее обязанностями по другим соглашениям, особенно в случаях признания лица несостоятельным, банкротом, объявления о ликвидации, реорганизации, поглощении, слиянии и т.д., а также содержатся правила о применимом праве, которое стороны должны указать при заключении соглашения, и компетентном суде, в качестве которого согласно проформе выступают судебные учреждения Великобритании, если применимое право — английское, и предусматривается неисключительная юрисдикция судов штата Нью-Йорк и районного суда Соединенных Штатов, расположенного в пределах округа Манхэттен города Нью-Йорка, если соглашение подчиняется законодательству штата Нью-Йорк. В то же время в тексте документа содержится положение, допускающее выбор и права, и компетентного учреждения для рассмотрения спора в другом государстве, являющемся договаривающимся в контексте английского Закона о гражданском процессе и судебных решениях 1982 г., а также в рамках любой иной юрисдикции.

## § 5. Договор лизинга

**Понятие лизинга.** Лизинг (англ. leasing, производное от «lease» — аренда) в буквальном понимании означает долгосрочную аренду машин, оборудования, транспортных средств и других объектов производственного назначения.

Аренда — правовой институт, известный с древнейших времен. Мировая история знает немало свидетельств того, что аренда существовала и применялась в человеческой цивилизации еще за две тысячи лет до нашей эры. Так, на территории древнего Шумерского царства были найдены глиняные таблички, подтверждавшие, что в аренду сдавались орудия сельскохозяйственного труда, земли, водные источники, домашние животные и т.д. В ту эпоху существовали храмовые священники-

арендодатели, которые заключали договоры аренды с местными крестьянами.

Аристотель в своем известном труде «Риторика», написанном около 350 г. до н.э., заметил: «Богатство составляет не владение имуществом на основе права собственности, а его использование». Это как нельзя лучше подтверждает основной смысл лизинга: для получения прибыли совсем не обязательно иметь оборудование или иные ценности в собственности, достаточно обладать правом их использования и извлечения доходов. Одним из первых законов о лизинге стал статут Уэльса 1284 г.

В современном экономическом и правовом языке этот термин большей частью применяется к определенному роду отношениям и воспринимается как *финансовый лизинг*, который прочно вошел в практику всех без исключения государств — развитых, развивающихся, доноров инвестиций и реципиентов инвестиций, располагающих валютными резервами, и стран со слабо развитой экономикой и т.д. В странах с рыночной экономикой лизинговые операции становятся средством технического перевооружения производства. Данный договорный вид в указанной интерпретации является относительно новым не только для российской правовой и экономической жизни, но и для мировой практики вообще.

Введение термина «лизинг» в экономический и правовой оборот связывают с операциями телефонной компании «Белл», руководство которой в 1877 г. приняло решение не продавать свои телефонные аппараты, а сдавать их в аренду. Однако первое общество, деятельность которого стала специализироваться в области лизинга, было организовано лишь в 1952 г. в США (Сан-Франциско). Им стала «Юнайтед Стейтс Лизинг Корпорейшн». Во Франции первая лизинговая компания появилась в 1957 г. Она была создана по инициативе Банка Индокитая (Banque de l'Indochine) и занималась лизингом промышленного оборудования (SEPAFITEC). В 1965 г. в этой стране уже действовало около 30 лизинговых компаний.

В чем же состоит суть лизинговых отношений? Например, лицо хочет использовать в своей производственной или профессиональной деятельности какое-либо движимое имущество (оборудование, технику, автотранспорт и т.д.), но не располагает необходимыми средствами на его приобретение. Тогда оно обращается в лизинговую фирму (или к другому лицу). Последняя покупает у производителей или поставщиков нужное оборудование и передает его на определенный срок обратившемуся лицу в аренду, обещая при этом продать ему оборудование по истечении так называемого безотзывного периода или соглашаясь на следующий после арендного срока выкуп предмета лизинга. Контракт, имеющий объектом лизинг, таким образом, состоит из трех частей: поставки (купли-продажи предмета лизинга, одобренного лизингополучателем, между лизингодателем и поставщиком, долгосрочной аренды между лизингодателем и лизингополучателем и выкупа последним у лизингодателя либо возврата ему соответствующего имущества).

На момент подписания рядом государств Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге 28 мая 1988 г. он был урегулирован в национально-правовом плане в очень незначительном количестве стран. Специальное законодательство о лизинговых отношениях отсутствует даже во многих развитых государствах. К таковым относится, например, ФРГ. Лизинг как особая разновидность оформления гражданско-правовых отношений не был известен и отечественному праву. Кроме того, не во всех правовых системах

ему давалась одинаковая квалификация. Ученые-правоведы называют этот вид сделок «гибридным механизмом, обычно именуемым лизинг». Попытки вместить лизинг в привычные рамки существующих правовых форм неизменно оканчивались неудачей, поскольку национальные правовые порядки стремились сохранить внутреннюю логику собственных правовых систем. Так, в англо-саксонских странах использовалась конструкция имущественного найма с хранением, а в странах «цивильного» права — «продажи товаров под условием (обещание продать)». В частности, эта идея была проведена в законе от 3 июля 1966 г. «О предприятиях, практикующих кредит-аренду» во Франции, однако французский Кассационный суд вынужден был отклонить такую квалификацию лизинговой сделки как не соответствующую условной продаже. В современной действительности французская практика исходит из представлений о лизинге как о среднесрочной и долгосрочной кредитной операции, позволяющей лизинговой фирме по заказу получателя купить у поставщика имущество, получателю имущества использовать его в течение длительного времени на условиях аренды и купить его у лизинговой фирмы после истечения срока аренды на основе предшествующего обещания последней получателю имущества продать его (купли — продажи — аренды — обещания продать).

Сходное с французским регулирование имеет Бельгия. Ее королевский ордонанс «О предприятиях, практикующих финансовую аренду» от 10 ноября 1967 г., как явствует из самого названия акта, оперирует близкими категориями, хотя и нельзя не заметить несколько большую точность используемых им формулировок, что проявляется и в самих понятиях («финансовая аренда», «лизинг»). Кроме того, в бельгийском акте содержатся указания на необходимое соотношение между сроком аренды и сроком эксплуатации оборудования, амортизации, приобретение предмета лизинга в соответствии с инструкциями будущего арендатора и т.д.

Договор лизинга, по мнению французских специалистов, отличается от других (близких, сходных или примыкающих) видов: от продажи в кредит — лизингополучатель не обязательно становится собственником имущества по окончании срока аренды; от договора займа — лизингополучатель не возвращает долг, а выплачивает арендную плату, которая составляет лишь часть стоимости имущества, и возвращает вещь в конце срока; от одностороннего обещания продажи — поскольку есть еще и аренда; от аренды — поскольку в сделке всегда присутствует еще и одностороннее обещание продать имущество; от договора аренды с последующим выкупом, поскольку есть еще и третья сторона — поставщик предмета лизинга.

В южно-африканском Законе о кредитных договорах 1980 г. в ст. 1 (х) говорится: «Лизинговая операция означает сделку, по условиям которой лизингодатель передает в аренду лизингополучателю товары против уплаты лизингополучателем лизингодателю обусловленной суммы денег в указанный или установленный на будущее срок, будь то целиком или частями, в течение определенного периода времени в будущем, но *не предполагает* сделку, по которой в момент ее заключения стороны согласились, что должник или любое иное лицо от его имени вправе на любой стадии аренды или в любое время после ее истечения или прекращения стать собственником этих товаров или сохранить права владения, пользования и распоряжения в отношении данных товаров после истечения или прекращения аренды».

В ФРГ в течение долгого времени (вплоть до 70-х гг.) не существовало специального законодательства по лизингу. Проводимые операции осуществлялись, как правило, на основе договоров аренды с полной выплатой

стоимости имущества (Vollamortisationver-trag, full-pay-out leasing) и квалифицировались по аналогии с условной куплей-продажей: договор имел основной нерасторгаемый период действия, в течение которого происходила полная амортизация оборудования, и мог предусматривать либо вообще отсутствие дополнительной платы, либо символическую плату за опцион по покупке оборудования.

Примечательно изменение правовых концепций в отношении лизинга в Северной Америке (США). В то время когда УНИДРУА только приступал к работе над конвенцией (1975—1977 гг.), его трактовка в США сводилась либо к конструкции найма имущества с хранением, либо продажи под условием. Но уже текст Единообразного закона США о лизинге движимого имущества от 9 августа 1985 г., впоследствии преобразованного в статью 2А («Лизинг») Единообразного торгового кодекса, стал очевидным подтверждением того, что произошла смена подходов.

В целом правовое регулирование ряда европейских стран континентальной Европы (Бельгии, Франции, Германии и Италии) сближается за счет отношения их законодателя к такому элементу лизинга, как опцион на покупку имущества, составляющего предмет лизинга, который является здесь обязательным, в то время как, скажем, в Соединенных Штатах Америки это не образует конституирующий критерий. Вместе с тем в Италии регламентация рассматриваемых отношений содержит весьма интересную особенность. В частности, итальянский Закон о договорах финансовой аренды предусматривает, что если предметом аренды является промышленное оборудование или приспособления, которые составляют часть недвижимого имущества, то такое оборудование или приспособления для всех целей подчиняются режиму, установленному для движимых вещей. Вследствие этого арендодатель вправе отделить его от недвижимого имущества, частью которого оно может стать в результате эксплуатации в период аренды. Указанной нормы нет ни во французском, ни в бельгийском праве. Между тем значение этих положений на практике трудно переоценить. Их эффект имеет место в случае банкротства арендатора, который, взяв в аренду оборудование, может присоединить его к недвижимому имуществу. Нормы же итальянского закона препятствуют превращению оборудования или иного арендованного имущества в недвижимость; оно подлежит возвращению собственнику — лизингодателю.

Проведенный фрагментарный обзор действующего материального права, касающегося лизинговых отношений, ряда государств Европы и Америки, а также иллюстрация расхождений не только в области регулирования, но и толкования и квалификации договоров финансового (в том числе международного) лизинга, со всей закономерностью поставили перед отдельными странами и международным сообществом в целом задачу приведения национальных правовых норм к соответствующему единообразию в таких масштабах, в каких это диктуется насущными потребностями осуществления сотрудничества в рассматриваемой сфере.

***Основы правового регулирования международного финансового лизинга.*** Международный финансовый лизинг развивался преимущественно благодаря экономическому и финансовому взаимодействию между собой материнских и дочерних предприятий и филиалов, находящихся в других государствах, различных крупнейших многонациональных компаний. Основу правового регулирования лизинга, в том числе финансового, во многих странах составляет Конвенция о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 г.

Решение главных органов Международного института унификации



частного права (УНИДРУА) о предоставлении лизингу приоритетного направления в развитии унификации привело к созданию рабочей группы для целей изучения международной унификации применимых к этим отношениям норм и подготовке секретариатом Института предварительного доклада, иллюстрирующего механизмы разных видов лизинга и правовые проблемы, порожденные особым родом операций, обычно именуемых финансовым лизингом. Этот доклад был рассмотрен рабочей группой, собравшейся на заседание в Риме в апреле 1975 г., которая рекомендовала обратить внимание в большей степени на международные, нежели внутренние лизинговые сделки. В этих целях доклад был распространен среди экспертов и практиков различных стран, работающих в области лизинга, а также по государствам мира разослан вопросник, ответы на который должны были быть положены в основу анализа, представленного 55-й сессии УНИДРУА в 1976 г. Проведенный опрос подтвердил необходимость и желательность разработки единообразных международно-правовых норм, регулирующих лизинговые контракты, с учетом трудностей, создаваемых отсутствием регулирования, специально рассчитанного не только на применение, но и на стимулирование международного лизинга. В мае 1977 г. на 56-й сессии Совет УНИДРУА одобрил образование аналитической группы, которой была поручена разработка проекта унифицированных норм, относящихся к договору лизинга. В последующем состоялся ряд симпозиумов в разных уголках мира для обсуждения проекта статей конвенции, а затем заседания межправительственного комитета экспертов, созданного в целях разработки сперва предварительного проекта, а в последующем — учета поступающих комментариев и замечаний от стран и специалистов.

Пересмотренный в последний раз, текст проекта конвенции был представлен третьей сессии Комитета правительственных экспертов, проведенной в Риме в 1987 г., где собрались представители 33 государств—членов УНИДРУА, а также четырех стран-нечленов ((Алжира, Бразилии, Перу и Филиппин). На сессии возник вопрос, имевший большую практическую значимость, который Комитет решил передать на рассмотрение рабочей группы технических экспертов, а именно: по какому правопорядку должно определяться право, применимое, в случаях надобности, к публичному извещению, — праву лизингодателя морского или воздушного судна, транспортного средства или другого оборудования, подлежащего регистрации, на основании закона государства регистрации в соответствии с конвенцией применительно к реальным правам на переданное в аренду имущество, или закона доверительного собственника, официального управляющего лизингополучателя, признанного банкротом, и в целом собрания его кредиторов, не имеющих обеспеченных требований. Мнение Комитета экспертов в отношении данного специального вопроса склонилось в пользу закона государства регистрации.

Дипломатическая конференция по принятию этой Конвенции проводилась в Оттаве (Канада) с 9 по 28 мая 1988 г. Предварительно ее проект был одобрен на третьей сессии межправительственного Комитета экспертов УНИДРУА, на которой присутствовали представители 59 государств, в том числе и Советского Союза. Конвенция вступила в силу с 1 мая 1995 г. для Франции, Нигерии и Италии. Однако Советский Союз не подписал ее и в последующем не присоединился к ней. Присоединение же Российской Федерации к

Конвенции произошло много позже, в 1998 г., в качестве самостоятельного субъекта международного права.

Конвенционные нормы носят диспозитивный характер, т.е. их применение может быть отменено сторонами (поставщиком, лизингодателем, лизингополучателем), за исключением тех положений, которые носят императивный характер в силу постановлений самой Конвенции (п. 3 ст. 8, абз. (б) п. 3, п. 4 ст. 13). Оттавская конвенция применяется в случае, когда арендодатель и арендатор имеют основное место деятельности в разных государствах, и при этом: а) эти государства, а также страна, в которой находится коммерческое предприятие поставщика, являются договаривающимися государствами; б) контракт на поставку и контракт лизинга регулируются законодательством договаривающегося государства (ст. 3). Важное условие для определения, подпадает ли в конкретном случае договор под действие Конвенции, содержится в п. 2 ст. 3, который устанавливает, что в случае, когда та или иная сторона имеет несколько предприятий, осуществляющих соответствующую деятельность в разных странах, ссылка на коммерческое предприятие, содержащаяся в Конвенции, означает то место осуществления основной деятельности, которое в наибольшей степени связано с контрактом и его исполнением с учетом известных сторонам обстоятельств или подразумеваемых ими в любой момент до заключения или при совершении контракта.

Положения Конвенции не прекращают своего действия ввиду того лишь основания, что оборудование стало неотъемлемой принадлежностью или включено в земельную собственность. Любой вопрос, касающийся факта, стало или нет оборудование принадлежностью либо инкорпорированной частью земельного участка, а также юридических последствий права лизингодателя и лица, имеющего вещное право недвижимой собственности на земельный участок, решается по праву того государства, на территории которого находится этот земельный участок (ст. 4).

Большое место в конвенционном регулировании прав и обязанностей лизингодателя и лизингополучателя занимает решение соответствующих вопросов в случаях несостоятельности или банкротства одной из сторон (ст. 7 Оттавской конвенции, подробнее об этом см. в гл. 31). За исключением случаев, когда иное предусмотрено в Конвенции или договором лизинга, лизингодатель не несет ответственности перед лизингополучателем в отношении оборудования, кроме как в пределах, обусловленных тем, что лизингополучатель потерпел ущерб в результате своего обращения к опыту и компетентности лизингодателя, а также участия последнего в выборе оборудования, его характеристик и самого поставщика (п. 1 (а) ст. 8). Однако указанные правила не применяются, если лизингодатель выступает в другом качестве, например собственника имущества.

В данном случае необходимо, во-первых, различать договорную и внедоговорную ответственность лизингодателя, а во-вторых, отметить традиционный для международной практики характер решения Конвенцией вопроса о ее соотношении с другими международно-правовыми договорами, а именно отсутствие преваляирования над каким-либо уже заключенным или заключаемым соглашением (ст. 17), в силу чего существует возможность применения к режиму ответственности лизингодателя и других международно-правовых или иных документов. Так, будучи собственником, скажем, океанского лайнера, сдаваемого внаем, лизингодатель будет нести ответственность по Брюссельской конвенции 1969 г. и по гражданской

ответственности за ущерб, причиненный загрязнением окружающей среды нефтью с судов. В других подлежащих случаях на него могут распространяться положения Директивы ЕЭС 1985 г. о сближении законодательства, подзаконных и административных актов стран Сообщества, касающихся ответственности за причинение вреда товаром.

Обязательства поставщика, вытекающие из контракта поставки, могут являться предметом требования со стороны лизингодателя, как если бы он был стороной данного соглашения и оборудование напрямую поставлялось лизингополучателю. Однако ничто в настоящей статье, говорится в Конвенции, не дает права лизингополучателю расторгнуть или объявить недействительным контракт поставки без согласия лизингодателя (ст. 10).

В случае неисполнения обязательств со стороны лизингополучателя лизингодатель имеет право взыскать причитающуюся ему неполученную арендную плату со штрафными процентами, а также понесенные убытки (п. 1 ст. 13). Данные положения Конвенции можно в какой-то мере рассматривать в качестве попытки учредить конвенционный институт неустойки, который не может быть урезан местным законом. В то же время это не должно пониматься как намерение ограничить волю сторон по установлению в контракте заранее исчисленных убытков (*liquidated damages* — института, широко распространенного в странах «общего права»), исходя из их усмотрения. Данные единообразные материально-правовые нормы стремятся установить режим ответственности лизингополучателя и меру требований лизингодателя в случаях нарушения первым своих обязательств по лизингу.

Согласно Конвенции права лизингодателя в случае нарушения лизингополучателем обязательств по договору разделяются на две категории: неисполнение (нарушение обязательств) и «существенное нарушение». В то же время следует указать, что в ней не содержится уточнения по поводу того, что подразумевается под «существенным нарушением».

Так, в силу п. 2 ст. 13 при существенном нарушении лизингополучателем своих обязательств он на основании п. 5 той же статьи вправе получить ускоренную выплату сумм будущих арендных платежей, если контракт лизинга это предусматривает, либо потребовать расторжения договора и после этого: а) получить обратно оборудование; б) взыскать такие убытки, которые обеспечивали бы ему соответствующее положение, в котором он находился, если бы лизингополучатель исполнил договор лизинга согласно его условиям и не допустил нарушения своих обязательств. Вместе с тем, если арендодатель осуществил расторжение контракта лизинга, то он не вправе требовать ускоренной выплаты будущих арендных сумм, хотя величина таких платежей будет приниматься во внимание при исчислении убытков, предусматриваемых вышеупомянутыми положениями п. 2 и 3 ст. 13. Нормы международного договора, весьма широко практикуемые в современном мире, предписывают обязательность уведомления лизингодателем лизингополучателя об ускоренном взыскании рентных платежей или расторжении контракта и предоставлении последнему разумного периода времени на устранение нарушения при условии, что оно подлежит исправлению (п. 5 ст. 13).

Сегодня достаточно характерным для правовой регламентации лизинговых отношений является то обстоятельство, что многие государства, не участвующие в Конвенции, принимают национально-правовые акты, в концептуальном плане в значительной степени использующие модели, основывающиеся на конвенционном регулировании. Подобный результат принято именовать «косвенной» унификацией, т.е. появлением в национальном

праве различных стран единообразных норм не вследствие принятия ими на себя международно-правовых обязательств, а в порядке добровольного усвоения образцов поведения, содержащихся в международном договоре. В итоге рассматриваемые отношения получают единообразное правовое решение с помощью средств национального права, которое достаточно сближено и гармонизировано по отношению друг к другу.

Посредством указанных инструментов — национально-правовых норм, воспринявших воздействие международно-правовых механизмов правотворчества, — лизинговые операции получили необходимую правовую регламентацию и в странах СНГ. Одним из первых специальных актов о лизинге стал закон Азербайджана «О лизинге». В других странах используются акты различного иерархического уровня: отдельные постановления в источниках, касающихся других вопросов, или подзаконные акты (в Беларуси, Казахстане, Кыргызстане, Узбекистане, Украине). Общие понятия в отношении лизинга установлены в Гражданском кодексе Узбекистана и России; специальные законы имеются в Азербайджане и России, положения, утверждаемые правительствами, действуют в Кыргызстане, Казахстане и Беларуси; готовится специальный закон о лизинге и в Украине.

Дефиниция лизинга как «совокупности экономических и правовых отношений, возникающих в связи с реализацией договора лизинга, в том числе приобретением предмета лизинга» (ст. 2 Федерального закона № 10-ФЗ от 29 января 2002 г. «О финансовой аренде (лизинге)»), имеет первостепенное значение. По российскому праву финансовая аренда (лизинг) — это одна из форм инвестиций в развитие средств производства. В соответствии с указанным актом договор лизинга представляет собой «договор, в соответствии с которым арендодатель (далее лизингодатель) обязуется приобрести в собственность указанное арендатором (далее лизингополучатель) имущество у определенного им продавца и предоставить лизингополучателю это имущество во временное владение и пользование. Договором лизинга может быть предусмотрено, что выбор продавца и приобретаемого имущества осуществляется лизингодателем». Согласно закону Азербайджана лизинг — это «вид услуг, осуществляемый с целью сдачи в среднесрочную аренду потребителю имущества, закупленного по его заказу». В правовом регулировании Беларуси, Азербайджана, Кыргызстана и Узбекистана, содержащем определения лизинга, непосредственно указывается на важнейшую его составляющую, а именно на то, что лизингодатель по поручению лизингополучателя приобретает необходимое имущество в собственность. Это означает, что для договора лизинга характерно отсутствие права собственности лизингодателя на объект до начала лизинговой операции. И лишь на момент заключения контракта между лизингополучателем и лизингодателем последний получает соответствующую информацию от контрагента и приступает к выполнению его поручения по приобретению оборудования или иного имущества для последующей сдачи его в аренду лизингополучателю.

Французская доктрина, разделяющая концепцию сочетания нескольких договоров в лизинге, подчеркивает неотделимость их друг от друга. На этом основании судебная практика делает ряд выводов. Так, в отношении скрытых дефектов лизингополучатель может действовать в соответствии с законом, устанавливающим ответственность за дефекты при аренде (ст. 1721 Кодекса Наполеона), а лизинговая компания может предъявить претензии к поставщику

согласно нормам, регулирующим ответственность за дефекты при продаже (ст. 1641 ФГК). Логическим шагом в данном направлении было и решение в 1990 г. Кассационного суда Франции о том, что расторжение договора купли-продажи (поставки) в отношении предмета лизинга обязательно влечет за собой аннулирование договора о лизинге (аренде) при условии, что все последствия такого прекращения будут урегулированы.

Если говорить об отражении подобной «неделимости» при осуществлении лизинговых отношений и реальном механизме заключения лизинговых контрактов, то очень часто лизинговые компании Франции выдают лизингополучателю доверенность на обсуждение с поставщиком характеристик оборудования и его цены, а затем, будучи принципалом, востребуют предмет лизинга у поставщика и передают в аренду получателю.

Законодательство стран — участниц СНГ в области лизинговых отношений характеризуется достаточно большим количеством совпадающих подходов к регулированию, хотя в ряде случаев имеются отличия.

Так, разные правовые системы рассматриваемой группы государств кладут в основу определения лизинга различные признаки: одни (Беларусь, Азербайджан, Кыргызстан) выводят лизинг из главной характеристики приобретения лицом по заказу другого субъекта права для последующей передачи в аренду определенных объектов, другие (Украина) делают акцент на передаче предмета лизинга в пользование, третьи (Азербайджан, Украина, Кыргызстан) в значительной мере связывают существо отношений с их долговременным характером (понимаемым как среднесрочная и долгосрочная аренда) и т. д. Казахстан, положив в основу собственного регулирования определение лизинга, содержащееся во Временном положении о лизинге, утвержденном Постановлением Правительства РФ № 633 1994 г., тем самым воспроизвел существовавшие в упомянутом акте составляющие: предпринимательско-инвестиционный характер, приобретение лизингодателем в собственность предмета лизинга по заказу лизингополучателя и сдачу его во временное пользование опять-таки в предпринимательских целях.

Право стран Содружества в затронутом вопросе не расходится принципиально, хотя и не совпадает во всех деталях, что создает вполне приемлемую их готовность к дальнейшему сближению и гармонизации. С учетом же того обстоятельства, что в некоторых государствах Содружества национальные правовые положения о лизинге отсутствуют вообще, создание соответствующих материальных норм на международном уровне становится объективно необходимым в целях последующего поступательного и всестороннего развития хозяйственного и инвестиционного взаимодействия участвующих в интеграции в рамках СНГ государств.

Средством активизации указанных процессов стало, в частности, предложение о разработке унификационного акта стран Содружества — Конвенции о межгосударственном лизинге, подписанной 25 ноября 1998 г. в Москве (см. выше). Конвенция, как указано в ее преамбуле, разработана в соответствии с Договором о создании Экономического союза, а также Конвенцией УНИДРУА о международном финансовом лизинге. Несмотря на использование в ее наименовании понятия «межгосударственный лизинг», речь

идет о положениях, предназначенных унифицировать национально-правовые нормы стран-участниц, посвященные регулированию соответствующих отношений частного-правового характера, т.е. субъектов внутригосударственного права, а не самих государств, входящих в Содружество, о чем можно было бы сделать вывод исходя из буквального прочтения названия документа.

Межгосударственным лизингом в Конвенции именуется «составная часть международного лизинга, в котором участвуют лизинговые компании и хозяйствующие субъекты двух и более государств—участников настоящей Конвенции», «международный лизинг» — лизинговая деятельность, в которой участвуют лизинговые компании и хозяйствующие субъекты любых двух и более иностранных государств» (ст. 1).

С усилением конкуренции и развития лизинговых операций, созданием первичного, а затем и вторичных рынков лизинга лизинговый цикл выходит на следующий этап — оперативной аренды. Расширяется круг объектов, могущих быть переданными в лизинг, предоставляемые лизингодателям налоговые и иные льготы обеспечивают снижение размеров лизинговых платежей, что создает возможности для углубления и распространения сферы лизинговых отношений, появления новых видов аренды. В нынешних условиях исследователи, занимаясь проблемами лизинга, уже задумываются над его будущим.

В частности, нигерийский автор Судир Амембал, рассматривая состояние законодательства и практики в Нигерии, Великобритании, США и России в области лизинга, указывает на перспективы перерастания классического лизинга в его более «гибкие» и разнообразные формы, появление и развитие таких новых видов услуг, сопутствующих лизинговым операциям, как обеспечительные средства исполнения обязательств при осуществлении лизинга, финансовая аренда предприятий («венчурная аренда»), финансирование проектов и т.д.

В связи с этим стоит подчеркнуть, что разработка в рамках УНИДРУА/ИКАО и заключение на Дипломатической конференции, проходившей в Кейптауне (ЮАР) 29 октября — 16 ноября 2001 г., Конвенции о международных гарантиях в отношении подвижного оборудования, которая была подписана в числе других государств и Российской Федерацией, означает новый этап в развитии международного финансового лизинга, поскольку обусловленность международных гарантий указанным видом договора прямо предусмотрена в конвенционных нормах (преамбула, ст. 1, 2 и сл.).

#### ***Регулирование финансового лизинга в Российской Федерации.***

Воплощенные в Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге идеи и конкретные предписания послужили несомненным практическим источником при разработке в РФ собственного национального законодательства по этому вопросу. Принятое в Российской Федерации постановление Правительства РФ от 29 июня 1995 г. № 633 «О развитии лизинга в инвестиционной деятельности», изданное на основе Указа Президента РФ от 17 сентября 1994 г. № 1929 и утвердившее Временное положение о лизинге, а также разработанный совместно министерствами экономики и финансов Российской Федерации «Примерный договор о финансовом лизинге движимого имущества с полной амортизацией» и др., исходили и исходят из идей и конструкций Оттавской конвенции 1988 г. Положения соответствующих разделов Гражданского кодекса РФ в части, касающейся финансовой аренды (лизинга) (ст. 665—670), также базируются на содержании конвенционного

регулируемого. То же относится и к основному ныне источнику отечественного права в сфере лизинга — федеральному закону РФ «О лизинге», подписанному Президентом РФ 29 октября 1998 г. и опубликованному 5 ноября 1998 г., который действует сегодня в редакции Федерального закона № 10-ФЗ от 29 января 2002 г. «О финансовой аренде (лизинге)».

Перечисленные акты со всей убедительностью свидетельствуют о весьма серьезном отношении к лизингу в настоящее время и активной работе по созданию и совершенствованию средств его правового регулирования. Необходимо отметить попытки законодателя использовать все доступные в правовом плане рычаги его развития. Поэтому наряду с разработкой материально-правовых норм, касающихся непосредственно гражданско-правовых аспектов отношений сторон по договору лизинга, принимаются акты, направленные на стимулирование внедрения таких отношений в хозяйственный оборот, особенно международный, с участием российских субъектов права. В результате на основании ст. 72 Таможенного кодекса РФ, постановления Правительства от 29 июня 1995 г. № 633 и правоприменительных актов в области таможенного регулирования (см.: письмо ГТК РФ № 01-13/10286 от 20 июля 1995 г.) товары, являвшиеся объектом международного финансового лизинга, временно ввозимые на таможенную территорию РФ, подлежали частичному освобождению от уплаты таможенных пошлин и налогов. Вместе с тем в связи с принятием и введением в действие Налогового кодекса РФ, определившего круг актов, регулирующих властные отношения по установлению, введению и взиманию налогов и сборов в РФ, к числу которых Закон «О лизинге» не относится, порядок уплаты таможенных пошлин, налогов в отношении предметов международного лизинга, предусмотренный ст. 34 этого Закона, признан не соответствующим части первой Налогового кодекса РФ (см.: письмо ГТК РФ от 24 мая 1999 г. № 01-15/14858).

Кроме того, стало практиковаться предоставление государственных гарантий на осуществление лизинговых операций за счет средств бюджета, целью которых является, как указывается в Порядке предоставления государственных гарантий на осуществление лизинговых операций, «стимулирование более широкого привлечения частных инвестиций в сферу финансового лизинга как одной из форм инвестиционной деятельности».

Упомянутое обстоятельство заслуживает того, чтобы быть выделенным особо. Экономический смысл лизинга вообще заключается во вложении (свободного) капитала в основные фонды лизингополучателей с взиманием за это платы. Однако инвестиционная его сторона становится еще более важной для Российской Федерации и других стран СНГ, она рассматривается как исключительный фактор, способствующий привлечению иностранных инвестиций в экономику. Предоставление на этой основе льгот и иные средства поощрения иностранных лизингодателей дают, как показывает практика, незамедлительный эффект.

Федеральный закон от 29 января 2002 г. «О финансовой аренде (лизинге)», создавший новую редакцию Закона 1998 г. «О лизинге», рассчитан как на отношения «внутреннего» характера, так и на международный лизинг: «При осуществлении внутреннего лизинга лизингодатель и лизингополучатель являются резидентами Российской Федерации. При осуществлении международного лизинга лизингодатель или лизингополучатель является нерезидентом Российской Федерации» (ст. 7).

8 февраля 1998 г. в РФ был принят Федеральный закон «О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом

лизинге» с оговоркой следующего содержания: «Российская Федерация в соответствии со статьей 20 Конвенции заявляет, что вместо положений пункта 3 статьи 8 Конвенции она будет применять нормы своего гражданского законодательства». В силу данной оговорки РФ в случаях решения судом вопросов ответственности арендодателя за имущество и его освобождения от ответственности необходимо руководствоваться соответствующими нормами гражданского права, действующего в данной области, и нормами гражданско-правового договора, не противоречащими императивным положениям российского права.

Следует обратить внимание на критерий, сформулированный в Конвенции, который определяет, при каких условиях договор (контракт) финансовой аренды (финансового лизинга) становится международным. Как и во многих других современных унифицирующих международно-правовых актах рассматриваемая конвенция кладет в основу признак основного места деятельности партнеров, находящихся в разных государствах (*place of business*: «the lessor and the lessee have their places of business in different States» (ст. 3). Российское законодательство, как следует из вышеупомянутого, использует категорию «нерезидентства». При этом, если ранее, в Законе «О лизинге» 1998 г., этот признак — «резидент», «нерезидент», характеризующий лицо, которому принадлежит право собственности на предмет лизинга, — привлекался для целей определения правовой основы регулирования международного лизинга, то ныне действующее право и конкретно нормы Федерального закона «О финансовой аренде (лизинге)» устранили указанное противопоставление, исключив соответствующие положения. Оправданность подобного шага налицо, если учесть, что в российском праве создавался своего рода дуализм регулирования лизинговых отношений в зависимости от того, кто — резидент или нерезидент Российской Федерации — выступал собственником объекта лизинга: если в качестве лизингодателя действовал резидент РФ, а лизингополучателем был нерезидент, — отношения международного лизинга не могли определяться по внешнеэкономическому регулированию, а подчинялись другим нормам. Лишь в обратной ситуации, т.е. когда лизингодателем являлся нерезидент, соответствующие отношения подпадали под сферу действия так называемого «внешнеэкономического регулирования» и, следовательно, становились объектом регламентации с помощью положений необходимых международных соглашений. Иными словами, после того, как Оттавская Конвенция вступает в силу для России, регулирование международных операций по лизингу должно было бы подчиняться нормам отечественного законодательства в совокупности с международно-правовыми предписаниями с учетом определенных правил о соотношении юридической силы национально-правовых и международно-правовых норм для некоторой части отношений, связанных с лизингом. В частности, если бы эти нормы продолжали сохранять свое действие, то в нынешних условиях принятой третьей части ГК РФ при вступлении в силу Оттавской Конвенции 1988 г. ее положения преобладали бы над коллизионными нормами об определении права, применимого к рассматриваемым отношениям, на основании п. 3 ст. 1186 ГК РФ о неприменении коллизионных правил, если имеются материально-правовые нормы международного договора, полностью урегулировавшего такие отношения, только для ситуаций, когда лизингодателем являлся нерезидент.

Однако, существо рассматриваемых отношений (права и обязанности лизингодателя и лизингополучателя) как в первом, так и во втором варианте оставалось неизменным, а главный критерий «международности» лизинга —



нахождение коммерческих предприятий партнеров и осуществление их основной хозяйственной деятельности (деловой активности) в разных государствах — присутствовал и в том и в другом случае, вне зависимости от того, в качестве кого — лизингодателя или лизингополучателя — выступал резидент Российской Федерации. Вследствие этого не было понятным, почему дифференцировалась правовая основа регулирования.

Кроме того, создавалась и иная двусмысленность, так как в итоге получалось, что имелся «внутренний международный лизинг», подчинявшийся нормам права РФ, исключая международные соглашения, и «внешнеэкономический международный лизинг», который регулируется нормами, касающимися внешнеэкономических отношений, следовательно, включает нормы международных договоров (Оттавской конвенции, в частности). Если же посредством упомянутых предписаний законодатель применительно к случаям, когда лизингодателем (собственником предмета лизинга) в гражданско-правовых отношениях международного характера выступает резидент РФ, имел в виду формулирование односторонней коллизионной нормы, обеспечивающей прикрепление регулирования к правопорядку РФ, то исключение из круга источников международно-правовых договоров тем более неоправданно. В то же время положения ст. 10 Закона недвусмысленным образом указывали на следующее: права и обязанности сторон по договору международного лизинга регулируются в соответствии с федеральным законом «О присоединении Российской Федерации к Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге», нормами национального законодательства в части, не противоречащей отнесенным к предмету регулирования нормам международного права; применимое право устанавливается по соглашению сторон международного договора лизинга в соответствии с Конвенцией 1988 г.

Новое российское регулирование в области отношений финансовой аренды (лизинга) существенно изменило прежние предписания, обуславливающие особенности, неясности и в ряде случаев противоречивость легальной концепции лизинговой сделки. Так, ст. 2 Закона РФ «О лизинге» 1998 г., давая дефиницию лизинга, предусматривала последующий переход права собственности на предмет лизинга как некий неотъемлемый и обязательный элемент его юридического содержания. С другой стороны, п. 6 ст. 17 указанного акта со всей убедительностью свидетельствовал о том, что выкуп оборудования лизингополучателем и переход на него вследствие этого права собственности не может рассматриваться в качестве обязательной характеристики договора лизинга. В Законе же 2002 г. «О финансовой аренде (лизинге)» все сомнения в этом отношении сняты, ибо его ст. 15, раскрывая содержание договора лизинга и перечисляя обязанности сторон, закрепляет необходимость для лизингополучателя возврат предмета лизинга лизингодателю, если иное не предусмотрено договором лизинга. Более того, поскольку последующая формулировка даже отделяет приобретение права собственности на предмет лизинга на основании договора купли-продажи, становится ясным, что выкуп оборудования или иного имущества, являющегося предметом лизинга, не квалифицируется интегральной частью юридического содержания данного вида договора. Таким образом, новым актом надлежащим порядком расставлены необходимые точки над «i». Указанное полностью укладывается и в рамки конвенционных подходов. Так, в п. 3 ст. 1 Оттавской конвенции устанавливается: «Настоящая Конвенция применяется независимо от того, имеет лизингополучатель в настоящее время или приобретает впоследствии

возможность выкупить оборудование...». Таким образом, как по международному соглашению, так и по российскому закону выкуп предмета лизинга по окончании срока аренды является факультативной характеристикой его юридического содержания, несмотря на то, что подобное может часто встречаться на практике. В связи с этим необходимо заметить, что законодательство других стран решает данный вопрос иначе. Например, украинский законодатель выставляет этот момент в качестве необходимого условия любой сделки финансового лизинга.

Устранены также иные юридические разночтения, касающиеся лизинговых отношений и особенно выделения отдельного их вида — международного сублизинга, который устанавливался прежним законодательством. Последним определялось основное отличие международного сублизинга — перемещение предмета лизинга через таможенную границу РФ только на срок действия договора сублизинга.

Таким образом, исходя из прежнего правового регулирования, если иностранное юридическое лицо заключало договор лизинга с российским юридическим лицом о передаче в долгосрочную аренду третьему лицу — российскому предпринимателю без образования юридического лица — закупленного у чешского дистрибьютора, имеющего представительство в России, грузовика «Татра» со склада в Москве (или любого оборудования, приобретаемого у российского производителя), такая совокупность отношений не являлась бы договором международного сублизинга, поскольку в данном случае не имеет место основной критерий — перемещение предмета лизинга и сублизинга через таможенную границу РФ.

## § 6. Факторные операции в МЧП

**Понятие факторинга.** Вторым международным соглашением, принятым в тот же день в Оттаве наряду с подписанием Конвенции о международном финансовом лизинге, стала Конвенция УНИДРУА по международным факторным операциям.

По договору факторинга банк (либо иное лицо) обязуется взять на себя неоплаченные требования клиента и погасить их за свой счет, т.е. оплатить с удержанием вознаграждения, составляющего определенный процент от величины требования (колеблющийся от 2 до 12 процентов стоимости).

Договор факторинга так же, как и лизинг, — один из новейших договорных видов, потребовавших надлежащей правовой регламентации прежде всего ввиду достаточно широкой распространенности в международном торговом обороте. Хотя «родиной» факторинга является Англия, в которой он впервые получил законодательное закрепление (еще в 1889 г. принят здесь Закон о факторах), активно этот договорной вид стал применяться с конца 50-х гг. в США, а в 60-х гг. получил распространение в большинстве стран мира. В нынешних условиях факторные операции (от англ. *factor* — лицо, действующее за счет другого лица) большей частью осуществляются банками.

В деловых отношениях между различными контрагентами, в том числе и в области внешнеэкономических связей, зачастую

возникают ситуации противоречия между экономическими потребностями сторон и юридической основой их взаимоотношений. В частности, отгрузка товара по международной купле-продаже произведена, а платеж за него, особенно если это поставка с рассрочкой платежа, производится покупателем товара спустя известный промежуток времени, причем нередко значительный. Денежные требования продавцов, подрядчиков, перевозчиков, страховщиков и страхователей и т.д. хотя и имеют в принципе имущественную ценность, но в силу договорных условий с партнерами не могут быть реализованы в момент исполнения ими своих обязательств, поскольку «заморожены» до определенного срока. Однако вполне можно предположить, что даже в такой ситуации соответствующие «замороженные» требования имеют потребительский спрос и, значит, могут стать предметом предпринимательской сделки между другими лицами, если одно из них обладает свободными денежными средствами, а другая сторона идет на уменьшение своих поступлений по сделке за счет выплаты комиссионного вознаграждения первому лицу за покупку его будущего требования к соответствующему должнику. Приведенная схема операций может принести выгоду как одному, так и другому лицу: кредитор сразу получает платеж, а фактор («покупатель прав требования») — получает за использование собственных средств материальное вознаграждение.

В развитых странах сделки по факторингу осуществляются специализированными организациями (факторинговыми компаниями или банками), с предоставлением разнообразных сопутствующих услуг — по бухгалтерскому учету и ведению счетов в рамках передаваемых требований, контролю за финансовым состоянием должников и т.д., обеспечению страхования рисков неплатежа и др.

Принято считать, что факторинг зародился в первой половине XIX в. как комплекс финансово-коммерческих услуг, предоставлявшихся производителям или поставщикам товаров торговыми компаниями, которые занимались сбытом их продукции. Типичным в содержании их взаимоотношений было то, что агент не только продавал производимый изготовителем товар, но и обеспечивал его авансом или кредитами для целей производства. Это касалось и внутренней, и внешней торговли. Позднее агенты отказались от коммерческих функций, сосредоточившись лишь на финансовых сторонах обслуживания, и постепенно перешли к прямой покупке «долгов» в виде выставленных покупателям счетов-фактур. Именно с этим периодом связывается возникновение прообраза современного института факторинга.

Юридическое содержание факторинга состоит в правах и обязанностях, возникающих непосредственно между двумя контрагентами: фактором (финансовым агентом) и поставщиком товаров, работ и услуг (клиентом). Типичной для современных отношений по факторингу является уступка всей дебиторской задолженности клиента фактору (оговорка «в пользу фактора»). Как подчеркивают специалисты, все договоры о факторинге включают в себя эту оговорку, благодаря которой клиент лишен возможности вступать в аналогичные отношения с другим фактором. Это принцип, представляющий

собой существенный элемент факторинговых отношений и лишаящий клиента возможности передать финансовому агенту только сомнительные долги или те, в отношении которых есть опасение, что они не будут уплачены, на практике действует не так строго, поскольку контрагенты договариваются о том, что договор будет действовать только в отношении, например, поставок лишь определенной продукции. Но и в этом случае все долги, относящиеся к таким поставкам, должны быть предметом уступки.

По договору факторинга клиент обязуется предоставить финансовому агенту доказательства того, что он произвел поставку товара, выполнил работы или оказал услуги, т.е. подтвердить документально существование долга со стороны партнера по первичной сделке. Реально подобным доказательством являются счета-фактуры (инвойсы), передаваемые фактору, в которых обязательно должно содержаться указание о необходимости совершить платеж фактору. Кроме того, поставщик обязан сообщить финансовому агенту все сведения о покупателе или покупателях, их требованиях, которые могут быть противопоставлены требованиям по получению конкретного платежа по передаваемому долгу, и прочую информацию, имеющую значение для беспрепятственного взыскания задолженности. В качестве вознаграждения клиент уплачивает фактору комиссию, размеры которой зависят от продолжительности периода рассрочки платежа и связанных с этим рисков его неполучения, состояния рынка в данной области производства, обращения товара или услуг, деловой надежности покупателей, объема претензий и разногласий между партнерами и т.д.

Основной обязанностью фактора выступает оплата принятых финансовых (денежных) требований. Если фактор берет на себя контроль за счетами клиента и их обработку, то он может в известной мере выполнять консультативные функции и определять политику в отношении соответствующих покупателей. Несмотря на то что главным юридическим содержанием договора факторинга является установление взаимных прав и обязанностей клиентов и фактора, далеко не безразличны для его сути и отношения фактора с должниками — покупателями товаров и услуг, а также с третьими лицами. Об уступке требования должно быть известно покупателю, в результате чего требование по уплате долга обращается к нему не от поставщика, а со стороны фактора. Хотя в обычной деловой практике должники, как правило, следуют полученному указанию в отношении адресата платежа, однако иногда могут возникать и встречные требования покупателя к фактору, которые он вправе предъявить поставщику. В подобных случаях важно разграничить требования по их природе — на те, которые связаны с переданным долгом и касаются, например, ненадлежащего исполнения договора по качеству и количеству, и те, которые противопоставлены, по существу, не фактору, а поставщику (скажем, в порядке зачета). Если первые в принципе имеют силу против фактора, то удовлетворение второй категории притязаний зависит от времени их возникновения: возникшие до уступки требования, к тому же обоснованные, они могут быть противопоставлены финансовому агенту. Однако последний вправе предъявить регрессный иск клиенту.

В практике западных стран, особенно судебной, далеко не единообразно решается вопрос о взаимоотношениях фактора с третьими лицами. Так, права и обязанности, скажем, других кредиторов поставщика или покупателя в существенной мере затрагиваются договором факторинга. Например, вопрос о том, кто имеет преимущественное право удовлетворения требования из имущества обанкротившегося клиента или покупателя — фактор или прочие

кредиторы, — далеко не праздный.

Так, в проформах на отдельные виды поставок соответствующих товаров или оказания услуг либо выполнения работ преимущественное право клиента нередко конкретно указывается в тексте договора. Это приводит к тому, что в такой ситуации при банкротстве покупателя фактор как финансовый агент поставщика будет пользоваться непосредственным приоритетом перед другими кредиторами, поскольку это прямо предусмотрено в положениях контракта поставки. При банкротстве же клиента фактор будет пользоваться приоритетом перед обычными кредиторами в отношении уступленных ему по договору факторинга требований.

В российском Гражданском кодексе (части второй) имеется отдельный договорный институт, урегулированный особо и называемый «финансирование под уступку денежного требования». Он, по сути, является договором факторинга, однако именуется, как видим, иначе. С точки зрения экономической сущности категория «финансирование под уступку денежного требования» была известна отечественной практике и раньше, однако именно с принятием нового основного гражданско-правового акта — ГК РФ — этот тип договорных отношений получил отдельную регламентацию в качестве договорного вида и терминологически стал отождествляться с договором факторинга как такового.

Договор факторинга (финансирования под уступку денежного требования) по российскому праву (ст. 824) представляет собой оказание посреднических услуг по проведению финансово-расчетных операций между участниками гражданско-правовых сделок, иногда предусматривающих также предоставление других услуг коммерческого характера. Участниками договора факторинга являются: поставщик товара или услуг (клиент), фактор (фирма-посредник) и приобретатель товаров или услуг (покупатель) — должник.

Эффективность применения рассматриваемого договора в условиях рыночной экономики обусловлена заложенными в нем возможностями повышения рентабельности деловых операций. С его помощью банки, кредитные учреждения и организации, специализирующиеся на определенных операциях, выкупая денежные требования третьих лиц и выступая тем самым в виде финансовых агентов, расширяют круг предоставляемых на условиях возмездности коммерческих услуг, т.е. увеличивают емкость и сферу рынка. Несмотря на то что Российская Федерация не является участницей Оттавской конвенции, положения российских национально-правовых актов, прежде всего гл. 43 части второй Гражданского кодекса, учитывают ее содержание.

**Международно-правовое регулирование факторинга.** В настоящее время в национально-правовом плане данный вид договора законодательно урегулирован в довольно незначительном числе стран, поэтому разработка и заключение вышеупомянутого международного соглашения явились практически первым серьезным шагом в создании нормативной базы для соответствующих отношений, возникающих в международной области. Между тем развивающаяся интернационализация операций по факторингу, в результате которой многие факторинговые фирмы стали специализироваться на «импортном» или «экспортном» факторинге, отсутствие национальной регламентации и существенные расхождения в его содержании и практике применения, что имеет место в некоторых государствах, во многом стимулировали не только ход разработки конвенционных норм, но в известной степени преопределили и их качество. Специалисты отмечают, что в этой

Конвенции удалось не только дать по отдельным вопросам унифицированное регулирование, учитывающее опыт и практику различных национальных систем права и соответствующее требованиям современного международного экономического оборота, но и предложить решение некоторых вопросов, не урегулированных до сих пор на уровне отдельных национальных правовых систем.

По смыслу Конвенции УНИДРУА 1988 г., под «контрактом по факторным операциям» понимают договор, заключенный между одной стороной (поставщиком) и другой стороной (фирмой по факторным операциям, именуемой цессионарием), в соответствии с которым: а) поставщик может или должен уступить цессионарию обязательственные требования, вытекающие из контрактов по продаже товаров, заключаемых между поставщиком и его заказчиками (дебиторами)» (ст. 1). Цессионарий по договору факторинга, регулируемого Конвенцией, должен взять на себя по крайней мере два обязательства из числа перечисляемых в ее положениях: 1) финансирование поставщика, в частности путем предоставления ему аванса или займа (кредита); 2) ведение счетов по уступаемым требованиям; 3) предъявление к оплате и получение дебиторской задолженности покупателей; 4) защита интересов поставщика в связи с неплатежеспособностью должников.

Конвенция не регулирует отношений по сделкам, которые касаются товаров, закупленных в основном для личного, семейного или домашнего пользования. Основной ее целью была разработка такого режима регулирования, который мог бы учесть трехсторонний характер отношений по данному договору: между поставщиком (клиентом), фактором и должником (покупателем).

Факторные операции выполняются как в пределах одной страны, и тогда речь идет о «внутреннем» факторинге, так и в международном масштабе, когда отношения выходят за пределы какой-либо одной юрисдикции. В каких же случаях можно говорить о международном факторинге? Как и многие другие современные международно-правовые акты унифицирующего характера, данная конвенция использует для установления «международности» такой критерий, как нахождение основного места деятельности (коммерческого заведения) партнеров в разных государствах: «Настоящая Конвенция применяется в случаях, если обязательственные требования, уступленные по контракту по факторным операциям, вытекают из контракта по продаже товаров между поставщиком и дебитором, которые имеют свое заведение в различных государствах» (п. 1 ст. 2). Важным условием определения сферы действия Конвенции является то обстоятельство, что эти государства, а также государство, в котором фактор имеет свое заведение, являются договаривающимися государствами, или контракт на продажу товаров и контракт по факторным операциям регулируются законом договаривающейся страны (п. 1 (а) ст. 2).

В случае, если какая-либо из сторон имеет более чем одно место осуществления бизнеса, под заведением, на которое ссылается данная конвенция, понимается то из них, которое наиболее тесно связано с контрактом по факторингу или его исполнением с учетом обстоятельств, известных сторонам или предусматриваемых ими в какой-либо момент до его заключения либо при совершении контракта (п. 2 ст. 2).

Унифицированные материально-правовые нормы, заключенные в рассматриваемом международном договоре, могут не охватывать всех аспектов регулируемых отношений. Вопросы, относящиеся к сфере действия Конвенции, но не получившие в ней специальной регламентации, подлежат разрешению на

основе общих принципов этого документа, а в случае отсутствия таковых будут регулироваться законом, применяемым на основании норм международного частного права (коллизионных норм). Таким образом, национальное право, установленное в соответствии с надлежащими коллизионными принципами прикрепления, в определенных случаях применяется субсидиарно.

Нормы Конвенции носят диапозитивный характер, т.е. стороны могут договориться о том, что они исключают для своих договорных отношений действие конвенционных положений (ст. 3). С другой стороны, если применение Конвенции исключается, то такое исключение должно касаться *всей Конвенции*. При сравнении, к примеру, с Венской конвенцией ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров нетрудно заметить различие в подходах к указанному обстоятельству: последняя допускает исключение как всех, так и любой части по выбору самих контрагентов ее положений, оговоренных в гражданско-правовом контракте.

В связи с тем, что в международной хозяйственной практике так же, как и во внутригосударственном масштабе, требования кредиторов какого-либо лица могут иметь различную правовую природу, важной задачей является установление очередности притязаний соответствующих категорий субъектов. В данном случае в Конвенции УНИДРУА закреплено правило приоритета договора о факторинге над иными видами договоров (например поставки товара или оказания услуг), из которого вытекает требование, в соответствии с чем и претензии фактора должны иметь преимущественный характер перед требованиями иного рода. Рассмотренная ранее ситуация несовпадения судебной практики ряда государств в отношении решения проблемы, когда уступка требования поставщиком фактору нарушает соглашение сторон, запрещающее такую уступку, в Конвенции получило единообразное регулирование: ст. 6 разрешает любую такую уступку несмотря на положения любого другого соглашения, если только государство, присоединяясь в Конвенции, не сделало соответствующего заявления о неприменении данных положений к случаям, когда должник имеет деловое заведение (место осуществления деятельности) на территории этого государства. Между тем в Конвенции четко устанавливается, что ее положения, в том числе и вышеуказанные, не распространяются на последующие цессии, если они запрещены договором о факторных операциях (ст. 12).

Согласно конвенционным предписаниям должник непременно должен быть извещен о переуступке права требования. Уведомление направляется должнику либо самим кредитором (поставщиком), либо по его поручению фактором и должно содержать указание требований, которые составили предмет уступки фактору. Кроме того, в уведомлении в достаточной степени конкретизируются как требования, так и данные о самом факторе, которому покупатель или другое лицо, имеющее обязательство перед клиентом, должно осуществить платеж. При условии соблюдения перечисленных обстоятельств, а также если извещение касается требований, которые вытекают из контракта, заключенного в момент выдачи уведомления либо до этого, должник обязан оплатить свой долг

В связи с этим необходимо упомянуть, что в мировой практике встречаются два вида факторинга: конвенционный (открытый) и конфиденциальный (неоткрытый). При конфиденциальном факторинге контрагенты клиента не осведомлены о передаче счетов финансовому агенту. Конвенция, устанавливая обязанность должника совершить платеж финансовому агенту лишь в случае его письменного

уведомления об уступке конкретного денежного требования определенному лицу — данному финансовому агенту, исходит, таким образом, из применения открытого факторинга. Вследствие этого должнику предоставлено право получить от финансового агента доказательства о переуступке ему требования, которое должник обязан оплатить.

В обязанность должника входит производство фактору оплаты задолженности в том случае, если ему ничего не известно о каких-либо иных преимущественных правах третьих лиц (ст. 8). Должник, которому фактор адресует свое денежное требование, может, однако, противопоставить фактору свои претензии, обусловленные договором поставки (выполнения работ или услуг и др.). В то же время Конвенция позволяет фактору не возвращать суммы, уплаченные ему должником, при условии, что последний может получить их с самого поставщика (п. 1 ст. 10). При этом следует иметь в виду, что должник может потребовать от фактора возврата сделанного ему платежа, если последний не исполнил своего обязательства перед поставщиком или осуществил выплату денежного требования, зная, что у должника имеются претензии к клиенту (поставщику) (п. 2 ст. 10).

Договор о факторинге может включать уступку не только денежного требования, но и иных прав, которыми обладает клиент (поставщик), включая преимущества, возникающие из оговорки о сохранении за продавцом права собственности на товары до их полной оплаты или иных способов обеспечения исполнения обязательств применительно к поставщику.

Актуальность совершенствования правового регулирования рассматриваемых отношений, в том числе и международно-правовыми средствами, подтверждается тем, что в рамках Комиссии по праву международной торговли ООН (ЮНСИТРАЛ) также ведутся работы по подготовке унифицированного документа, касающегося уступки финансового требования в международной торговле.

## **§ 7. Договор франчайзинга (франшиза)**

Договор франчайзинга (франшизинга, или франшиза) так же, как и в предыдущих двух случаях, терминологически вошел в научный и деловой оборот России, по существу, в последнее десятилетие. Однако в российском законодательстве благодаря принятию нового Гражданского кодекса легальное обозначение данного вида осуществляется посредством иного наименования, сходного с тем, которое используется, например, во Франции, — коммерческая концессия (*concession commerciale*).

Таким образом, с юридически формальной точки зрения в частное право России введен новый договорный институт, который применяется в предпринимательской деятельности (ст. 1027 ГК РФ). Наименование же «франчайзинг», или «франшиза», известно больше англосаксонскому праву (оно появилось в прошлом веке в США).

Распространение его в международном хозяйственном обороте позволило создать и обеспечить безупречное функционирование целой сети торгово-производственных домов, предприятий гостиничной индустрии, автомобильного и иного сервиса и т.д., объединяемых «общей маркой» и разбросанных по всему миру. Достаточно упомянуть ставшие привычными, кстати, и для урбанистического ландшафта России фирмы и компании общественного



питания: «МакДоналдс», «Пицца Хат», «Баскин Робинс», отели «Хилтон», «Карлтон», «Шератон», прачечные и химчистки «Мартини», автозаправочные и сервисные станции «Шелл», центры обслуживания «Мерседес», «Фольксваген», «Вольво», «Сааб», «Мицубиси», «Опель» и пр., компанию телекоммуникаций «Би Лайн», магазины «ИКЕА» и т.п.

Договор франчайзинга представляет собой долгосрочный договор, в силу которого сторона, предоставляющая франшизу (правообладатель), обязуется за вознаграждение последовательно осуществлять поставки товаров и оказывать определенные услуги, передавать опыт, знания, навыки в хозяйственной деятельности, а также наделять другую сторону (пользователя) правом использования комплекса исключительных прав в отношении объектов интеллектуальной собственности. Поскольку предоставление со стороны правообладателя пользователю исключительных прав интеллектуальной собственности является основным обязательством, определяющим особенности договора, этот договор часто рассматривается как разновидность лицензионных договоров. Он, как было отмечено, заключается большей частью с целью создания новых хозяйственных комплексов (магазинов, ресторанов, гостиниц и т.п.), расширения сети рынков сбыта товаров и услуг под фирменным наименованием правообладателя. Это отличает его от обычных лицензионных договоров, которые позволяют лицензиату использовать некоторые отдельные объекты охраны промышленной или интеллектуальной собственности (изобретение, полезную модель, товарный знак, литературное произведение, компьютерные базы данных и другие охраняемые объекты), права на которые принадлежат собственнику данного новшества.

Иногда в литературе указывается, что договор коммерческой концессии более предпочтителен для использования в коммерческой жизни, нежели, например, создание дочерних предприятий за границей. Однако с этим трудно согласиться. Дело как раз в том, что перечисленные выше «монстры» мирового бизнеса предоставляют франшизу (коммерческую концессию) в наиболее «отработанном» варианте именно своим предприятиям, которые созданы либо со 100-процентным, либо с преобладающим собственным участием. Подобное обеспечивает им экономический и юридический контроль за деятельностью в целом созданного в данной стране заведения, действующего под известной в мире маркой, а также в части осуществления получателем исключительных прав и конкретных правомочий по франшизе.

В настоящее время, поскольку международно-правовых средств регулирования в данной сфере общественных отношений не существует, определенные их элементы регулируются с помощью национально-правовых инструментов, а также с использованием рекомендательных норм, выработанных в рамках международных организаций и органов.

Франчайзинг, как правило, действует в двух основных формах: производственного и торгового франчайзинга, хотя специальная литература различает еще два вида — «сбытовой» и «в сфере обслуживания». Производственный франчайзинг используется изготовителями для расширения продаж своих изделий. Лицензиат уступает право сбыта своего товара (или группы изделий) на определенный срок и (или) на определенной территории. Зачастую договор франчайзинга подобного рода имеет все признаки договора об исключительной продаже. Тем не менее и в этом случае правообладатель

имеет возможности сохранять за собой контроль за деятельностью пользователя франшизы по соблюдению должного производства или обслуживания товара, постоянного поддержания его качества и стандарта. Торговый франчайзинг заключается в предоставлении лицензиату (пользователю) «пакета услуг» (раскрытие секретов производства и торговли, методов сбыта, организации производства и сбыта, накопленных знаний и опыта, товарные знаки и знаки обслуживания). Все это направлено на более успешную реализацию производимых товаров и услуг. Кроме того, обеспечивается унификация параметров хозяйственной деятельности всех пользователей франшизы, находящихся в деловых отношениях с одним лицензиатом, поддержание на определенном уровне «марки» и «имиджа» данного лица, предоставившего коммерческую концессию. С другой стороны, эффективное действие франчайзинга между двумя партнерами в дальнейшем может позволить обратиться и к другим формам сотрудничества.

Особо необходимо подчеркнуть, что в ходе реализации данного вида договора происходит укрепление соответствующего товарного знака, коммерческого или фирменного обозначения, объективное сопротивление его «размыванию», особенно если это общеизвестный знак, а также вообще позиций лица на рынке. Однако, с другой стороны, деятельность подобных «империй», основанных на франчайзинге, должна соотноситься и с противоположной тенденцией, имеющей место в системах правового регулирования предпринимательства практически всех без исключения стран, — запрещения и противодействия ограничению конкуренции посредством принятия антимонопольного законодательства и антимонопольных мер. В рамках всемерного развития договорных отношений по франчайзингу тем не менее продолжают действовать основные принципы охраны и определения охраноспособности объектов исключительных прав.

Показательно в этом отношении решение суда Дании по делу компании «МакДоналдс» против датского торговца сосисками, образовавшего в 1994 г. свое небольшое предприятие по торговле бутербродами с сосисками под названием «McAAllan». «МакДоналдс» утверждала, что в данном случае вводится в оборот знак, способствующий смешению продукции и введению потребителя в заблуждение. Однако, как указывается в публикациях, датчане имеют давнюю традицию покупать бутерброды с сосисками в передвижных и стационарных вагончиках, вследствие чего в общественном сознании населения этой страны продавец сосисок ассоциируется с одним из элементов датской культуры питания. По мнению суда, оспариваемое название не влияет на отличительные признаки знака и не вводит потребителя в заблуждение относительно источника происхождения товара.

В договор франчайзинга могут быть включены передача правообладателем пользователю разнообразных объектов интеллектуальной собственности. В связи с тем что речь идет об имущественных правах в отношении нематериальных объектов, которыми можно пользоваться одновременно на территории нескольких государств, существенными условиями договора франчайзинга выступает согласование

между партнерами сферы его действия, территории, охватываемой концессией, вида деятельности, в процессе которой будет осуществляться пользование исключительными правами, коммерческой информацией, консультациями и т.д. Возможность пользователя уступить полученное третьим лицам на основании договора субконцессии, предусмотренная в договоре, может отвечать первоочередным интересам самого правообладателя. В результате указанное может стать не правом, а обязанностью пользователя.

Специфической особенностью данного договора является его прекращение. Поскольку предметом договора служит обладание лицом исключительными правами на объекты интеллектуальной собственности, договор франчайзинга прекращается с отпадением основных элементов комплекса таких прав, предоставленных по договору, в числе которых право на товарный знак, знак обслуживания, промышленный образец (охраняемую внешнюю форму изделия), литературное произведение, программу ЭВМ, базу данных и т.д., фирменное наименование, коммерческое обозначение. Последние элементы по большей части прекращают свое действие с ликвидацией юридического лица или предпринимателя. В этом смысле закон, применяемый к ликвидации юридического лица, а в качестве такового будет выступать его личный статут (*lex societatis*), должен приниматься во внимание и для определения юридических последствий прекращения исключительных прав, являющихся предметом договора франчайзинга в той мере, в какой это не противоречит закону, на основании которого возникли данные права.

Договор о франшизе следует отличать от договоров комиссии или агентских договоров. Несмотря на внешнюю схожесть данных видов договоров, а также совпадение их целей — обеспечить максимальный сбыт продукции, — в части юридического содержания они коренным образом различаются, поскольку комиссионер и агент действуют в интересах и за счет принципала, оказывая ему услуги и получая за это вознаграждение. Лицензиат же в гражданско-правовом отношении действует по договору коммерческой концессии самостоятельно, однако использует за вознаграждение полученные исключительные права от правообладателя. Следовательно, если дистрибьютор по агентскому договору получает от производителя товаров вознаграждение за сбыт товаров, то получатель коммерческой концессии сам платит производителю за право работать под его фирмой.

Тем не менее в данном случае следует оговориться. Иногда правообладатель, приспособившись к условиям местного рынка, может отступить от общепринятой юридической схемы договора. На Западе стоимость права пользования «раскрученной» торговой маркой (товарным знаком) оценивается от минимум 30 000 до 250 000 и выше долларов США в качестве паушальной платы и последующих регулярных отчислений (роялти) в размере 5—15 проц. прибыли пользователя. Желая работать на российском рынке, некоторые компании делают, например, поправки с учетом его особенностей, в том числе применительно к тому, что касается такой его безусловной характеристики, как огромная емкость. В частности, американская корпорация «Mr. Doors Home Decor Inc.», предоставляя своим партнерам франшизу, включающую право пользования товарным знаком, наименованием, консультационными услугами, ноу-хау и т.д. собственника исключительных прав, при сбыте ими продукции в РФ и других странах СНГ отменила плату за пользование товарным знаком,

позволив партнерам производить популярный товар (шкафы-купе), проверенный западным потребителем, под именем компании, однако обязывая при этом пользователя применять материалы, стандарты качества, цены и технологию «Mr. Doors».

По мнению российских ученых, согласно законодательству РФ договор коммерческой концессии не относится к смешанным (см. п. 3 ст. 421 ГК). Хотя такой договор и опосредствует комплексные отношения обязательственного характера, он урегулирован как самостоятельный вид договора. К его регламентации применяются правила соответствующего раздела Гражданского кодекса (гл. 54 «Коммерческая концессия»), а также субсидиарно специальные нормы, посвященные охране исключительных прав.

С точки зрения международного частного права, безусловно, важное значение имеет коллизионно-правовой аспект регулирования связанных с данным договорным видом отношений. Поскольку в международном масштабе до настоящего момента не разработано каких-либо унифицированных материальных или коллизионных норм, относящихся к франчайзингу, закономерен вывод о том, что должно быть осуществлено обращение к национальным коллизионным нормам и материально-правовым предписаниям.

При анализе затронутой проблемы на основе материала Российской Федерации следует отметить, что в действующих коллизионных нормах не существует специальной формулы прикрепления, позволяющей говорить о всемерной урегулированности всех аспектов этого вида отношений. В ст. 166 Основ ГЗ Союза ССР и республик, как известно, используются специальные формулы прикрепления для перечисленных в ней видов договоров (п. 1 ст. 166). Однако для тех договоров, которые не упомянуты в ее положениях, сформулирован более общий принцип: *lex venditoris* в широком значении — привязка к праву той страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, значение которого для содержания такого договора является решающим. Следовательно, поскольку основное (решающее) предоставление осуществляет по договору франчайзинга правообладатель, то в случае, когда стороны не избрали применимого к договору правопорядка, применяется право страны правообладателя. Вместе с тем, ввиду того что деятельность по договору коммерческой концессии очень часто связана с приданием ей и соответствующей организационно-правовой формы (при создании дочерних предприятий правообладателя), не исключено применение и права государства, на территории которого существует данное юридическое лицо.

Затрагивая вопрос о перспективах регулирования в этом плане, напомним, что в третьей части ГК РФ к существующим в основах ГЗ 1991 г. (в числе которых имелся и лицензионный договор) добавлены некоторые иные договорные виды, также подчиняющиеся приведенному выше принципу *lex venditoris*. Среди них договор коммерческой концессии. Данная коллизионная привязка используется в лицензионном договоре, договоре франчайзинга, равно как и в других, на основе общих положений коллизионно-правового регулирования договорных обязательств и составляет необходимый механизм отыскания применимого права. С учетом этого формула прикрепления *lex venditoris* в широком понимании обуславливает применение к коммерческой концессии (франчай-зингу) закона страны правообладателя (п. 3 ст. 1211 ГК РФ), выступающего к тому же и в качестве закона, с которым отношение имеет наиболее тесную связь (п. 2 ст. 1211).

### **Контрольные вопросы:**

1. Каковы наиболее широко распространенные виды договоров, применяемые в различных областях международной торговли в широком смысле слова?
2. Какова система правового регулирования гражданско-правовых договорных отношений международного характера?
3. Какова современная практика, имеющаяся в различных государствах, коллизионно-правового и материально-правового регулирования договора международной купли-продажи товаров?
4. Чем представлены современные инструменты правового регулирования прав и обязанностей сторон по договорам перевозки в зависимости от видов транспортных средств?
5. Каковы содержание и особенности правового регулирования договоров международного финансового лизинга?
6. Каковы содержание и особенности правового регулирования договоров франчайзинга?
7. Каковы содержание и особенности правового регулирования факторных операций в международной торговле?

### **Глава 24. Деликтные обязательства в МЧП**

**Литература:** *Раане Л.* Международное частное право. М., 1960. С. 519—530; *Очерки международного частного права.* М., 1963. С. 112—136; *Луниц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 356—379; *Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984. С. 213—222; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 174—186; *Кабатова Е.В.* Деликты в международном частном праве//Государство и право. 1992. № 9; *Сборник договоров об оказании правовой помощи.* М., 1996; *Звеков В.П.* Международное частное право: Курс лекций. М., 1999; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Практикум. М., 1999; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 276—285; *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. М., 2001. С. 176—193; *Международное частное право: Иностранное законодательство / Сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов.* М., 2000.

### **§ 1. Общие вопросы коллизионного регулирования деликтных обязательств в МЧП**

Развитие научно-технического прогресса, приводящее к усовершенствованию настолько принципиального характера, что порою качественно меняются производство, обращение, транспорт, средства связи и мир в целом, обуславливает внедрение в жизнь совершенно не известных ранее явлений. Расширяются материальная и физическая сферы деятельности человека (изобретение новых средств транспорта и коммуникаций, коммерческое освоение космоса, морского дна и т.д.). И вместе с тем дают о себе знать явления другого порядка, в частности, приобретает небывалый размах миграция населения и связанные с ней процессы, в рамках которых возникают

разнообразные отношения, имеющие не только договорно-правовую природу. К числу последних следует отнести квазидоговорные и деликтные отношения.

Научно-технический прогресс сделал необычайно актуальными некоторые аспекты деликтных обязательств, связанные, например, с тем, что неправомерное действие совершено на территории одного государства, а наступление вредоносного эффекта имеет место в пределах другой юрисдикции (так называемые трансграничные правонарушения). Представим себе, что некая бумажная фабрика, находящаяся в Бразилии, сбрасывает в реку промышленные отходы, а крестьянские хозяйства Аргентины или Уругвая, находящиеся в сотнях километров от места сброса, используют воду из этой реки для выращивания сельскохозяйственной продукции. Вследствие питания посевов токсичными водами качество урожая резко ухудшается. Таким образом, вредоносный эффект конкретного действия наступает в иной стране, нежели та, где был совершен деликт.

Ранее, в главе 4 «Общей части», были продемонстрированы ситуации, показывающие всю сложность разрешения коллизионного вопроса при совершении правонарушения, причиняющего вред, если они имеют «обычный» международный характер. При «трансграничных» деликтах трудностей возникает гораздо больше.

Для данной области международного частного права основным или по крайней мере весьма устойчивым коллизионным принципом является привязка к праву места причинения вреда, т.е. к закону того государства, где было совершено действие, послужившее основанием для предъявления требования. Иными словами, речь идет о законе места совершения деликта — *lex loci delicti commissi*. Вместе с тем в процессе осуществления международных связей в большом числе случаев практикуется страхование всевозможных рисков, которое призвано обеспечивать защиту интересов как пользователей соответствующими благами, в том числе производимыми источниками повышенной опасности, так и их владельцев, и, кроме того, любых третьих лиц. Вследствие этого указанный принцип на настоящем этапе уже не может рассматриваться как единственно возможный или приемлемый для всех ситуаций причинения вреда и всецело охватывающий рассматриваемую часть международных частно-правовых отношений.

В 50-х гг. американские юристы предложили иную систему определения права, применимого к деликтным отношениям, основанную на оценке интереса того или иного государства в применении своего или чужого правопорядка при пограничных или трансграничных случаях причинения вреда, обусловленных техническим прогрессом и изменениями в социальной сфере. Выдвигаемые американской правовой наукой правила как бы «взвешивают» интересы государств при использовании права, учитывая значение и сферу действия внутренних норм, относящихся к деликтам, а также исходят из рассмотрения гипотезы о том, какой правопорядок в наибольшей мере был бы подорван неприменением того или иного правопорядка. Иначе говоря, речь идет об отыскании «собственного права деликта».

Английская и австралийская доктрины (М. Прайле) используют другой подход — так называемый принцип двойной подсудности, или двойной исковой силы (*double actionability*).

Система, предложенная американской школой МЧП, не смогла заменить собой использование на континенте старого коллизионного принципа прикрепления отношения к закону места причинения вреда. Однако известное влияние на формулирование все больших исключений из него в странах Европы

и некоторых других она тем не менее оказала. Одни исключения связывались с особым характером действий (например, неосновательное обогащение или диффамация — распространение не соответствующих действительности сведений), другие обуславливались тем, что принцип *lex loci delicti* не указывает на наиболее тесно связанное с данным отношением право. В последних случаях личный закон участников отношения или право, регулирующее договорное отношение по существу, если деликт связан с каким-либо контрактом, выступают в качестве более целесообразной альтернативы.

Во Франции коллизионной нормой, определяющей применимое к деликту право, является *lex loci delicti commissii* — закон места совершения действия и причинения вреда. Суды стремятся здесь применить французское право не только в тех случаях, когда действие по причинению вреда совершено на французской территории, но и если в этой стране имеют место только последствия такого действия. В судебной практике Франции не содержится решений по вопросу о том, что сторона может осуществить выбор применимого к деликту права.

Иначе обстоят дела в ФРГ. В свое время Л. Раапе подчеркивал: «Принцип места совершения деликта принудителен; в деликтном праве не существует автономии воли сторон». Однако с течением времени некоторые подходы изменились. Основные коллизионные нормы ФРГ, используемые в деликтных отношениях, содержатся в ст. 38—42 Закона о новом регулировании по международному частному праву (нового Вводного закона к ГГУ). Они предписывают, что применимым к отношению правом будет закон места совершения действия (деликта). Наряду с этим праву Германии известно различие таких понятий, как: «*Handlungsort*» и «*Erfolgsort*» («место действия» и «место результата»). Если место действия и место результата находятся в разных государствах, то немецкий суд (судья) по своей инициативе применит тот порядок, который в наибольшей степени благоприятен для защиты потерпевшей стороны. Потерпевшая сторона может также и сама осуществить выбор того или иного из двух законов (п. 1 ст. 40 Вводного закона к ГГУ). *Lex loci delicti commissii* отходит в сторону также и в случаях, когда и делинквент, и потерпевшее лицо имеют обычное местожительство в одной и той же стране в момент причинения вреда. В подобного рода ситуациях применяется право данного государства. Для решения вопроса о применимом праве, если в отношении участвуют юридические лица, ключевое значение соответственно будет иметь местонахождение административного центра вовлеченного в деликт юридического лица или его отделения. Если же сторонами в деликтном отношении, совершенном за границей, выступают граждане одного и того же государства, то по большей части будет применяться закон гражданства этих лиц (Италия, Греция, Бельгия, Германия, Россия, Алжир, Монголия, Вьетнам, Польша и др.). Близкий к этому подход закреплен и в Минской конвенции 1993 г. стран СНГ: «Если причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной Договаривающейся стороны, применяется законодательство этой Договаривающейся стороны» (п. 2 ст. 42).

Еще в 1993 г. в Германии был опубликован проект регулирования, относящегося к обязательствам из причинения вреда. Целью разрабатывавшихся норм в данной области явилось уточнение существовавшего положения и выработка некоторых специальных норм для специфических видов правонарушений. *Lex loci delicti commissii* по-прежнему оставался основным коллизионным правилом, однако стороны имели право выбрать применимое к деликту право, которое вместе с тем не должно наносить ущерба для прав

третьих лиц, что, как видно, является новеллой по сравнению с ранее изложенным подходом, закрепленным во Вводном законе ГГУ. В предлагавшемся регулировании содержались также и исключения из действия общего принципа *lex loci*. Так, если какой-либо иной правопорядок имеет более тесную связь с правонарушением, именно он и будет применяться. Подобного рода факторами, обуславливающими более тесную связь, выступает наличие договорных отношений между делинквентом и потерпевшим или местожительство обеих сторон в одном и том же государстве. В первом из указанных случаев правопорядок, регулирующий договорные отношения, будет квалифицироваться в качестве подлежащего применению права и в части деликтного отношения вместо закона места причинения вреда. В другой ситуации обстоятельством, ведущим к исключению закона места причинения вреда, является закон того государства, в котором проживают обе стороны деликтного отношения. Если «место действия» и «место результата» находятся в разных странах, потерпевшей стороне предоставляется возможность выбора того правопорядка, в соответствии с которым будет предъявляться требование о возмещении вреда. 21 мая 1999 г. в ФРГ был принят Закон о международном частном праве для внедоговорных обязательственных отношений и вещных прав, который дополнил Вводный закон к ГГУ. Новое регулирование введено в действие с 1 июня 1999 г.

Венгерский Закон о международном частном праве достаточно подробно регламентирует отношения деликтной ответственности. Так, согласно его положениям в случаях, когда и причинитель вреда, и потерпевшая сторона домицилированы в одном и том же государстве, будет применяться право этого государства (п. 3 ст. 32). Иными словами, основным критерием в подобного рода ситуациях выступает не гражданство лиц, а место их постоянного жительства (домициль). Общим же коллизионным принципом, закрепленным в венгерском праве, служит привязка к закону, действующему в месте совершения действия или бездействия в момент причинения вреда. В качестве его специального изъятия существует норма п. 2 ст. 32, устанавливающая возможность подчинения регулирования закону страны, где возник вред. Если же в соответствии с правом страны, в которой произошло действие или бездействие, причинившее вред, решение вопроса об ответственности поставлено в зависимость от вины делинквента, деликтоспособность причинителя вреда может обсуждаться как по личному закону делинквента, так и по закону места совершения действия (п. 4 ст. 32).

Вопрос о том, является ли соответствующее поведение, нанесшее вред, противоправным с точки зрения правил дорожного движения или иных норм безопасности, должен решаться по праву страны, в которой имело место такое поведение (п. 1 ст. 33). Если действие или бездействие имели место на зарегистрированном транспортном средстве или воздушном судне, причинение вреда и его последствия вне национальной юрисдикции подчиняются праву государства, флаг которого носит данное транспортное средство в момент причинения вреда. Как и многие другие государства, Венгрия не устанавливает ответственности за поведение и действия, которые по венгерскому закону не являются противоправными, а также по таким основаниям возникновения ответственности, которые не известны венгерскому правопорядку (ст. 34).

В Великобритании подход английских и шотландских судов, а также судов Северной Ирландии в случаях рассмотрения исков из правонарушений, совершенных за границей, с конца XIX в. при определении прав и обязанностей сторон опирается на применение закона суда (*lex fori*). В решении судьи Уиллса



по делу «Филипс против Эйр» (1870 г.) говорится: «Как общее правило, в случаях, когда следует отыскать основание для подачи в Англии иска, вытекающего из причинения вреда за границей, должны быть соблюдены два условия: во-первых, деяние должно быть противоправным с точки зрения английского права, как если бы оно было совершено в Англии, во-вторых, действие не должно допускаться и по праву страны, где оно было совершено». Это первая часть конструкции. Кроме того, правонарушение должно обладать таким характером, который обуславливает предъявление гражданско-правовых требований как по закону суда, так и по закону места причинения вреда.

В 1971 г. Палатой лордов правило, сформулированное в деле Филипс vs. Эйр, было изменено решением по делу Бойз vs. Чаплин, основным моментом которого стало выяснение, по какому из правопорядков — английскому или мальтийскому — следует оценивать ущерб. Несмотря на значительные трудности формулирования *ratio decidendi* в данном деле, сутью решения стало требование о том, чтобы применение правила об «исковой двойственности» характеризовалось гибкостью, а именно: отдельные вопросы взаимоотношений между сторонами могут быть подчинены закону страны, с которой в аспекте данного вопроса наиболее существенную связь имеют либо стороны, либо само событие. III часть Закона Великобритании о международном частном праве (некоторые положения) 1995 г. формулирует отдельные новые правила для урегулирования деликтных отношений. Принципы старого «общего права», продемонстрированные выше, были заменены подходами, более сходными с нормами многих других европейских стран (Германии, Нидерландов и др.). *Lex loci delicti commissii* становится главным принципом. Закон не предусматривает выбора применимого права сторонами. Однако он предусматривает случаи исключения из основного правила. Так, если определенные факторы обуславливают более тесную связь данного правонарушения (проступка — *tort* — по английскому праву и деликта — *delict* — согласно шотландскому) с иным законом, нежели право места его совершения, то именно он и должен применяться при условии, что такой правопорядок в значительно большей степени является соответствующим для данного отношения, нежели *lex loci delicti commissii*. В числе подобного рода обстоятельств могут фигурировать договорные отношения, постоянное местожительство или местонахождение, а также любые иные факторы, относящиеся к событию, его последствиям или чему-либо иному.

Нормы рассматриваемого Закона, касающиеся отыскания применимого права, устанавливают, что они применяются для решения вопросов, связанных с правонарушением (проступком) или деликтом. Этот правопорядок должен ответить в том числе на вопрос, что именно имело место — деликт либо правонарушение. Кроме того, согласно ему определяется факт противоправности деяния. Квалификации понятий, осуществляемые судом в аспекте международного частного права, возникающие в связи с исковыми требованиями в деликтных отношениях, даются компетентным учреждением, разбирающим дело (ст. 9).

В Нидерландах решением Верховного суда 19 ноября 1993 г. были сформулированы основные нормы, относящиеся к правовому регулированию деликтных отношений. Тем самым удалось положить конец неясностям и неопределенностям, существовавшим в рассматриваемой области. Регламентация строится на основе привязки к закону места причинения вреда. Однако стороны могут выбрать иной применимый к правоотношению правопорядок. Если же стороны деликта проживают в одной и той же стране и

если юридические последствия деяния в большей степени проявляют себя в этом конкретном государстве, соответствующий закон данного государства будет исключать действие закона места фактического причинения вреда. Однако голландское право не содержит ответа на вопрос о праве, применимом к случаям, когда противоправное действие происходит в одной стране, а его вредоносный эффект наступает в другой.

Швейцарский Закон о международном частном праве содержит довольно подробное и нестандартное регулирование, касающееся деликтных отношений. Так, в ст. 132 устанавливается, что стороны могут после наступления события согласовать, что применению подлежит право страны суда. В отношении требований, вытекающих из дорожно-транспортных происшествий, согласно положениям ст. 134 применяется Гаагская конвенция 1971 г. Если причинитель вреда и потерпевший имеют общее местожительство в одном государстве, подлежит применению правопорядок последнего. В случае, если у них нет общего места жительства, применяется общий коллизионный принцип — *lex loci delicti commissii*. Если результат вредоносного действия наступил в другом государстве, претензии, обусловленные причинением вреда, подчиняются праву этого государства.

В Японии соответствующие нормы, касающиеся коллизионных аспектов деликтных отношений, оперируют общим принципом *lex loci delicti commissii*: «Права и обязанности сторон, последствия обязательств, вызванных причинением вреда, неосновательного обогащения или иными неправомерными действиями, подчиняются праву того места, в котором произошло действие или иное событие, послужившее основанием для такого требования» (п. 1 ст. 11 Закона о применении законов вообще (хорей) 1898 г. в ред. 1989 г.). В то же время в правопорядке этой страны имеются некоторые особенности регулирования в рассматриваемой области. Указанные выше положения не применяются, если действия, произошедшие за границей, по японскому закону не являются противоправными (п. 2 ст. 11). Однако если даже такие действия, совершенные за границей, и являются прртивоправными согласно японскому законодательству, то потерпевший вправе предъявить иск только в том объеме, в каком возмещение ущерба или иные средства защиты допускаются японским правом (п. 3 ст. 11).

Говоря о новейших тенденциях в правовом регулировании деликтных отношений в международном масштабе, следует отметить все большее использование в данной области альтернативных коллизионных норм, в силу которых по выбору потерпевшего деликтные обязательства подчиняются либо праву места возникновения вреда, либо закону места совершения правонарушения (ст. 32 венгерского Закона о международном частном праве, § 133 Закона о международном частном праве Швейцарии).

Гражданка Узбекистана приобрела в магазине в Москве косметическое средство, выпущенное крупной западноевропейской компанией, осуществляющей торговлю производимыми ею товарами в ряде стран СНГ. Применение средства причинило ущерб ее здоровью.

Согласно ст. 1195 ГК Узбекистана (с изменениями 1996 г. и 1997 г.) к требованию о возмещении вреда, возникшего у потребителя в связи с покупкой товара, по выбору потребителя применяется: право страны, где находится место жительства потребителя; право страны, где находится место жительства или место нахождения производителя; право страны, где потребитель приобрел товар.

Второй «Свод законов о конфликте законов» США (1971 г.) рекомендует использовать в подобных ситуациях, помимо названных принципов, привязку к месту жительства (закону гражданства), а также к праву того государства, в котором лежит центр тяжести в отношениях сторон (§ 145), в отличие от первого Свода (1934 г.), исходившего из решающего значения принципа *lex loci delicti commissi* для определения статуса правонарушения (*tort*).

Однако решение коллизионного вопроса в США в условиях реальной действительности может представлять весьма сложную проблему, особенно в случаях, когда присутствуют элементы межобластных коллизий.

Вследствие грубой неосторожности наземного диспетчера при заходе на посадку в аэропорту г. Вашингтон столкнулись в воздухе два самолета: пассажирский «Дуглас» с 55 пассажирами и членами экипажа на борту и боливийский военный самолет, совершавший пробный полет. Столкновение произошло в воздушном пространстве над рекой Потомак. Аэропорт находится не в федеральном округе Колумбия, как город Вашингтон, а в штате Вирджиния.

Все лица, находившиеся в пассажирском самолете, погибли. Нос пассажирского самолета упал в реку Потомак (округ Колумбия), кормовая часть — на берег реки (штат Вирджиния). Боливийский самолет упал в реку, при этом летчик был ранен, но остался жив. Ответственность за действия наземного диспетчера должно было нести государство (США). Перед судом возник вопрос: должно ли в данном случае применяться право места совершения действия, причинившего вред (штат Вирджиния), согласно которому ответственность в подобных случаях ограничивается суммой в 15 тыс. долларов США за каждое лицо, или право места наступления последствий (округ Колумбия), не предусматривающее каких-либо ограничений ответственности?

## **§ 2. Регулирование деликтных отношений в Российской Федерации**

Пока не была принята третья часть ГК РФ, коллизионно-правовое регулирование деликтных отношений в Российской Федерации осуществлялось в соответствии с положениями Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., специальных актов, изданных в целях регламентации специфических видов ответственности в отдельных областях, а также международных договоров, заключенных РФ с иностранными государствами, в том числе в области оказания правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам. Исходным коллизионным принципом являлся *lex loci delicti commissi*: «Права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда» (ч. 1 ст. 167 Основ).

Указанный принцип носит характер общей коллизионной нормы. Она используется и в отраслевых актах, регулирующих наряду с прочим и отношения международного характера. Так, согласно КТМ РФ 1999 г. отношения, возникающие из столкновения судов во внутренних морских водах

и в территориальном море, подчиняются закону государства, на территории которого произошло столкновение (п. 1 ст. 420). Вместе с тем следует обратить внимание на то, что в действующем российском праве существуют нормы, которые специальным образом регламентируют отдельные вопросы деликтных отношений. Это касается прежде всего торгового мореплавания. Здесь в случаях, когда столкновение судов произошло в открытом море и спор рассматривается в Российской Федерации, применяется российское право, т.е. правила главы XVII КТМ РФ «Возмещение убытков от столкновения судов». К отношениям же, возникающим из столкновения судов, плавающих под флагом одного государства, применяется закон данного государства независимо от места столкновения судов (п. 3 ст. 420 КТМ РФ). Сравним: в силу п. 7. ст. 14 КТМ СССР 1968 г., действовавшего в РФ вплоть до 30 апреля 1999 г., т.е. до принятия Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации, в случае рассмотрения в СССР спора о возмещении убытков от столкновения судов подлежали применению нормы советского права. Во-вторых, предел ответственности владельцев судов плавающих под Государственным флагом СССР, определялся по советскому закону независимо от места столкновения судов (п. 8 ст. 14 КТМ СССР 1968 г.).

13 мая 1977 г. в районе порта Хельсинки в территориальных водах Финляндии произошло столкновение парома «Скандинавия», принадлежащего польской судоходной компании, и танкера Волжского речного пароходства. В результате столкновения оба судна получили повреждения. Спор рассматривался в соответствии с Московской конвенцией 1972 г. в МАК при ТПП СССР. В исковом заявлении истец (польский судовладелец) поставил вопрос о применении к обязательству по причинению вреда права Финляндии как места совершения деликта, вытекающего из действующих на тот момент положений Основ гражданского законодательства СССР (ст. 126-4). Истец полагал данную норму императивной коллизионной нормой, подлежащей безусловному применению. Морская арбитражная комиссия, рассмотрев заявление истца о применении материального права Финляндии, признала неосновательной его ссылку на статью Основ, поскольку в законодательстве СССР имела и специальная норма, предусматривавшая разрешение коллизий, связанных с ограничением ответственности судовладельца. Согласно ей (п. 8 ст. 14 КТМ СССР) правила главы XVI «Пределы ответственности судовладельца» должны применяться к судовладельцам, которые плавают под государственным флагом СССР. По мнению МАК, данная норма имеет приоритет над общей коллизионной нормой, поскольку она установлена, во-первых, специально для имущественных отношений, связанных с торговым мореплаванием, а не для любых имущественных отношений, и, во-вторых, специально для случаев ограничения ответственности судовладельцев по требованиям, возникающим из предусмотренного законом ограниченного круга оснований, в том числе по требованиям о возмещении ущерба, причиненного при столкновении судов, а не вообще каких бы то ни было обязательств из причинения любого вреда.

В области регулирования отношений по причинению ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ или загрязнением с судов

нефтью действующий правопорядок исходит из принципа «территориальности» совершенного действия. В частности, российское право применяется к ущербу, причиненному на территории РФ, в том числе в территориальном море и исключительной экономической зоне, загрязнением с судов нефтью и предупредительным мерам по предотвращению или уменьшению такого ущерба, где бы они ни принимались. Это означает, что к отношениям по нанесению ущерба в результате действий иностранных судов по загрязнению нефтью с судов в территориальном море или исключительной экономической зоне РФ будет применяться российское право (ст. 421). В то же время действие российского права распространяется на любой ущерб, причиненный в пределах территории РФ, в том числе территориального моря: ущерб от загрязнения окружающей среды, причиненный морской перевозкой опасных и вредных веществ в исключительной экономической зоне РФ, ущерб иной, нежели ущерб от загрязнения окружающей среды, причиненный за пределами территории Российской Федерации, в том числе территориального моря, если только рассматриваемый ущерб причинен опасными и вредными веществами, перевозимыми на борту судна, плавающего под Государственным флагом Российской Федерации, а также предупредительные меры по предотвращению или уменьшению ущерба, где бы они ни принимались (ст. 422 КТМ РФ 1999 г.). Следовательно, в остальных случаях в рамках рассматриваемой сферы должно применяться иностранное право.

Возвращаясь к общим принципам коллизионного регулирования деликтных отношений в отечественном правопорядке, следует указать, что иностранное право не применяется, если действие или иное обстоятельство, служащее основанием для требования о возмещении вреда, по российскому праву не является противоправным. Так, в свое время, когда отечественное право не знало института возмещения морального вреда в результате распространения сведений, не соответствующих действительности, или нарушения авторских либо иных личных неимущественных прав, предъявление в нашем суде требований о возмещении морального вреда в рамках защиты чести и достоинства, деловой репутации и прочего было бы невозможно, даже если бы такие действия произошли за границей и по праву соответствующей страны они рассматривались как основанные на законе.

В нынешних же условиях возмещение морального вреда — вопрос, довольно часто встречающийся в практике судов РФ, в том числе и Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. Например, 3 февраля 1995 г. МКАС вынес решение по делу № 67/1994, заключающемуся в том, что истец (российская организация) потребовал от предприятия с иностранными инвестициями, созданного на территории РФ, возврата авансового платежа в связи с непоставкой товара в срок, а также уплаты штрафа за непоставку товара и пени за задержку возврата предоплаты. Ответчик, считая, что заключенная им с истцом сделка является мнимой, предъявил встречный иск, требуя возмещения ему истцом причиненных убытков по основному иску, а также морального вреда, вызванного распространением сведений, порочащих его деловую репутацию. Рассмотрев материалы иска, арбитражный суд пришел к выводу, что неосуществленная сделка не может быть квалифицирована в качестве мнимой, коль скоро обе стороны предприняли усилия по ее исполнению, что свидетельствует об их намерении создать

соответствующие правовые последствия. Обращение в арбитраж истца за защитой своего нарушенного права само по себе не может быть квалифицировано в качестве распространения сведений, порочащих деловую репутацию ответчика. Поскольку ответчик в ходе слушания дела не доказал факта распространения истцом сведений, порочащих его деловую репутацию, а в документах, представленных истцом в арбитраж, таковых не содержится, в удовлетворении встречного иска было отказано.

Практика государственных судов РФ и стран СНГ ныне также изобилует примерами предъявления требований о защите деловой репутации и взыскании морального вреда. В случаях, когда отношения подчиняются российскому праву, имеет значение содержание Информационного письма от 23 сентября 1999 г. № 46 Президиума ВАС РФ, в котором подверглись обобщению некоторые особенности судебного разрешения дел в связи с данными вопросами.

Акционерное общество обратилось в арбитражный суд с иском к российскому юридическому лицу об обязанности последнего опровергнуть сведения, порочащие деловую репутацию истца. В обоснование своих требований он указал, что ответчик в целях ограничения деятельности истца на рынке транспортных услуг сообщил иностранной фирме, с которой акционерное общество намеревалось создать совместное предприятие, ложную информацию, приведшую к замораживанию отношений между сторонами. В частности, ответчик, направил в фирму письмо, в котором рекомендовал не поддерживать с обществом деловых отношений вследствие «катастрофического» финансового состояния последнего. При этом он указал на «астрономические» долги акционерного общества по налогам, электроэнергии, на задолженность перед третьими лицами по вступившим в законную силу судебным решениям, сообщил об аресте его банковских счетов, об описи принадлежащего истцу имущества судебным исполнителем, а также о совершении обществом ряда действий, характеризующих его как недобросовестного партнера фирмы. На основании упомянутого письма фирма сообщила истцу о приостановлении процедуры регистрации совместного предприятия и отложении внесения своей доли в его уставный капитал. В ходе судебного разбирательства установлено, что изложенные в письме сведения не соответствуют действительности. Суд, руководствуясь ст. 152 ГК РФ, признал, что эти сведения порочат деловую репутацию истца, и обязал ответчика направить фирме опровержение ранее изложенной информации.

Нынешнее регулирование, а именно соответствующие разделы третьей части ГК, в принципе сохраняют те направления, которые свойственны действовавшему ранее праву в области деликтных обязательств, наряду с введением серьезных новелл. Отличительной особенностью в этом отношении стала, с одной стороны, генерализация коллизионных формул, а с другой — выделение для особых случаев специальных правил, что в целом образует некую систему определения применимого правопорядка. Так, в противовес существовавшему подходу в прикреплении деликтных

отношений к закону гражданства и личному закону юридических лиц только в случаях участия в них советских (российских) граждан и юридических лиц произошло распространение данного подхода также и на физические и юридические лица других государств применительно к случаям, когда действия, причинившие вред, произошли *за границей*. Последнее наряду с категорией общего гражданства или принадлежности к одному и тому же государству является важным обстоятельством для очерчивания объема соответствующей нормы. Иными словами, если действие, причинившее вред, произошло за границей, и обе стороны (потерпевший и причинитель вреда) имеют общее гражданство либо принадлежат одному и тому же государству, применяется право этого последнего государства. В случае, если стороны деликтного обязательства не являются гражданами одной и той же страны, но имеют место жительства в одной и той же стране, применяется право этой страны (п. 2 ст. 1219 ГК РФ). Если совершение деликта имело место за границей и обе стороны отношения являются гражданами определенного иностранного государства, российский суд, рассматривая дело, применит закон общего гражданства (либо государственной принадлежности) сторон (в силу специальной коллизионной нормы), а в случае различного гражданства или государственной принадлежности юридических лиц — право той страны, на территории которой было осуществлено действие, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (в силу общей коллизионной нормы); та же ситуация с участием российских граждан и юридических лиц при рассмотрении дела в отечественном суде повлечет обращение к российскому правопорядку; если же причинение вреда произошло в России (т.е. *не за границей*), и при этом потерпевший и делинквент являются гражданами одного и того же иностранного государства, российский суд к существу отношений по противоправному деянию, вызвавшему вред, применит российское право как правопорядок, к которому отсылает общий коллизионный принцип (*lex loci delicti commissi*), указанный в п. 1 ст. 1219. В то же время в данном пункте предусматривается и иное: в случае, когда в результате неправомерного действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране. Хотя требования приведенных предписаний, предусмотренных для подобных ситуаций, не вполне конкретны (порою весьма затруднительно доказать, можно — либо должно — было в соответствующем случае предвидеть вред или нет), что в конечном итоге обуславливает проблематичность использования такой коллизионной привязки, сам факт их наличия в действующем праве достаточно симптоматичен, так как безусловно означает отход от системы правового регулирования, основанной на единичности коллизионного правила, а также однозначности толкования понятия «место причинения вреда».

Статья 1220 ГК определяет сферу действия права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, включая в нее вопросы деликтоспособности, оснований возникновения и ограничения ответственности, способов, объемов и размеров возмещения вреда.

В рамках новой регламентации отношений по причинению вреда в

отдельную категорию выделяются, например, нарушения за вред, причиненный недостатками товара, работ и услуг (ст. 1221). Они стали составлять особый разряд правонарушений, который потребовал от законодателя установления отдельной коллизионной формулы. Соответственно в таких случаях применяется существенно меняющий коллизионное регулирование рассматриваемых отношений институт выбора права потерпевшим.

При причинении вреда за границей российским гражданам, командированным за рубеж для осуществления производственной и профессиональной деятельности, применяются нормы специальных актов. Так, постановление № 365 от 25 декабря 1974 г. Госкомтруда СССР «Об утверждении правил об условиях труда советских работников за границей» (в ред. Постановления Мин-труда РФ от 20 августа 1992 г. № 12) продолжает действовать и поныне. Данные правила не содержат коллизионных норм, способных разрешить коллизии законов о причинении вреда, если таковой имел место в отношении советского (российского) работника за границей. Однако в Постановлении зафиксированы положения «прямого действия» (правда, единичные), касающиеся материальной компенсации ущерба, возникшего за рубежом вследствие получения работником увечья или его смерти. В частности, в случае смерти самого работника членам его семьи выплачивается пособие на погребение в размере месячного оклада в иностранной валюте по его последней должности, возмещаются расходы по переезду семьи и провозу багажа к прежнему месту жительства, а также начисляются социальные выплаты в рамках социального страхования по общим правилам действующего законодательства (п. 40—42).

Решение вопроса о размерах возмещения причинения вреда как составной части материально-правового регулирования трудовых отношений подчиняется общим нормам действующего российского права. В частности, в соответствии со ст. 1 Правил возмещения работодателями вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей, утвержденных Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 24 декабря 1992 г. (в редакции Федерального закона от 24 ноября 1995 г.), отношения по возмещению вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей, регулируются ГК РФ и упомянутыми Правилами (аналогичная норма содержалась в ст. 19 Основ законодательства Российской Федерации об охране труда в редакции от 6 августа 1993 г.). В тех случаях, когда договорами (соглашениями) между Российской Федерацией и другими странами предусматриваются иные правовые предписания, чем те, которые содержатся в ПС РФ и Правилах, применяются правовые предписания, предусмотренные такими договорами (соглашениями).

Помимо собственно деликтных обязательств, в число внедоговорных отношений, встречающихся в процессе осуществления международных связей, которые в последнее время получили специальное коллизионное регулирование в отечественном праве, входят обязательства из неосновательного обогащения. Впервые применительно к коллизионному праву СССР положения о неосновательном обогащении были включены в Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.: «К обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, применяется право страны, где обогащение имело место» (ст. 168).

Российское акционерное общество обратилось в арбитражный суд РФ



с иском к рижской фирме о взыскании с нее незаконно полученных финансовых средств. Обращению в суд предшествовали следующие обстоятельства. Истец в течение длительного времени сотрудничал с одним из латвийских фермерских хозяйств, получая от него крупные партии мяса на переработку. Между сторонами был заключен контракт поставки, в соответствии с условиями которого истец перечислял на счет латвийского фермерского хозяйства стоимость оговоренных в контракте поставок. В начале 1995 г. реквизиты поставщика мясного сырья изменились, о чем российское акционерное общество было извещено. Однако к этому моменту оплата очередной партии поставки была уже произведена по старым реквизитам. Истец выяснил, что счет, на который были перечислены деньги, принадлежит рижской фирме, имеющей филиал в России, и обратился к ней с просьбой о возврате неправомерно полученной суммы. Рижская фирма на запросы не ответила и денег не возвратила. В исковом заявлении подробно излагались обстоятельства дела, прилагались документы, подтверждающие перевод средств на счет фирмы в латвийском банке. При разрешении дела суд исходил из того, что спор возник из внедоговорных отношений между сторонами, находящимися в разных государствах, результатом данных отношений явилось неосновательное обогащение одной из сторон, имевшее место в Латвии (зачисление средств на счет в банке, находившемся в г. Риге). Порядок определения применимого права определен ст. 168 Основ гражданского законодательства 1991 г., в силу которой при неосновательном обогащении применяется право страны, где имело место обогащение. Вследствие этого к разрешению спора по существу арбитражный суд применил законодательство Латвии.

Третья часть ГК РФ в этом плане продолжает тенденции предшествующего регулирования, закрепляя выработанные ранее подходы, но вместе с тем идет дальше. Новыми чертами нынешнего урегулирования в рассматриваемой области выступают некоторые дополнительные коллизионные нормы, которые специальным образом устанавливают соответствующие решения для конкретных случаев. В частности, расширено коллизионное регулирование в области неосновательного обогащения: к обязательствам вследствие неосновательного обогащения применяется право страны, в которой неосновательное обогащение имело место. Если неосновательное обогащение возникло в связи с существующим или предполагаемым правоотношением, по которому приобретено или сбережено имущество, к обязательствам, возникающим вследствие такого неосновательного обогащения, применяется право страны, которому было или могло быть подчинено это правоотношение (п. 2 ст. 1223). Стороны также могут договориться о применении к таким обязательствам права страны суда (п. 1 ст. 1223). Специальная норма существует ныне в российском праве и применительно к особому виду деликтных отношений — обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, прикрепляющая регулирование к правопорядку страны, «рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства» (ст. 1222 ГК РФ).

### **§ 3. Международно-правовое регулирование деликтных отношений**

В современной практике определенные аспекты отношений по причинению вреда все в большей мере подвергаются регулированию с помощью положений заключаемых государствами двусторонних и многосторонних договоров. Такая практика получила в настоящее время особый размах во взаимоотношениях стран СНГ. Основные особенности регламентации деликтных отношений, обеспечиваемой посредством международно-правовых документов многостороннего характера, могут быть проиллюстрированы положениями Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. стран СНГ, а также Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г., заключенного в Киеве, в которых участвует Российская Федерация.

В арбитражном суде РФ рассматривалось дело по иску белорусской компании к российскому акционерному обществу о взыскании убытков от выплаты пенсии работнику истца — инвалиду II группы. Как следует из материалов дела, истец выплатил пенсионные суммы Гродненскому фонду социальной защиты в связи с причинением увечья своему работнику. Производственная травма причинена работнику истца на территории Республики Беларусь по вине ответчика, допустившего выпуск трактора с конструкционным недостатком. Ответчик не находился в договорных отношениях с истцом. Суд применил к спорному отношению п. «ж» ст. 11 Киевского соглашения государств—членов СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, который гласит: «Права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по законодательству, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда». Арбитражный суд исследовал вопрос о применимом праве и сделал вывод, что для решения данного спора должно применяться материальное право Республики Беларусь в силу того обстоятельства, что производственная травма была причинена работнику истца на территории Беларуси.

Таким образом, ведущим коллизионным принципом, закрепленным в данных соглашениях (ст. 42 Минской конвенции, п. «ж» ст. 11 Киевского соглашения) является принцип *lex loci delicti commissii*. Ограничителем данного принципа служит право, применимое к договорным обязательствам, если причинение вреда связано с договором или иными правомерными действиями. Модельный гражданский кодекс, разработанный в качестве рекомендательных норм органами СНГ, в части регулирования внедоговорных обязательств устанавливает не только общие коллизионные нормы, но и положения, подлежащие применению к обязательствам, обусловленным причинением вреда товаром потребителю. В подобных ситуациях по выбору потребителя может применяться право страны, где находится место жительства потребителя, а также право страны, где находится место жительства или местонахождение производителя товара или лица, оказавшего

услугу, либо право страны, где потребитель приобрел товар или ему была оказана услуга.

Вместе с тем Россией заключено значительное число двусторонних договоров о правовой помощи, в которых вопросы коллизионно-правовой регламентации также получили отражение. В большинстве современных договоров (например, договоре с Польшей от 16 сентября 1996 г., с Египтом от 23 сентября 1997 г.) одной из тенденций регулирования деликтных отношений выступает то, что при формулировании норм, определяющих, какое законодательство должно применяться к соответствующему отношению, за рамки общего подхода выводятся те обязательства из причинения вреда, возникновение которых в той или иной степени связано с договорными отношениями, существующими между причинителем вреда и потерпевшим. Второй тенденцией, закрепляемой, как было показано ранее, и в национальном праве многих стран, является отнесение регулирования к праву того государства, гражданами которого являются стороны, если они имеют общее гражданство. Третьей отличительной особенностью, определяющей более или менее распространенные подходы к правовому регулированию деликтных отношений, служит установление в договорном порядке компетенции судебных учреждений договаривающихся сторон для рассмотрения данной категории споров. Иск согласно положениям договоров о правовой помощи может быть предъявлен в суд той договаривающейся стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (п. 3 ст. 27 Договора с Египтом). Более широкие возможности в этом смысле дают положения Договора с Польшей. Помимо компетентного органа, который указывается аналогичным предыдущему соглашению образом, согласно п. 2 его ст. 37 компетентными могут быть и учреждения той Договаривающейся стороны, где ответчик имеет свое местожительство или местонахождение. Компетентными также будут и суды той Договаривающейся стороны, на территории которой имеет местонахождение истец, если на этой территории находится имущество ответчика.

Коллизионные нормы, в том числе и вышеприведенные, с помощью которых в современном международном частном праве устанавливается материальное право, разрешающее соответствующее отношение по существу, затрагивают весь спектр обязательственных деликтных правоотношений: условия действительности, пределы ответственности, круг лиц, имеющих право требования (например, в случаях причинения смерти лицу или увечья, приведших к потере кормильца, и т.д.), объем, характер и размер возмещения, основания освобождения от ответственности и т.п.

Правовые проблемы возмещения вреда занимают специальное место в многосторонних и двусторонних документах стран СНГ, обусловленных необходимостью унифицированного разрешения неоднозначных вопросов, которые явились следствием интенсивной трудовой миграции в прошлом в условиях союзного государства (СССР) и появления ряда новых независимых государств и движением потоков рабочей силы в их рамках в последующем. Таковыми выступают, например, многостороннее Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты рабочих-мигрантов от 15 апреля 1994 г. (подписанное 11 государствами, оно вступило в силу для России 1 сентября 1995 г.), а также Соглашение о взаимном признании прав на возмещение вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с выполнением им

трудовых обязанностей, от 9 сентября 1994 г. Наряду с многосторонними документами действуют межправительственные соглашения, заключенные РФ с Украиной, Белоруссией, Молдовой, Арменией, Кыргызстаном.

Многосторонние и двусторонние соглашения стран СНГ в части регламентации деликтных отношений имеют тождественное или близкое по содержанию регулирование. В них, к примеру, предусматривается следующий порядок возмещения работнику вреда вследствие причинения увечья либо иного повреждения здоровья в связи с исполнением им трудовых обязанностей: возмещение ущерба по причине трудового увечья или иного повреждения здоровья, а также смерти потерпевшего производится стороной, которая является страной трудоустройства. В двусторонних документах закреплено иное положение: к возмещению вреда применяется законодательство той стороны, которое распространялось на работника в момент наступления увечья. Возмещение ущерба вследствие профессионального заболевания либо последовавшей в связи с профзаболеванием смерти потерпевшего производится стороной, законодательство которой распространялось на работника по время его трудовой деятельности, вызвавшей профессиональное заболевание. Это правило действует и тогда, когда указанное обстоятельство впервые выявилось на территории другой стороны. Еще один вариант коллизионно-правового решения рассматриваемыми видами международных договоров вопроса о статуте деликатного отношения связан с достаточно сложными обстоятельствами, когда работник выполнял работу в нескольких государствах, причем в условиях, которые в равной степени могли быть причиной профессионального заболевания. В подобных ситуациях возмещение ущерба возлагается на ту сторону, на территории которой в последний раз выполнялась лицом работа, которая вызвала данное профессиональное заболевание. В случаях переселения работника с территории государства трудоустройства работодатель страны трудоустройства обязан перечислить потерпевшему средства, возмещающие причиненный ему вред в размерах, предусмотренных законодательством страны трудоустройства.

Вопросы гражданской ответственности решаются иногда и специальными многосторонними международными договорами, заключаемыми в отдельных областях. Среди таких договоров особенно важными в настоящих условиях являются соглашения, призванные регламентировать ответственность субъектов международного хозяйственного оборота, возникающую в связи с ядерной деятельностью. В их числе — Венская конвенция 1963 г. о гражданской ответственности за ядерный ущерб, Конвенция 1971 г. о гражданской ответственности в области морских перевозок ядерных материалов, а также Конвенция 1962 г. об ответственности операторов ядерных судов. Содержащиеся в названных документах нормы устанавливают в интересах потерпевших (как правило физических лиц) безвиновную ответственность причинителей вреда (большой частью владельцев источников повышенной опасности). Однако в них содержатся также и основания, исключающие ответственность (форс-мажорные обстоятельства, военные действия, стихийные бедствия и т.д.). В ряде случаев ответственность причинителя вреда по некоторым из специальных международных соглашений возникает даже и при наличии обстоятельств непреодолимой силы. Таково, в частности, регулирование по Римской конвенции 1952 г. об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности (Россия как продолжательница договоров СССР участвует в ней с 1982 г.). Вина же потерпевшего, в случае, если она будет доказана причинителем вреда,

уменьшает размер возмещения.

Пределы ответственности во многих конвенциях определяются путем установления фиксированных сумм, на которые имеет право лицо в случае причинения вреда. Кроме того, предусматриваются и так называемые обеспечительные меры. Например, согласно Римской конвенции ответственность в связи со смертью или увечьем лица не превышает 530 000 франков за каждого погибшего или получившего телесное повреждение. Конвенция 1962 г. об ответственности операторов ядерных установок требует, чтобы оператор получил страховой полис или иное финансовое обеспечение, покрывающее его возможную гражданскую ответственность.

Ранее при рассмотрении проблем перевозок мы касались регулирования в международных договорах вопросов гражданской ответственности перевозчика по многим видам перевозок. Из числа неосвещенных следует упомянуть Гаагскую конвенцию от 4 мая 1971 г. (вступила в силу с 3 июня 1975 г.) о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям (ДТП), в которой участвуют 13 европейских государств. Основной ее принцип — *lex loci delicti commissi* (ст. 3). Конвенция применяется к внедоговорной ответственности в связи с дорожными происшествиями, она может также применяться и в случаях, когда применимым правом будет являться закон государства, которое не участвует в Конвенции (ст. 11). В определенных Конвенцией ситуациях принцип отсылки к закону места совершения деликта заменяется иным, что, в частности, должно обеспечить более тесную связь отношения с соответствующим правопорядком. Так, закон регистрации автомобилей, если это одно и то же государство, будет признан более адекватным для регулирования, например, таких вопросов, как размер ущерба, предел ответственности, круг лиц, имеющих право требования возмещения, и пр. Однако вне зависимости от применимого в данном случае права при оценке действий как причинителя вреда, так и потерпевшего неизбежно должны приниматься во внимание нормы по безопасности дорожного движения, правила проезда и т.д., действующие в стране места причинения вреда.

В качестве примера специфических договоров, относящихся к регулированию гражданской ответственности в рамках деликтных обязательств, следует указать на Гаагскую конвенцию от 2 октября 1973 г. об ответственности за вред, причиненный товаром. Особенностью, отличающей ее от иных международно-правовых актов, в том числе и от Гаагской конвенции 1971 г., является то, что при определении применимого права она стремится с помощью ряда факторов отыскать тот правопорядок, который будет служить «собственно правом деликта». Право государства обычного местонахождения потерпевшего будет надлежащим, если таковое одновременно является либо местом основной деятельности изготовителя причинившего вред товара, либо местом приобретения потерпевшим товара. В случаях, когда подобного совпадения нет, применяется принцип закона места причинения вреда, если в данной стране потерпевший имеет свое обычное место жительства, либо причинитель вреда — место основной деятельности, либо продукт приобретен потребителем (ст. 4). В ситуациях, когда и это не имеет места, применяется право страны, в которой ведет свою обычную деловую активность лицо, несущее ответственность за продукт, если потерпевший не предпочтет основать свое требование на законе места причинения вреда (ст. 6). Наряду с этим независимо от применимого права будут учитываться требования, относящиеся к правомерному распространению продукта, законодательства той страны, где имел хождение товар (ст. 9). В связи с этим напомним, что положения, содержащиеся в

швейцарском Законе о международном частном праве 1987 г., также касающемся вопросов ответственности за вред, причиненный товаром (product liability), характеризуются известным сходством предписаний. В частности, пострадавший может по своему выбору предъявить требование, основанное на: а) праве страны, в которой причинившее ущерб лицо имеет свое отделение или обычное местопребывание, или б) праве страны, в которой приобретен продукт, если причинившее ущерб лицо не докажет, что в этой стране продукт пущен в продажу без его согласия. При этом, если требования, вытекающие из дефектов или дефектного описания товара, подчиняются иностранному праву, то в Швейцарии не может быть присуждено возмещение в большем объеме, чем это допускается по швейцарскому праву (п. 2 ст. 135).

В международном частном праве нередки случаи, когда применение основного коллизионного принципа *lex loci delicti commissi* затруднено вследствие невозможности определить «место» совершения действия, поскольку оно происходит за пределами какой-либо национальной юрисдикции (*locus sine lege*). В подобной ситуации приходят на помощь международно-правовые документы. В международной сфере ныне действует ряд многосторонних международных соглашений, в которых содержатся не коллизионные, а материально-правовые нормы, позволяющие непосредственно разрешить некоторые вопросы деликтных отношений. Например, известна Брюссельская конвенция от 23 сентября 1910 г. по унификации некоторых правил, касающихся столкновения судов в открытом море. Однако Конвенция не будет применяться к деликтному отношению, если оба столкнувшиеся судна плавают под общим флагом. В данном случае спор будет разрешаться на основе закона суда или правопорядка, имеющего более тесную связь с рассматриваемым отношением, каковым является право государства флага.

Еще одной конвенцией, относящейся к унификации материально-правовых норм в специальных областях деликтных отношений, является Брюссельская конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения моря нефтью 1969 г. (СССР участвует в ней с 1975 г.). Она обеспечивает получение физическими и юридическими лицами возмещения убытков, возникших из-за утечки или слива нефти из судов. Пределы ответственности собственника судна за загрязнение довольно высоки. Ответственность носит более строгий характер, чем основанная на принципах вины. Она наступает в любом случае, пока собственник не докажет, что убытки явились следствием военных и тому подобных действий или стихийных явлений исключительного, неизбежного и непредотвратимого характера; поведения третьих лиц, имевших намерение причинить убытки; небрежности или иных неправомерных действий государства (властей), а также вины потерпевшего.

В последние годы международное сообщество стремится раздвинуть привычные рамки конвенционного регулирования деликтных отношений, заключая многосторонние соглашения в нетрадиционных отраслях (Конвенция ООН об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле 1991 г., Конвенция, подписанная 1 февраля 1990 г., о гражданской ответственности за ущерб, причиненный при перевозке опасных грузов автомобильным, железнодорожным и внутренним водным транспортом (КГПОГ), Международная конвенция об ответственности и компенсации за ущерб в связи с перевозкой морем опасных и вредных веществ 1996 г., Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением от 20—22 марта 1989 г., к которой присоединилась и Российская Федерация).

В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 1 июля 1996 г., утвердившим положение «О государственном регулировании трансграничных перевозок опасных отходов», его действие распространяется на все организации, осуществляющие экспорт, импорт, транзит, перевозки отходов, а также обращение с отходами (включая бытовые отходы и остатки их сжигания), представляющими угрозу для окружающей природной среды и здоровья людей и признанными опасными в соответствии с критериями, установленными Базельской конвенцией и законодательством Российской Федерации. Решая вопросы ответственности, при трансграничных перевозках отходов, документ предписывает, что организация, нарушившая порядок, установленный Положением, и тем самым допустившая незаконную трансграничную перевозку отходов, несет ответственность в соответствии с законодательством Российской Федерации и с законодательством других заинтересованных государств (см. Приложение к Приказу Госкомэкологии России от 31 декабря 1998 г. № 788).

### **Контрольные вопросы**

1. Каковы типичные коллизионные формулы прикрепления в деликтных отношениях?
2. В чем заключается содержание принципа «закон места причинения вреда» в современном международном частном праве?
3. Какому правопорядку подчиняются деликтные отношения, если обе стороны в отношении являются гражданами одного и того же государства? Примеры нормативного разрешения коллизионного вопроса в данном случае.
4. Каково отношение различных правовых систем к выбору потерпевшим права, регулирующего ответственность делинквента?
5. Как осуществляется коллизионно-правовое регулирование деликтных отношений в Российской Федерации и странах СНГ?
6. Какова роль международных договоров в регулировании обязательств из причинения вреда и иных внедоговорных отношений?

### **Глава 25. Денежные обязательства и международные расчеты**

**Литература:** Луиц Л.А. Курс международного права. Особенная часть. М., 1975. С. 328—255; *Альтишулер А.Б.* Восток-Запад: валютно-кредитные отношения. М., 1979; *Белов А.Б.* Способы обеспечения исполнения обязательств во внешнеторговых сделках. М., 1992; *Базарова Т.П.* Чек. М., 1993; *Иванов Д.Л.* Вексель. М., 1993; *Красавина Л.Н.* и др. Международные валютно-кредитные и финансовые отношения. М., 1994; Международные расчеты по коммерческим операциям. Ч. 1—3. М., 1994; *Ачкасов А.И.* Активные операции коммерческих банков. М., 1995; *Носкова И.Я.* Международные валютно-кредитные отношения. М., 1995; *Шалашов В.П.* Валютное регулирование и валютные расчеты в РФ. Учебно-практическое пособие. М., 1996; *Нестерова Т.Н.* Банковские операции. Банковское обслуживание внешнеэкономической деятельности. М., 1996; *Сумин А.* Протест векселя в германском праве // Нотариальный вестник. 1998. № 4. С. 29—33; *Эбке Вернер Ф.* Международное валютное право. М., 1997; О валютном регулировании и валютном контроле в Российской Федерации: Сборник нормативных актов. М., 1997; Международное

частное право: Сборник документов / Сост. *К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков*. М., 1997; *Олейник О.* Банковский счет: законодательство и практика // Закон. 1997. № 1; *Ефимова Л.Г.* Банковская сделка как институт гражданского права // Журнал российского права. 1999. № 2; Международное частное право: Иностранное законодательство / Сост. *А.Н. Жильцов, А.И. Муранов*. М., 2001.

## **§ 1. Содержание денежных обязательств и международные расчеты**

Следует прежде всего иметь в виду, что денежные обязательства в МЧП могут носить как самостоятельный характер, так и быть частью внешнеэкономических договоров. Причем в последнем случае платежные операции всегда сопутствуют внешнеторговой и внешнеэкономической сделке (вообще сделке международного характера), поэтому в договоре получают отражение соответствующие валютные и иные связанные с этим условия, а также порядок и формы расчетов по сделке. Кредитные же отношения не обязательно, составляют элемент гражданско-правовых договоров в международной сфере, а зачастую представляют собой особые виды сделок и регулируются специальными документами, совершаемыми сторонами отдельно.

Произошедшие за последнее время в России изменения в политической сфере, которые отразились, естественно, и на ее международных отношениях, реально затронули сферу внешнеэкономической и внешнеторговой деятельности, предоставив право осуществления такой операции не только специализированным государственным внешнеторговым организациям, но и юридическим лицам: предприятиям различных организационно-правовых форм, а также физическим лицам — индивидуальным предпринимателям. В ходе проведения экономических реформ в Российской Федерации и российские предприятия за границей, и иностранные фирмы в России получили более широкие возможности для осуществления инвестиционной и коммерческой деятельности, использования различных форм совместной предпринимательской деятельности.

Существенную часть международных отношений коммерческого характера как по значению, так и по объему занимают отношения, имеющие имущественный по своей сути характер, которые и образуют основу для возникновения международных денежных обязательств. Денежные обязательства и связанные с ними расчетные и кредитные отношения, возникающие в сфере осуществления внешнеэкономической деятельности, весьма разнообразны. Это не только добровольное выполнение обязанностей по осуществлению платежей по различным видам договоров (купли-продажи, аренды, подряда, перевозки, хранения, лицензии, займа, кредита, страхования, трудового найма и т.д.), но и уплата соответствующего возмещения вследствие причинения вреда в результате неправомерных либо правомерных действий, обусловивших такой вред, обеспечение платежей неторгового характера по алиментированию, социальному обеспечению и иным основаниям, а также обязательства другого характера (в силу решения суда, в т.ч. третейского арбитража и т.д.), вытекающие из гражданско-правовых договоров, норм законов и международных договоров.

В денежных обязательствах весьма активно участвует и государство. Их наиболее широко практикуемыми видами являются заемные обязательства. Так, указанные обязательства входят составной частью в государственные внешние



и внутренние заимствования Российской Федерации, предусмотренные Бюджетным кодексом от 31 июля 1998 г. (в ред. Федерального закона от 5 августа 2000 г. № 116-ФЗ).

Международные расчеты предполагают разнообразные формы их осуществления. Одними из общепринятых форм, особенно для оплаты внешнеэкономических контрактов, являются аккредитив, инкассо, банковский перевод, вексель или чек. Форма расчетов представляет собой сложившиеся в международной коммерческой и банковской практике способы оформления, передачи, обработки и оплаты товаросопроводительных, распорядительных, платежных и иных документов. Формы международных расчетов применяются при платежах как наличными средствами, так и в кредит. При этом банковские переводы используются в расчетах наличными, документарные аккредитивы — в расчетах наличными и безналичными средствами, при предоставлении краткосрочного коммерческого кредита, инкассовая форма расчетов — и при платежах наличными, и при использовании кредита. Выбор конкретной формы расчетов, в которой должен осуществляться платеж по внешнеэкономической сделке (сделке международного характера), определяется соглашением сторон — контрагентов по сделке.

При рассмотрении вопроса об инструментах международных расчетов необходимо иметь в виду, что в разработке правового регулирования соответствующих отношений большую роль играет деятельность международных органов и организаций, в том числе Международной торговой палаты в Париже (далее — МТП). Ее разработки и публикации широко используются в международной и национальной банковской практике. Они сыграли существенную роль в унификации правил и обычаев, касающихся расчетов по аккредитиву, инкассо, обеспечения денежных обязательств банковской гарантией. В последнее десятилетие прошло обновление унифицированных правил, разработанных в рамках МТП, и на сегодняшний день действуют следующие редакции этих документов: Унифицированные правила для гарантий по первому требованию (платежных гарантий) 1992 г. — публикация МТП № 458, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 1993 г., вступившие в силу с 1 января 1994 г., — публикация МТП № 500 (предшествующая их редакция 1983 г. издана МТП в публикации № 400), Унифицированные правила по инкассо 1995 г., вступившие в силу с 1 января 1996 г., — публикация МТП № 522, Унифицированные правила МТП (ИСС) для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам 1995 г., вступившие в силу 1 июля 1996 г., — публикация МТП № 525. Кроме того, практическое распространение имеют и более ранние документы, например Унифицированные правила по договорным гарантиям 1978 г. (публикация МТП № 325) и др. Среди документов факультативного (рекомендательного) характера, разработанных другими международными институциями, в рассматриваемой области следует назвать Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 г., на принципах которого основана директива ЕС, принятая 27 января 1997 г.

Учитывая высокий удельный вес международных денежных обязательств в рамках осуществляемых субъектами частного права экономических, хозяйственных, научно-технических, трудовых отношений, связанных с правопорядками различных государств, с одной стороны, и неоднозначность понятия «международное денежное обязательство», с другой, целесообразно проанализировать механизм формирования в рамках гражданско-правовых отношений денежных обязательств, имеющих распространение в сфере

международного хозяйственного оборота.

В ходе осуществления экономической, хозяйственной, торговой и иной предпринимательской деятельности между сторонами—участниками одного или нескольких ее видов возникают отношения, подлежащие регулированию нормами определенной отрасли права (гражданского, торгового и т.д.) в соответствии с законодательством того или иного государства.

Правоотношения, возникающие между сторонами—участниками какого-либо вида коммерческой деятельности, могут быть отнесены к отношениям, регулируемым нормами международного частного права, лишь при одновременном наличии двух составляющих. Одной из них является признак цивилистического характера регулируемых отношений (объекта), вне зависимости от субъектного их состава, а именно от участия в правоотношении государства или его уполномоченного органа (уполномоченной государственной организации), юридического лица (промышленного или торгового предприятия; образования, осуществляющего предпринимательскую деятельность и обладающего статусом юридического лица вне зависимости от организационно-правовой формы его организации); физического лица, которое может быть представлено, в частности, индивидуальным предпринимателем, осуществляющим коммерческую деятельность без учреждения юридического лица, либо физическим лицом, не обладающим статусом предпринимателя, — для отношений, имеющих имущественный характер, но не преследующих цель извлечения прибыли (например, трудовые отношения, алиментные обязательства, отношения по социальному обеспечению или по возмещению причиненного вреда).

Вторую составляющую, являющуюся необходимой для отнесения правоотношений, возникших между сторонами, к регулируемым нормами международного права, конституирует такой признак указанных выше правоотношений, как наличие в них иностранных (международных) характеристик.

## **§ 2. Унифицированные правила международных расчетов**

В соответствии со сложившейся практикой в настоящее время применяются следующие основные формы международных расчетов: документарный аккредитив, инкассо, банковский перевод, открытый счет. Кроме того, используются расчеты с использованием векселей и чеков. С международными расчетами тесно связаны гарантийные операции банков по отдельным формам расчетов (например инкассо, аванс, открытый счет) — они служат дополнительным обеспечением выполнения обязательств, которые внешнеторговые партнеры брали на себя по контракту.

Остановимся на тех особенностях международных расчетов, которые складывались исторически.

Импортёры и экспортёры, их банки вступают в определенные, обособленные от внешнеторгового контракта отношения, связанные с оформлением, пересылкой, обработкой товарораспорядительных и платежных документов, осуществлением платежей. Объем обязательств и распределение ответственности между ними зависят от конкретной формы расчетов.

Международные расчеты регулируются, помимо международных банковских правил и обычаев, национальными законодательными актами. Такие нормы, не представляющие никаких препятствий к применению их в международных

расчетных отношениях при отсутствии специального регулирования, имеются, например, в Единообразном торговом кодексе США, гражданских кодексах России, Монголии, Украины, Белоруссии, Латвии и ряда других стран. При этом следует заметить, что в большинстве случаев внутригосударственные акты в своих положениях учитывают содержание международного регулирования.

Международные расчеты в XX в. стали особым объектом унификации, что обусловлено интернационализацией хозяйственных связей, универсализацией банковских операций. На международных конференциях в Женеве, проходивших под эгидой Лиги Наций в 1930 и 1931 гг., были приняты международные вексельные и чековые конвенции, направленные на унификацию соответствующих национальных правовых норм и устранение сложностей использования векселей и чеков в международных расчетах. Единообразный закон о переводном и простом векселях служит базой национального законодательства в большинстве стран. Дальнейшая унификация вексельного законодательства осуществляется Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ).

Уже упоминавшаяся Международная торговая палата, которая была создана в Париже в начале XX века, разработала и опубликовала ряд документов, содержащих унифицированные правила по отдельным видам международных расчетов: унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов, по инкассо, по межбанковскому рамбурсированию. Первые правила по инкассо были разработаны в 1936 г., затем переработаны в 1967 и 1978 гг. (вступили в силу с января 1979 г.).

Международные расчеты имеют, как правило, документарный характер, то есть осуществляются против финансовых и коммерческих документов. К финансовым документам относятся простые и переводные векселя, чеки, платежные расписки или другие подобные документы, используемые для получения денежного платежа. Коммерческие документы включают: счета-фактуры, документы, подтверждающие отгрузку или отправку товаров либо принятие к погрузке (коносаменты, железнодорожные, автомобильные или авиационные, накладные, почтовые квитанции, комбинированные транспортные документы на смешанные перевозки); страховые документы страховых компаний морских страховщиков или их агентов; другие документы-сертификаты, удостоверяющие происхождение, вес, качество или анализ товаров, а также пересечение ими границы; таможенные и консульские счета и т.д. Банк проверяет лишь содержание и комплектность этих документов.

Международные платежи осуществляются в различных валютах, поэтому они тесно связаны, как указывалось выше, с валютными операциями, куплей-продажей валют. Эффективность их проведения зависит от динамики валютных курсов. На выбор форм международных расчетов, всегда обозначенных в содержании контракта, влияет ряд факторов: а) вид товара, являющегося объектом внешнеторговой сделки, поскольку по поставкам некоторых товаров (например, нефти, древесины, зерна) применяются традиционные формы расчетов, выработанные практикой; б) наличие кредитного соглашения; платежеспособность и репутация контрагентов по внешнеэкономическим сделкам, определяющие характер компромисса между ними; в) уровень спроса и предложения на данный товар на мировых рынках. В контракте, заключаемом между участниками внешнеэкономической сделки, обязательно указываются «валюта цены» и «валюта платежа», которые следует различать.

Валюта цены — это валюта, в которой определяется цена контракта. При выборе валюты цены учитываются международные традиции и правила

торговли данным товаром, условия межгосударственных соглашений. При заключении внешнеторгового контракта цена товара может быть зафиксирована в любой свободно конвертируемой валюте: страны продавца, страны покупателя или третьей страны. Если между странами существует соглашение о порядке расчетов по клирингу, то цена товара устанавливается в той валюте, которая принята для расчетов. Для российских внешнеторговых организаций выбор валюты цены представляет собой серьезную проблему в силу неконвертируемости рубля и ограниченного его использования во внешнеторговых операциях. Как показывает практика, основной валютой цены в расчетах по российскому экспорту является доллар США. В то же время в рамках импорта в качестве валюты цены часто используются свободно конвертируемые валюты других развитых стран. Это обусловлено прежде всего стремлением продавцов этих стран получать платежи в своей национальной валюте. Широкое же использование доллара США в качестве валюты цены объясняется тем, что в этой валюте фиксируется большинство цен на биржевые товары на рынке.

Валюта платежа — валюта, в которой должно быть оплачено обязательство покупателя. Она может совпадать с валютой цены или быть отличной от нее. Несовпадение валюты цены и валюты платежа обусловлено тем, что цена товара выражается в общепризнанной валюте международных расчетов, а платеж может производиться в валюте страны-импортера.

**Аккредитивная форма расчетов.** Одной из форм осуществления внешнеторговых расчетов являются расчеты посредством аккредитива. В связи с этим в международной торговле выработаны и широко используются Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (редакция 1993 г., публикация МТП № 500), которые явились результатом многолетних усилий по систематизации международной торговой и банковской практики. Указанные правила представляют собой частную (неофициальную) кодификацию и в определенной мере унификацию сложившихся на практике обычаев делового оборота.

Впервые одобренные в 1933 г. на Венском конгрессе МТП Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (в дальнейшем — Унифицированные правила) до принятия их последней редакции неоднократно пересматривались МТП (в 1951, 1962, 1974, 1983 гг.). С 1 января 1994 г. действует редакция 1993 г.

Унифицированные правила определяют виды аккредитивов, способ и порядок их исполнения и передачи, обязательства и ответственность банков, условия, которым должны отвечать представленные по аккредитиву документы, дают толкование различных терминов, решают иные вопросы, возникающие в практике аккредитивных расчетов.

В статье 2 Унифицированных правил содержится определение аккредитива, под которым понимается «любое соглашение, как бы оно ни было названо или обозначено, в силу которого банк (банк-эмитент), действуя по просьбе и на основании инструкций клиента (приказодателя аккредитива) или от своего имени: 1) должен произвести платеж третьему лицу или его приказу (бенефициару) или должен оплатить или акцептовать переводные векселя (тратты), выставленные бенефициаром; 2) дает полномочия другому банку произвести такой платеж, оплатить и акцептовать переводные векселя (тратты); 3) дает полномочия другому банку произвести неоголошенную против предусмотренных документов, если соблюдены все условия аккредитива».

Из указанного определения вытекает, что аккредитивное поручение

обращено прежде всего к двум лицам: а) банку, которому поручается выставить аккредитив и совершить платеж на условиях, указанных в поручении; б) бенефициару (поставщику), который должен отправить товар и представить документы в банк до истечения срока действия аккредитива, иначе аккредитив будет возвращен в банк покупателя.

Широкое использование в международных расчетах аккредитива связано с его характерными особенностями. Сутью аккредитивных операций является то, что банк обязуется уплатить определенную денежную сумму третьему лицу (получателю платежа — бенефициару) за счет клиента (приказодателя), но от своего имени. Основным должником перед бенефициаром по аккредитиву является банк-эмитент, то есть банк, открывший аккредитив, который может произвести платеж сам либо предоставить полномочия другому банку (банку-посреднику) производить такие платежи, осуществлять другие действия, связанные с исполнением аккредитива, если при этом получатель платежа способен соблюдать его условия.

Поскольку благодаря корреспондентским отношениям между банками по приказу лица, выставляющего аккредитив, он открывается в государстве бенефициара, у последнего существует реальная возможность потребовать фактического исполнения платежа у себя в стране, а при наличии соответствующих обстоятельств — предъявить требование о принудительном его производстве в судебном порядке.

Определяя правовую природу отношений, возникающих по выставлению и исполнению аккредитива, специалисты подчеркивают, что они укладываются в конструкцию договора комиссии: клиент банка-эмитента является комитентом, а банк — комиссионером. Вместе с тем платежные обязательства по основному контракту лежат на должнике. Возможность предъявления лицом требования к банку, в котором был открыт аккредитив, в связи с этим фактом не лишает его права предъявить иск об оплате, скажем, поставленного товара, произведенных работ или услуг, оказанных покупателю или заказчику, с которыми он связан контрактом.

Болгарская организация предъявила иск российскому юридическому лицу об уплате стоимости товара, поставленного по контракту, заключенному в 1991 г. В соответствии с его условиями ответчик открыл безотзывный документарный аккредитив во Внешэкономбанке СССР, платеж с которого произведен не был. По мнению ответчика, болгарская сторона должна была предъявить иск не ему, а Внешэкономбанку СССР, по вине которого, как посчитал ответчик, не был произведен платеж с аккредитива. МКАС, рассматривая дело, исходил из того, что вопрос о надлежащем ответчике находится в компетенции истца. Он также учел то обстоятельство, что возможность предъявления иска Внешэкономбанку не лишает истца права предъявить такое же требование стороне, с которой он связан контрактом. За поставленный товар покупатель обязан уплатить требуемую по условиям контракта сумму. Именно покупатель, а не Внешэкономбанк, не являющийся стороной в контракте, несет обязанность по выполнению условий гражданско-правового договора, в том числе и по уплате покупной цены. Следовательно, одно лишь открытие аккредитива не может рассматриваться в качестве надлежащего исполнения обязательства по

осуществлению платежа в рамках договора.

В зависимости от выполняемых функций банки-посредники разделяются на «авизирующий», «исполняющий», «подтверждающий».

Авизование представляет собой передачу аккредитива от банка-эмитента бенефициару через банк-посредник (авизирующий банк), уполномоченный на это банком-эмитентом. В функции авизирующего банка входит проверка «с разумной тщательностью по внешним признакам» и подтверждение подлинности (аутентичности) аккредитива, который он авизует. При этом он не принимает на себя никаких обязательств перед бенефициаром по платежам и лишь в случае неподтверждения аутентичности аккредитива должен сообщить об этом бенефициару.

Исполняющий банк — это банк, уполномоченный банком-эмитентом на исполнение аккредитива, т.е. на платеж, акцепт тратт и их оплату или учет (негоциацию). Он также не несет ответственности за платежи перед бенефициаром (кроме случаев, когда он подтвердил аккредитив), который вправе направить документы непосредственно банку-эмитенту и запросить у него платеж, даже если аккредитив подлежит исполнению другим банком. Унифицированные правила предусматривают, что «принятие и/или проверка и/или отправка им документов не делает этот банк обязанным платить, принять обязательство осуществить платеж с рассрочкой, акцептовать тратту или произвести негоциацию» (ст. 10 С Унифицированных правил).

Обязательства подтверждающего банка рассматриваются в соответствии с Унифицированными правилами как его независимые обязательства перед бенефициаром. Банк подтверждает аккредитив на основании полномочия, выданного банком-эмитентом, и тем самым становится стороной в аккредитиве, без участия которой последний не может быть изменен или аннулирован. Это, однако, не лишает права на возмещение банком-эмитентом всех платежей, которые были произведены им по аккредитиву (ст. 9 D, 10 D Унифицированных правил). Банки, прибегающие к услугам другого или других банков (в том числе зарубежных) для выполнения инструкций приказодателя (покупателя по контракту), делают это за счет и риск такого приказодателя, причем приказодатель связан обязательствами и ответственностью, которые вытекают из иностранных законов и обычаев, и обязан возместить банкам расходы, связанные с их исполнением (ст. 18 А, D Унифицированных правил).

Обязанность формулировать условия аккредитива в соответствии с положениями, согласованными в контракте, лежит на приказодателе, который должен дать банку-эмитенту полные и точные инструкции относительно вида, суммы аккредитива, сроков представления документов, способа и места исполнения аккредитива и др. В нем же должно содержаться указание на то, исполняется ли аккредитив путем платежа по представлению, платежа с рассрочкой, акцепта тратты или негоциации.

В Унифицированных правилах имеются и рекомендации относительно содержания аккредитива. Каждый аккредитив должен ясно указывать, является ли он отзывным или безотзывным. При отсутствии такого указания Правила исходят из того, что аккредитив признается безотзывным. Указанное положение имеет существенное значение, если учесть, что в ранее действовавшей редакции Унифицированных правил (1983 г., публикация МТП № 400) было установлено правило прямо противоположного характера, т.е. использовалась презумпция отзывности аккредитива. Различие между этими двумя видами аккредитива заключается в том, что безотзывный аккредитив не может быть изменен или аннулирован без предварительного согласия бенефициара, в пользу которого он

открыт, в то время как в отзывный эти изменения вносятся без предварительного уведомления бенефициара. Согласно ст. 9 D (iii) Унифицированных правил, считается, что бенефициар дал согласие на авизованные изменения условий аккредитива, если он сообщил об этом авизирующему банку или представил документы, соответствующие измененным условиям аккредитива; «именно с этого момента аккредитив признается измененным». В случае же внесения изменений в отзывный аккредитив плательщик может давать соответствующие распоряжения только через банк-эмитент, который извещает банк получателя (исполняющий банк), и только последний ставит в известность самого получателя.

Несмотря на то что выставление аккредитива осуществляется в целях реализации платежных обязательств стороны в контракте, он носит самостоятельный характер. С другой стороны, условия самого аккредитива, а также порядок его открытия должны быть согласованы сторонами в контракте. При этом чем точнее стороны сформулируют эти положения, тем меньше препятствий окажется при совершении процедуры по его открытию.

Например, по условиям Глобального контракта на реконструкцию Дургапурского металлургического завода в Индии, заключенного в 1979 г., заказчик — государственная металлургическая компания Индии (Steel Authority of India Ltd) —должна была открыть аккредитивы в пользу соответствующих членов международного консорциума, осуществлявшего поставки материалов и оборудования и производство работ в рамках реконструкции, в течение 90 дней с момента представления последними полных перечней поставок, что своевременно и было сделано. Однако открытие аккредитивов произошло значительно позже договорных сроков вследствие того, что контракт не предусматривал подчинение аккредитивных отношений сторон Унифицированным правилам МТП, а банки-эмитенты, ссылаясь на нормы контракта, не раз отклоняли представляемые формы, находя в них несоответствия договорным положениям, поскольку согласование не было исчерпывающим.

Банк, в котором по приказу покупателя в договоре купли-продажи или заказчика в договоре подряда и т.д. открывается аккредитив, не вправе вмешиваться в реализацию договорных отношений между сторонами, хотя требования к его условиям и действиям контрагента регламентированы в основном договоре.

Вместе с тем нельзя не отметить, что аккредитив, будучи подвержен строгой регламентации с помощью контрактных условий и Унифицированных правил МТП (если стороны согласились на их применение), играет чрезвычайно важную роль, выполняя контрольную и гарантийную функции. Контрольная функция обеспечивается тем, что банк не осуществляет платеж до тех пор, пока получатель платежа по аккредитиву не выполнит всех требований контракта и аккредитива. Гарантийная функция аккредитива состоит в невозможности обхода установленных условий посредством выдачи приказодателем особого распоряжения, ибо заложенные в контракте требования могут быть им изменены только в порядке предшествующего достижения отдельного соглашения между контрагентами по тому или иному вопросу.

Указанные характерные черты, определяющие соотношение прав и обязанностей сторон по основному контракту и соответственно по

аккредитиву, обуславливают такое положение, когда, к примеру, поставщик вправе отсрочить поставку, если покупатель открыл аккредитив на условиях, не предусмотренных договором. Так, договором поставки предусмотрена оплата товара путем выставления покупателем безотзывного аккредитива. В нем также указывался банк-эмитент, подтверждающий банк, сумма аккредитива, срок действия и иные условия, необходимые для использования этой формы расчетов. В установленный договорными положениями срок аккредитив покупателем открыт не был. Поставщик потребовал от контрагента открыть аккредитив на согласованных условиях в связи наступлением срока поставки, также оговоренного в контракте. Покупатель сообщил, что им открыт отзывный аккредитив, но в другом банке и на других условиях, одновременно прося осуществить поставку товара. Поставщик отгрузку не произвел, покупатель обратился в арбитражный суд с иском о взыскании с поставщика договорной неустойки за просрочку поставки. Суд в иске отказал со следующей мотивировкой: включение в договор условия об открытии аккредитива означает согласие сторон на отгрузку товара после открытия аккредитива, позволяющего получение контрагентом платы за отгруженный товар, т.е. речь идет об исполнении обязательств, являющихся по отношению друг к другу встречными; при неисполнении первичного обязательства сторона, на которой лежит выполнение встречного обязательства, вправе приостановить исполнение, отказаться от исполнения и потребовать возмещения убытков. Ссылка покупателя на открытие им аккредитива не может быть принята как надлежащее исполнение, поскольку аккредитив открыт не в том банке, который был обусловлен в договоре, и на существенно иных, чем было согласовано между сторонами, условиях. Поскольку действия поставщика по отгрузке товара имели встречный характер по отношению к обязательству покупателя по открытию аккредитива, а последний в этой части нарушил условия договора, суд, с учетом указанного, нашел требования покупателя необоснованными.

В связи с аккредитивными отношениями в международной практике применяется и другой упомянутый выше единообразный документ, созданный в рамках МТП, в целях регулирования рамбурсных полномочий банков — Унифицированные правила по межбанковскому рамбурсированию 1996 г. (публикация № 525). Рамбурсное полномочие есть инструкция о рамбурсировании (возмещении) банка-ремитента, который платит, акцептует или неогцирует (покупает или учитывает) тратту по аккредитиву и представляет рамбурсное требование в рамбурсирующий банк — т.е. банк, предоставляющий возмещение. Когда документарный аккредитив предусматривает полномочие по рамбурсированию по поручению банка-эмитента, т.е. банка, выставившего аккредитив и выдавшего в соответствии с условиями рамбурсного полномочия рамбурсное требование рамбурсирующему банку, имеет место межбанковское рамбурсирование. Для целей Унифицированных правил отделения банков в различных странах рассматриваются как отдельные банки, т.е. подчиняются различным личным статутам. В международной банковской практике, кроме вышеназванных, используются самые разнообразные виды аккредитивов — переводные



(трансферабельные), резервные, возобновляемые (револьверные), «досрочно открываемые», аккредитивы с «красной оговоркой», компенсационные аккредитивы и аккредитивы преимущественного действия и др.

Унифицированные правила предусматривают использование резервных и переводных (трансферабельных) аккредитивов. В настоящее время в них отсутствует специальное регулирование использования резервного аккредитива и, как вытекает из ст. 2, на этот вид аккредитива распространяется общее определение, относящееся к любому документарному аккредитиву, т.е. аккредитиву, по которому платежи производятся против представления документов.

В отличие от обычного резервного аккредитива направлен на защиту получателя платежа в случае неисполнения обязательств продавца, связанных с отгрузкой товаров, и в соответствии с ним подлежащие представлению документы необязательно должны подтверждать выполнение этих обязательств. По своему действию резервный аккредитив приближается к банковской гарантии по требованию.

При использовании переводного (трансферабельного) аккредитива передача бенефициаром прав и некоторых обязанностей, возникающих из аккредитива, другому лицу (обычно своему поставщику) осуществляется таким образом, что это лицо становится стороной по аккредитиву. В ст. 48 Унифицированных правил переводный аккредитив характеризуется как «аккредитив, по которому бенефициар (первый бенефициар) может просить банк, уполномоченный произвести платеж, о том, чтобы аккредитивом могли пользоваться полностью или частично один или несколько бенефициаров (вторых бенефициаров)». Однако передача прав и обязанностей по такому аккредитиву требует согласия покупателя, открывшего аккредитив, а также банка-эмитента, берущего на себя обязательство осуществить платеж.

Особенностью аккредитива является его строго формальный характер. Это означает, что все заинтересованные стороны, участвующие в операциях по аккредитиву, имеют дело с документами, а не с товарами, услугами и/или иными видами исполнения обязательств, к которым могут относиться документы. Аккредитив должен оперировать только теми условиями, которые соответствуют либо контрактным, либо указанным в унифицированных правилах, если стороны согласились на их применение. В свете этого в содержание аккредитива не должны включаться ненужные понятия и термины. Например, в ст. 20 Унифицированных правил говорится о том, что такие термины, как «хорошо известный», «компетентный», «соответствующий требованиям», «независимый», «официальный», «местный» и т.д. не должны употребляться в текстах аккредитивов для характеристик лиц и организаций, выдающих какой-либо документ.

Обратим внимание на такое обстоятельство. Положения контракта о том, что аккредитив должен выставляться приказодателем в «первоклассном» или «имеющем достаточную известность», либо «обладающем солидной репутацией» и т.д. банке, не должны восприниматься в свете указанных требований Правил, ибо это касается не содержания аккредитива, а требований гражданско-правового соглашения сторон в отношении предпосылок и условий открытия аккредитива.

Кроме того, редакция 1993 г. Унифицированных правил (ст. 13) в отличие от Правил 1983 г., в которых ничего не содержалось по этому поводу, уточняет: «Банки должны проверять все документы, указанные в аккредитиве, с разумной тщательностью, с тем, чтобы удостовериться, что они соответствуют условиям

аккредитива». Иными словами, аккредитив должен формулировать инструкции, равно как и указывать документы таким образом, чтобы им можно было следовать. В нем необходимо указывать только документарные условия. К примеру, такие положения аккредитива, как «платеж должен производиться при условии отгрузки надлежащего товара», будут игнорироваться банками, поскольку банк не имеет возможности проверить надлежащий ли товар отгружен.

В связи с этим важно учитывать, что в Унифицированных правилах нашли отражение элементы обыкновений, завоевавшие сегодня прочное место в практике регулирования коммерческих отношений. Так, соответствие по внешним признакам указанных документов условиям аккредитива определяется, как сказано в ст. 13 Унифицированных правил, «международным стандартом, принятым в банковской практике».

В анализируемом документе предусмотрено представление бенефициаром в соответствии с аккредитивом банку-эмитенту (другому уполномоченному банку) транспортных, страховых документов, коммерческих счетов. В нем также даются описание специальных видов транспортных и других документов и основные требования, которым должны удовлетворять содержащиеся там сведения. Отсутствие в аккредитиве какого-либо из этих требований не делает его ничтожным, хотя может замедлить расчеты по нему. Если в аккредитив включены условия без перечисления документов, которые согласно ему должны быть представлены, банки считают такие условия как неоговоренные и не будут принимать их во внимание. Документы, не указанные в аккредитиве, не проверяются банком. Если последний их получит, то должен возратить отправителю или передать далее, не неся какой-либо ответственности.

Банки принимают соответствующий документ таким, каким он представлен, при условии, что по внешним признакам он соответствует другим условиям аккредитива. Подобные правила установлены также в ст. 21, согласно которой в случае, если бенефициаром подлежат представлению иные документы, чем транспортные, коммерческие и страховые, аккредитив должен предусматривать наименование лица, выдавшего документ, а также указания о его содержании. Если же аккредитив этого не содержит, то банки принимают эти документы в том виде, в каком они представлены, если только их содержание не противоречит какому-либо другому из представленных документов, предусмотренных аккредитивом.

Для проверки документов и принятия решения об их принятии банком, в который они поступили (банком-эмитентом, подтверждающим и исполняющим банком), определен «разумный срок, не превышающий семи банковских дней, следующих за днем получения документов». Банки принимают документы при условии, что они представлены бенефициаром: а) в пределах сроков действия аккредитива; б) не позднее чем в установленный в аккредитиве срок после отгрузки товара. Нелишне заметить, что действующая редакция Унифицированных правил расширила по сравнению с предыдущей содержание понятия «отгрузка». Например, согласно ст. 46 сегодня оно включает и «погрузку на борт», «отправку», «принятие»: «принятие к погрузке», «принятие товара к перевозке», в том числе почтовую отправку (устанавливаемую по дате почтовой квитанции). При нарушении сроков выплаты по аккредитиву не производятся.

В ходе разбирательства МКАС при ТПП РФ дела по иску, имеющему предметом требование об оплате поставленного истцом товара, было выяснено, что ответчик открыл аккредитив, оплаты с

которого не последовало ввиду нарушения истцом его условий, т.е. имело место представление документов по первой партии с несоблюдением сроков, исчисляемых с даты отгрузки товара. С учетом этого обстоятельства третейский суд отклонил ходатайства истца и ответчика о привлечении в качестве соответчика Внешэкономбанка СССР. Поскольку истец допустил нарушение условий аккредитива, он лишил себя права обратиться к Внешэкономбанку СССР непосредственное требование об уплате ему стоимости поставленного товара. В соответствии с решением МКАС по делу № 261/1993 от 14 февраля 1995 г. исковая сумма, а также годовые проценты согласно применимому к контракту праву — российскому законодательству — были взысканы с ответчика.

Условие об обязательности указания срока действия аккредитива отражается в содержании посредством обозначения в нем даты истечения срока, предусмотренного для платежа. В ст. 42 «а» Унифицированных правил указанная дата толкуется как «дата истечения срока для представления документов». Документы должны представляться в банк в день истечения срока или до этого срока. Если дата истечения срока аккредитива приходится на день, когда банк закрыт, то датой истечения срока будет считаться первый следующий день, когда такой банк будет открыт. В аккредитиве должен предусматриваться период времени после даты отгрузки, в течение которого должны быть представлены документы в соответствии с условиями аккредитива. Учитывая, что это условие не всегда включается в аккредитив, Унифицированные правила в редакции 1993 г. предусмотрели положение, согласно которому, если такой период в аккредитиве не предусмотрен, банки не будут принимать документы, представленные им позже чем через 21 день после даты отгрузки, но не позднее истечения срока аккредитива. Для определения условий использования аккредитива при отгрузках товаров частями банки придерживаются такого правила, что если в установленные сроки какая-либо часть товара не отгружена и/или аккредитив частично не использован, он становится недействительным как для этой части, так и для последующих частей, если только аккредитивом не предусмотрено иное (ст. 41 Унифицированных правил).

Важное значение имеет вопрос о соотношении внешнеэкономического контракта и аккредитива, открытого покупателем на его основе. В Унифицированных правилах установлен принцип «абстрактности» аккредитива, в соответствии с которым аккредитив по своей природе представляет собой сделку, обособленную от договора купли-продажи или иного договора, на котором он может быть основан, и «банки ни в коей мере не связаны и не должны заниматься такими договорами, даже если какая-либо ссылка на такой договор включена в аккредитив» (ст. 3). На основании этого принципа в Унифицированных правилах определены взаимоотношения заинтересованных сторон в связи с исполнением аккредитива. Так, обязательство банка производить платеж, акцептовать и оплачивать тратту или осуществить ее негоциацию и/или выполнить любое другое обязательство по аккредитиву не подчинено требованиям или возражениям приказодателя (покупателя), основанным на его отношениях с банком-эмитентом или бенефициаром (получателем платежа). В свою очередь, на бенефициара «ни в коем случае не распространяются договорные отношения, существующие между банками или между приказодателем и банком-эмитентом (ст. 3 В). Из этого следует, что достигнутая между сторонами контракта договоренность о продлении срока

аккредитива, в частности в связи с несвоевременной высылкой поставщиком документов об отгрузке товаров, автоматически не влечет за собой обязанность банка осуществить платеж в согласованные таким образом сроки. Для осуществления платежа в этом случае соответствующие изменения должны быть внесены приказодателем в условия аккредитива. Напротив, внесенные приказодателем (покупателем) по просьбе бенефициара (продавца) изменения условий аккредитива нельзя считать изменением срока поставки по заключенному между ними контракту.

Вследствие этого право, избранное сторонами по договору в целом, не распространяется на аккредитив, если иное прямо не предусмотрено в договоре, тем более если стороны оговорили подчинение своих отношений по аккредитиву Унифицированным правилам МТП.

Таким образом следует еще раз подчеркнуть, что аккредитив, будучи основанным на контракте, тем не менее обладает свойством самостоятельности обязательств, вытекающих из него. С другой стороны, открытие аккредитива само по себе еще не означает исполнения обязанности по платежу за поставленный товар или произведенные работы, услуги по контракту и прекращения тем самым денежных обязательств, если стороны прямо не отоварили иного.

Этот вывод со всей последовательностью прослеживается в практике международного коммерческого арбитража Российской Федерации. В делах № 488/1993 (решение от 14 февраля 1995 г.), № 198/1992 (решение от 28 июня 1995 г., № 474/1993 (27 октября 1995 г.), а также № 364/1994 (решение от 13 декабря 1995 г.), рассмотренных МКАС при ТПП РФ, по вопросам, касающимся наряду с прочим и открытия и исполнения аккредитивов, указывается, что выполнение обязанности об открытии аккредитива не является платежом за товар, а означает, что покупатель принял предусмотренные контрактом меры, чтобы сделать осуществление платежа возможным.

В этом плане диссонансом выглядит констатация суда при разбирательстве в 1999 г. МКАС при ТПП РФ спора между российской и алжирской организациями по взысканию задолженности алжирской компании, возникшей вследствие поставки товара ненадлежащего качества и убытков из-за частичной недостачи товара. В материалах дела отмечалось, что в соответствии с условиями контракта *истец совершил платеж путем открытия подтвержденного безотзывного аккредитива* на полную стоимость поставляемых товаров в соответствии с графиком поставки.

**Инкассо.** Инкассо (англ. collection, фр. encaissement) является одной из старейших банковских операций. Хотя аккредитивная форма расчетов достаточно полно обеспечивает своевременное получение экспортной выручки, по сравнению с инкассо ее доля в международных расчетах значительно скромнее.

Упрощенно инкассо можно определить как поручение экспортера (кредитора) своему банку получить от импортера (плательщика, должника) непосредственно или через другой банк определенную денежную сумму или подтверждение того, что эта сумма будет выплачена в установленные сроки. Расчеты в форме инкассо с предварительным акцептом широко распространены

в международной торговле. При этом инкассо используется как в расчетах на условиях платежа наличными, так и с использованием коммерческого кредита.

Применение инкассовой формы в международных расчетах регулируется специальным документом — Унифицированными правилами по инкассо, разработанными МТП (ICC Uniform Rules for Collection). В настоящее время действует редакция Правил 1995 г. (публикация МТП № 522), пришедшая на смену редакции 1978 г. (публикация МТП № 322). Указанные правила введены в действие для банков на территории большинства стран мира, в том числе и России. В частности, три типа унифицированных правил — в отношении аккредитива, инкассо и договорных гарантий — были инкорпорированы в письмо Внешторгбанка СССР от 24 августа 1987 г. № 417/28 «О применении наиболее выгодных условий и форм расчетов по контрактам с фирмами и организациями капиталистических и развивающихся стран». В то же время следует отметить, что и ранее и сейчас упомянутые документы носили и носят рекомендательный характер. Их применение факультативно — только в том случае, если стороны по внешнеторговой сделке согласятся на подчинение своих отношений соответствующим правилам.

Унифицированные правила по инкассо определяют виды инкассо, порядок представления документов к платежу и совершения платежа, акцепта, извещения о совершении платежа или о неплатеже (неакцепте) и другие вопросы.

Согласно п. (а) ст. 2 Унифицированных правил по инкассо (далее — Унифицированные правила) инкассо означает операции, осуществляемые банками на основании полученных инструкций, с документами, как они определены в п. (б) ст. 2 этих правил, в целях: 1) получения платежа и/или акцепта; 2) выдачи документов против платежа и/или акцепта; 3) выдачи документов на других условиях.

Документы, с которыми производятся операции по инкассо, Унифицированными правилами разделяются на две группы: *финансовые документы* (переводные векселя, простые векселя, чеки и иные подобные документы, используемые для получения денежного платежа) и *коммерческие документы* (счета-фактуры, транспортные документы, товарораспорядительные или отгрузочные документы или иные какие бы то ни было документы, не являющиеся финансовыми (например, спецификации, сертификаты и т. д.) В связи с этим определяются два вида инкассо: *чистое инкассо*, т.е. инкассо только финансовых документов, и *документарное инкассо* — инкассо финансовых и коммерческих документов. Документарное инкассо означает инкассо финансовых документов, сопровождаемых коммерческими документами, а также коммерческих документов, не сопровождаемых финансовыми документами.

Использование Унифицированных правил удобно в том отношении, что они дают единообразное толкование многих терминов и вопросов, возникающих в практике осуществления расчетов по инкассо. Для банков и других лиц, использующих Унифицированные правила, а также клиентов этих банков, осуществляющих расчеты в форме инкассо, они являются обязательными.

Расчеты в форме инкассо осуществляются следующим образом. После заключения контракта, в котором стороны обычно оговаривают, через какие банки будут производиться расчеты, экспортер совершает в соответствии с условиями контракта отгрузку товара. Получив от перевозчика транспортные документы, он подготавливает комплект документов (в который входят также счета, другие документы, при необходимости — финансовые, например

переводные векселя, выписываемые экспортером на импортера, если последнему предоставлен коммерческий кредит) и представляет их при инкассовом поручении своему банку. В соответствии с Унифицированными правилами экспортер, выставляющий документы на инкассо, называется доверителем (принципалом), а банк, которому доверитель поручает операцию по обработке инкассо, — банком-ремитентом.

Банк-ремитент действует в соответствии с инструкциями принципала, содержащимися в инкассовом поручении, и Унифицированными правилами. Проверив по внешним признакам соответствие представленных документов тем, которые перечислены в инкассовом поручении, банк-ремитент отправляет их вместе с поручением банку-корреспонденту страны импортера. В инкассовом поручении банк экспортера обычно указывает инструкции в отношении перевода средств, полученных от импортера, а также, при необходимости, — в отношении векселей, акцептованных импортером (если таковые направляются при инкассовом поручении). Получив инкассовое поручение и документы, банк страны импортера, участвующий в операции по выполнению инкассового поручения (инкассирующий банк), представляет их импортеру (плательщику) для проверки с целью получения от него платежа (или акцепта тратт, в зависимости от инструкций, содержащихся в поручении). При этом, в соответствии с Унифицированными правилами, инкассирующий банк может сделать представление плательщику непосредственно или через другой банк, который называется представляющим банком. Документы выдаются плательщику только против платежа. Для получения платежа от импортера инкассирующий банк переводит выручку банку-ремитенту по почте или по телеграфу (телексу), в зависимости от инструкций; получив перевод, банк-ремитент зачисляет выручку экспортеру.

В статье 4 Унифицированных правил предусмотрено: «Все документы, посылаемые на инкассо, должны сопровождаться инкассовым поручением, указывающим, что инкассо подчиняется URC 522 (т.е. Унифицированные правила по инкассо, публикация № 522. — *Л.А.*), и содержащим полные и точные инструкции. Банкам разрешается действовать только в соответствии с инструкциями, содержащимися в таком инкассовом поручении, и в соответствии с настоящими Правилами». В инкассовом поручении могут быть следующие виды инструкций в отношении выдачи коммерческих документов: 1) документы против акцепта (D/A) и 2) документы против платежа (D/P). Если инкассо содержит переводный вексель, подлежащий оплате на будущую дату, то в инкассовом поручении должно указываться, подлежат ли коммерческие документы выдаче плательщику против акцепта (D/A) или против платежа (D/P). При отсутствии такого указания коммерческие документы будут выдаваться только против платежа, и инкассирующий банк не будет нести ответственность за какие-либо последствия, вызванные задержкой в выдаче документа (ст. 7 Правил).

Несмотря на то, что при расчетах инкассо, как, впрочем, и при аккредитивной форме расчетов, формальные аспекты отношений между сторонами играют большую роль, прежде всего требования к содержанию инструкций принципала или предъявляемым документам, далеко не всякие формальности должны приниматься во внимание.

В этом плане показательное решение МКАС № 27/1997, вынесенное по иску российской организации к индийскому импортеру. Иск был предъявлен в связи с неоплатой индийской фирмой товаров, поставляемых в соответствии с контрактом, заключенным сторонами в мае 1992 г. Документы на оплату товара были переданы истцом в московское представительство индийского банка, которое переслало их в индийский банк, представивший их ответчику к оплате. Ответчик отказал в оплате, ссылаясь на то, что истцом нарушен порядок представления документов, которые, по его мнению, должны представляться через российский банк, обслуживающий истца, а также на ненадлежащее оформление самих документов, вызвавшее невозможность принятия их ответчиком к оплате по формальным признакам. Истец, выразив несогласие с мотивами отказа, потребовал от ответчика оплаты товара, процентов за пользование средствами, а также возмещение арбитражных расходов и компенсации за командирование его представителей, выезжавших в Индию для урегулирования разногласий с ответчиком. Ответчик, признавая сумму основной задолженности по контракту, выражал готовность погасить ее после того, как истец устранит формальные недостатки документов и предъявит их в надлежащий банк.

Решение, вынесенное МКАС, характеризовало следующее. Арбитражный суд счел необоснованными доводы ответчика о том, что отказ оплатить полученный им товар объяснялся тем, что документы для оплаты по инкассо были представлены в ненадлежащий банк. В деле имелся ответ Банка России от 4 июля 1996 г. на запрос истца, в котором разъяснялось со ссылкой на действующее российское законодательство, что расчеты в валюте по экспорту товаров из России могут осуществляться как через счета экспортеров в уполномоченных банках РФ, так и через счета экспортеров, открытых по разрешению Банка России в иностранных банках за пределами РФ. В силу этого, если счет открыт в иностранном банке за рубежом, расчеты через него могут осуществляться непосредственно.

Для целей подтверждения законности пользования счетом в иностранном банке за пределами РФ истец представил в МКАС лицензию Банка России. Поскольку истец являлся клиентом State Bank of India, New Delhi, что подтверждено телексом от 6 июня 1996 г., и имел в нем счет «по расчетам с Индией», открытый на основании лицензии, полученной от Банка России, истец был вправе осуществлять расчеты через этот банк, выставив документы через представительство указанного банка в г. Москве. По оценке Внешэкономбанка (известного своим большим опытом международных расчетов, в том числе по инкассо), содержащейся в разъяснениях этого банка от 21 июня 1996 г., полученных на запрос истца, действия истца признаются правомерными. При расчетах по инкассо задача банка-ремитента (в роли которого выступало московское представительство банка State Bank of India, New Delhi) состояла лишь в пересылке полученного от принципала (истца)

инкассового поручения представляющему банку (указанному выше индийскому банку). Все необходимые инструкции были даны истцом в инкассовом поручении. Следовательно, представляющий банк (State Bank of India, New Delhi) имел все необходимые данные для представления инкассового поручения к оплате ответчику, и ответчик не имел оснований для возражений по процедуре представления указанного инкассового поручения и документов.

Поскольку в итоге МКАС счел неубедительными доводы истца о том, что документы не соответствовали формальным требованиям, и не нашел оснований для отказа ответчика оплатить товар, требования истца были удовлетворены.

Второй вид инструкций применяется при расчетах по коммерческому кредиту. Здесь импортер получает документы после акцепта переводного векселя (тратты), направленного при инкассовом поручении. Посредством акцепта импортер принимает на себя обязательство совершить платеж в обусловленный срок. В тех случаях, когда предоставленный импортеру краткосрочный коммерческий кредит (обычно на срок до трех месяцев) не обеспечивается векселем, банки на основании инструкций доверителя выдают документы плательщику без оплаты. При этом экспортер, как правило, обеспечивает исполнение обязательств импортером посредством выставления за импортера банковской гарантии в обеспечение платежей по контракту. Следует обратить внимание на то, что в соответствии с Унифицированными правилами банки, участвующие в расчетах по инкассо, выступают в роли посредников и не несут никакой ответственности за неоплату или неакцепт документов (тратт). Их обязанности ограничиваются тем, что они должны представить импортеру документы или тратты к оплате (к акцепту) или направить документы (тратты) другому банку для представления их к оплате (акцепту). В случае неплатежа или неакцепта банк импортера извещает об этом доверителя или его банк.

Инкассовая форма расчетов в определенной степени выгодна экспортеру тем, что банки защищают его право на товар до момента оплаты документов или акцепта тратт. Право на товар импортеру дают товарораспорядительные документы, и во владение товаром он вступает после их оплаты (акцепт тратт), если экспортер не инструктировал банки о выдаче документов без оплаты. Документы, получаемые импортером для проверки, остаются в распоряжении банка вплоть до момента их оплаты (акцепта тратт), а в случае неоплаты возвращаются банку с указанием причин неоплаты (неакцепта). Инкассовая форма расчетов отвечает интересам также и импортеров, поскольку она подразумевает оплату действительно поставленного или отгруженного товара, а расходы по проведению инкассовой операции относительно невелики. Расчеты в форме инкассо позволяют банкам осуществлять контроль за своевременностью получения платежа, однако банки, как правило, не имеют реальных рычагов воздействия на импортера с целью ускорения оплаты (акцепта) документов.

Основным недостатком инкассовой формы расчетов является длительность «пробега» документов через банки и, соответственно, периода их оплаты (акцепта), который может занимать от нескольких недель до месяца и более.



Данное обстоятельство, равно как и особенности проведения инкассовых операций, необходимо учитывать при использовании этой формы международных расчетов. Так, получатель средств обратился в арбитражный суд с исковым требованием о возмещении обслуживающим его банком убытков, возникших вследствие просрочки исполнения платежного требования — поручения, которое было исполнено путем зачисления денежных средств на счет истца через 15 дней после зафиксированной даты передачи его банку. Поскольку расчеты производились между лицами, находящимися в разных местах, истец полагал, что они подчиняются требованиям о сроках осуществления безналичных расчетов, установленным в ст. 80 Закона о Центральном банке (Банке России) (в редакции Федерального закона от 26 апреля 1995 г. № 65-ФЗ), согласно которому общий срок безналичных расчетов не должен превышать пяти операционных дней в пределах Российской Федерации. Между тем при проведении операций по инкассо банки производят ряд действий, не связанных с самим перечислением средств (по направлению платежных требований к месту платежа, предъявлению их к акцепту и т.п.). Этим срокам истец не учитывал, в результате чего пришел к необоснованному выводу о просрочке исполнения банком-ответчиком.

Кроме того, импортер может отказаться от оплаты представленных документов или не иметь разрешения на перевод валюты за границу. В этом случае экспортер понесет расходы, связанные с хранением груза, продажей его третьему лицу или транспортировкой обратно в свою страну. В связи с этим в расчетах по инкассо могут использоваться различные способы ускорения и дополнительного обеспечения платежей.

**Банковский перевод.** Данная форма расчетов представляет собой простое поручение банка своему банку-корреспонденту выплатить определенную сумму денег по просьбе и за счет приказодателя иностранному получателю (бенефициару) с указанием способов возмещения банку-плательщику выплаченной суммы. Банковский перевод осуществляется безналичным путем посредством платежных поручений, адресованных одним банком другому. В ряде случаев переводы исполняются посредством чеков или других платежных документов. При расчетах банковскими переводами коммерческие банки исполняют платежные поручения иностранных банков или оплачивают в соответствии с условиями корреспондентских соглашений выставленные на них банковские чеки по денежным обязательствам иностранных импортеров, а также выставляют платежные поручения и банковские чеки на иностранные банки по денежным обязательствам отечественных импортеров.

В результате схема взаимоотношений участников операций при банковском переводе выглядит следующим образом: импортер-перевододатель (приказодатель) направляет в свой банк (банк импортера) поручение о переводе определенной суммы, последний выдает соответствующий приказ банку, обслуживающему экспортера, который переводит указанные импортером денежные средства на счет экспортера-переводополучателя.

В европейских континентальных странах (ФРГ, Австрии и Великобритании) распространена система *жирорасчетов* — практически одна из самых ранних форм безналичного расчета, особенно между клиентами одного города или одного округа. Эта система предлагает более оперативную и эффективную альтернативу системе расчетов чеками при переводе денежных средств в счет платежей от одного лица другому. Термин «жиро» —

обобщающее наименование двух разных и отдельных услуг по кредитованию и прямому дебетованию соответствующих счетов. Эта система предоставляет возможность осуществления быстрого перевода денежных средств даже для лиц, не имеющих банковского счета. Жирорасчеты были введены в Австрии в 1883 г. Георгом Кохом, директором Почтового сберегательного банка, и в последующем восприняты в других странах. В Англии особое значение эта форма расчетов приобрела в 60—70 гг. XX в.

**Межбанковские расчеты.** Расчеты между хозяйствующими субъектами одного и того же государства, к тому же являющимися клиентами одного и того же банка, осуществляются путем совершения операций в рамках их банковских счетов. Расчеты между физическими и юридическими лицами, связанными между собой по сделке, которые являются иностранцами по отношению друг к другу, т.е. коммерческие предприятия которых находятся в различных государствах, не могут быть произведены без участия третьих лиц — банков-корреспондентов. Иными словами, коммерческий банк, выполняющий поручение своего клиента о совершении той или иной банковской операции, вступает в отношения с другим коммерческим банком, обслуживающим его партнера, равно как и с банками, обеспечивающими корреспондентские связи между последними. В действительности происходит так, что прежде чем гражданско-правовые субъекты международной сделки смогут расплатиться друг с другом, должны произвести расчеты между собой их банки, пользуясь услугами третьих банков.

Указанные операции осуществляются также в безналичной форме. Если бы не существовало системы безналичных межбанковских расчетов, то коммерческие банки вынуждены были бы передавать друг другу наличные денежные средства — перевозить деньги из страны в страну, из банка в банк. Наличие посредников в подобного рода отношениях стало бы нецелесообразным, но тогда на совершение таких операций уходили бы недели и месяцы, что в деловом отношении представляло бы не только серьезный риск, но в ряде случаев и бессмысленность вследствие утраты актуальности момента для их осуществления.

Межбанковские расчеты могут осуществляться тремя способами. Во-первых, на основе корреспондентских и открытых счетов, ведущихся коммерческими банками друг у друга. Во-вторых, на основе подобных счетов, которые открыты коммерческими банками, не имеющими непосредственных корреспондентских отношений, в третьем банке. В-третьих, путем создания клиринговых центров, участники которых осуществляют зачет взаимных требований. В Российской Федерации, например, все указанные варианты осуществления межбанковских расчетов предусмотрены постановлением Президиума Верховного Совета РФ и Правительством Российской Федерации от 25 мая 1992 г. «О неотложных мерах по улучшению расчетов в народном хозяйстве и повышению ответственности предприятий за их финансовое состояние». Например, клиенты «Креди Лионне» в Москве и США должны произвести расчет друг с другом. Допустим, получатель средств находится в Бостоне, а плательщик — в Москве. В этом случае «Креди Лионне» (Москва) дает распоряжение своему корреспонденту в регионе северо-восточных штатов США (либо непосредственно в штате Массачусетс) заплатить необходимую сумму бостонскому получателю со своего

корреспондентского счета. Подобная операция может быть произведена в пределах суток.

**Банковская гарантия. Договорная гарантия. Гарантия по первому требованию.** В расчетах международного характера по сделкам между субъектами гражданского права большую роль играют банковские гарантии. Как было указано выше, МТП разработала и приняла ряд унифицированных документов, относящихся к этому инструменту. Кроме того, в рамках ООН существует Конвенция о независимых гарантиях и резервных аккредитивах, рекомендованная Генеральной Ассамблеей ООН к принятию государствами-членами 26 января 1996 г.

В арбитражной практике Российской Федерации проблемы, связанные с банковскими гарантиями в международном хозяйственном обороте, подверглись обобщению и разъяснению со стороны Высшего арбитражного суда РФ ввиду относительной новизны правоотношений, а также неоднозначности некоторых правовых норм, действующих в области банковских гарантий в международной сфере.

В этом плане для выработки национальным юрисдикционным органом соответствующей позиции существенное значение имел анализ международно-правовой нормативной и судебной практики. В частности, в изданном ВАС РФ документе подчеркивается, что указанная практика свидетельствует о том, что недобросовестное требование бенефициара о платеже по международному гарантийному обязательству в случае, когда «основное обязательство, бесспорно, было исполнено удовлетворительным для бенефициара образом», может являться формой злоупотребления правом и служить для добросовестного гаранта основанием к приостановлению платежа до принятия судебных мер. Например, такое положение содержится в Конвенции ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (ст. 19, 20).

Регулирование, содержащееся в Унифицированных правилах по договорным гарантиям 1978 г., распространяется на тендерные гарантии, гарантии исполнения и гарантии возврата платежа, если они были даны в форме *договорных гарантий*. Согласно ст. 1 данные правила применяются «к любой гарантии, поручительству или подобному обязательству, как бы оно ни было названо или обозначено». Будучи по своей правовой природе документом, не имеющим обязательной юридической силы, унифицированные правила приобретают обязывающий характер, если на них произведена ссылка в гражданско-правовом договоре. Правила исходят из превалирования императивных норм национального права, применимого к отношениям сторон, если речь идет о расхождении в регулировании, закрепленном в этих правилах и указанном национальном законе.

Унифицированные правила закрепляют автономию воли сторон, т.е. возможность им самим избрать применимый к гарантии правопорядок. В случаях, когда в договоре поручительства или гарантии не содержится выбора сторонами применимого к их отношениям права, в соответствии со ст. 10 правом, которому будет подчиняться гарантия, должно считаться право страны *местонахождения гаранта*. Если у последнего несколько местонахождений, применимое право будет определяться по месту нахождения отделения, выдавшего гарантию.

Правила по договорным гарантиям 1978 г. не имели большого успеха в деловой практике, поскольку исходили из достаточно сложного механизма реализации гарантийных обязательств, предусматривая, например, претензионный порядок предъявления требования, представление

документации в обоснование претензии и т.д., что затрудняло фактическое использование данных положений и обращение к ним в международных отношениях. В 1992 г. МТП создала новый документ, который учел недостатки и пробелы в правовом регулировании банковских и иных гарантий и при обобщении некоторых особенностей национального законодательства различных стран в этой области обратил внимание прежде всего на такую распространенную в международном хозяйственном обороте их разновидность, как платежные гарантии.

Следует упомянуть в данной связи, что российский Гражданский кодекс в разделе, посвященном банковским гарантиям, во многом опирается на нормы, содержащиеся в Унифицированных правилах для гарантий по первому требованию 1992 г. Сам факт включения в ГК РФ отдельной структурной части, касающейся этого вопроса, свидетельствует об усвоении разработчиками опыта международных отношений, поскольку в прежних отечественных источниках гражданского и иных отраслей права названный институт не присутствовал.

Унифицированные правила для гарантий по первому требованию 1992 г. (публикация МТП № 458) предназначены для регулирования отношений по платежным гарантиям, т.е. таким гарантиям, которые выданы в письменной форме и содержат обязательство выплатить денежную сумму в случае представления письменного платежного требования, а также других документов (например сертификата, выданного архитектором или инженером, судебного или арбитражного решения), если такое обязательство выдано принципалом или по его приказу и под его ответственность, а также по приказу или под ответственность банка или страховой компании, вообще — любого другого юридического или физического лица (эмитента), действующего по приказу принципала, в пользу другой стороны — бенефициара. Исходя из этого, если гарантия предоставлена самим поручителем (гарантом), — речь идет о прямой гарантии. В случае же, когда гарантия выдается бенефициару по приказу или под ответственность другого лица третьей стороной — банком либо другим учреждением, — имеет место не прямая гарантия. Таким образом, анализируемый документ применяется к обоим упомянутым видам гарантий, а также к контргарантиям.

При обращении к такому виду гарантии, как гарантия по первому требованию, стоит особо подчеркнуть безусловность ее действия. К. Шмитхофф указывает на то, что платежная гарантия влечет за собой обязательство банка или иного гаранта платить, даже если совершенно очевидно, что требование об оплате недобросовестно. В этом смысле гарантия по первому требованию сродни подтвержденному аккредитиву.

Сказанное весьма ярко может проиллюстрировать следующий казус. Английская компания Е. заключила контракт с ливийскими заказчиками на строительство теплиц в Ливии. Английский подрядчик обязался предоставить гарантию по первому требованию на сумму 10 процентов от общей цены контракта. Гарантия была предоставлена Б. — английским банком — ливийскому банку, именуемому Умма Бэнк, который в свою очередь выдал собственную гарантию по первому требованию ливийским заказчиком. Контракт, однако, предусматривал, что заказчики откроют безотзывный подтвержденный аккредитив в пользу Е. Заказчики не исполнили своего обязательства открыть аккредитив, подтвержденный английским банком, как это требовалось по договору. Вследствие этого Е. не выполнила работы по подряду. И

хотя неисполнение подрядчика явилось следствием, наступившим непосредственно за неисполнением заказчиками обязательства по открытию аккредитива в соответствии с согласованными сторонами условиями, ливийские заказчики предъявили банку требование об оплате гарантии на основании самого факта ее наличия и, во-вторых, ее юридической природы. Б. был признан судом обязанным заплатить и совершил платеж.

Гарантия является самостоятельным обязательством, не зависимым от прав и обязанностей сторон по основному контракту, несмотря на то, что ее цель — обеспечение надлежащего исполнения этого контракта и условия выдачи и прекращения платежной гарантии, как правило, предусматриваются в обеспечиваемом ею гражданско-правовом договоре. Указанная юридическая природа гарантии отражена в п. (б) ст. 2 Унифицированных правил. Ввиду отмеченной самостоятельности отдельного рассмотрения требует и проблема применимого к гарантии права. Унифицированные правила решают коллизионный вопрос на основе привязки к закону того государства, в котором расположен центр деловой активности гаранта, а в случае не прямой гарантии — эмитента, если в самой гарантии или контргарантии не предусмотрено иное. Если гарант или эмитент имеют несколько центров деловой активности, применимое право определяется местонахождением филиала, выдавшего гарантию или контргарантию (ст. 22). Как видно, в этом плане данный документ воспроизводит подход, закрепленный в Унифицированных правилах по договорным гарантиям 1978 г., хотя общие принципы — это закон местонахождения гаранта в первом случае и закон страны, где находится центр деловой активности гаранта, — во втором.

Выше подчеркивалась независимая, с формально-юридической точки зрения, природа гарантийных обязательств, однако нельзя закрывать глаза на их обусловленность основным контрактом, в свете чего акцессорный характер таких отношений не будет вызывать сомнений. И все же это не означает возможности распространения на гарантийные обязательства действия коллизионных принципов отыскания применимого права, которые выражают какие-то общие тенденции коллизионно-правового регулирования договорных (обязательственных) отношений в МЧП. Поскольку в гарантийных отношениях личность гаранта имеет существенное значение, привязка их к личному закону гаранта вполне оправданна.

В связи с этим обращает на себя внимание разночтение, имеющее место в отечественной литературе по данному аспекту. В свое время Л.А. Лунц, подчеркивая необходимость отличать явление множественности коллизионных привязок от самостоятельности каждого из взаимосвязанных коллизионных вопросов, задавался вопросом, подчиняется ли поручительство обязательно тому же правопорядку, что и главный долг. Отвечая на него, он указывал, что практика твердо придерживается взгляда, согласно которому коллизионные вопросы поручительства и главного обязательства обсуждаются отдельно, в результате чего каждое из них будет подчинено разным правопорядкам. В более поздней работе коллектива авторов затронутая проблема получает совершенно иное решение. «Для отношений сопутствующего и так называемого

акцессорного характера, которые в гражданском праве довольно многочисленны, целесообразно, как правило, установление той же коллизионной привязки, что и для главного (основного) отношения. Такое решение отвечает природе регулируемых отношений и создает единство правового режима, что практически удобно».

Думается, что закрепление в Унифицированных правилах упомянутых коллизионных принципов как самостоятельных формул прикрепления гарантийного обязательства служит объективным свидетельством той самой «практики», о которой писал Л.А. Лунц и которая, очевидно, является со многих точек зрения оправданным решением, ныне это отражено в пп. 18 п. 3 ст. 1211 ГК РФ.

Что касается практики международного коммерческого арбитража, то она также подтверждает разделяемый в данном случае подход. Он, в частности, проявился в деле № 49/1992, разбирательство по которому происходило в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ. Иск был предъявлен российской организацией к иностранной фирме и физическому лицу, которое являлось президентом иностранной фирмы-ответчика и дало гарантию исполнения обязательств по осуществлению платежей в рамках консигнационного соглашения. Арбитражный суд прекратил производство по делу в отношении первого ответчика по просьбе истца, ввиду того что иностранная фирма обанкротилась и была ликвидирована, а в отношении ответчика — физического лица по причине отсутствия собственной компетенции на рассмотрение спора. При этом суд исходил из того, что личная гарантия, из которой вытекал спор, не содержала арбитражной оговорки, подчиняющей рассмотрение разногласий в данном форуме, и от гаранта не последовало письменного согласия на применение к выданной гарантии всех условий соглашения, для обеспечения исполнения которого она была выдана.

### **§ 3. Вексель и чек в современном международном частном праве. Унификация вексельного и чекового регулирования**

**Вексель в МЧП.** Поскольку в современных условиях международного хозяйственного оборота большое значение имеет сокращение периода обращения всевозможных платежных средств, закономерно возрастает роль таких оборотных документов, позволяющих оперативно осуществлять платеж, как вексель и чек. Ни один институт международного частного права не подвержен, пожалуй, по самой своей сути действию конфликтов правовых норм различных государств в такой степени, как чек и особенно вексель с его особым международным значением и многочисленными связанными с ним отношениями также международного характера — по его выдаче, передаче, акцепту, поручительству и т.д., участию лиц, имеющих различное гражданство или местонахождение. Однако проблемы коллизионного права утрачивают остроту как в территориальном, так и в предметном отношении в той степени, насколько удастся унифицировать материальные нормы, регулирующие оборотные инструменты.

В этом плане существуют конкретные нормативные документы, имеющиеся

в национальном праве РФ, других стран СНГ и иных восточно-европейских и западных стран, образующих систему «Женевских конвенций», т.е. систему, основанную на международно-правовых актах, регулирующих соответствующие отношения, — на Женевских вексельных и чековых конвенциях соответственно 1930 и 1931 гг., разработанных еще под эгидой Лиги Наций. «Англо-американская» система вексельного и чекового права, формируемая национально-правовыми актами стран «общего права», не присоединившихся к Женевским конвенциям (прежде всего Англии и США), как бы противостоит принятой в Европе системе вексельного и чекового права. В государствах англосаксонского права регулирование вексельных отношений базируется преимущественно на конструкциях английского вексельного закона 1882 г. Кроме того, существует и третья система вексельного права — в Латинской Америке. От двух вышеназванных она отличается некоторым количеством специфических норм, не свойственных ни англосаксонским, ни континентальным странам. Следует указать и на то, что в целях создания более универсального документа в части вексельных отношений Комиссия ООН по праву международной торговли поставила перед собой соответствующую задачу. Результатом явилась разработка в рамках ЮНСИТРАЛ Конвенции 1988 г. о международном простом и международном переводном векселе.

Вексель является одним из наиболее универсальных инструментов в сфере международных расчетных и кредитных отношений в силу исторического развития товарно-денежных отношений. Взаимоотношения участников вексельного оборота носят характер специальных правоотношений и регулируются не общими нормами гражданского права, а нормами особого вексельного права. В связи с тем что вексель издавна широко используется во внешнеторговых и международных расчетах, национальное вексельное законодательство до настоящего времени отличается большим разнообразием. Поэтому особое значение имеет прошедшая в 1930 г. Женевская конференция, с участием более 30 стран, выработавшая три вексельные конвенции: Конвенцию о единообразном законе о переводном и простом векселе; Конвенцию, имеющую целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях; Конвенцию о гербовом сборе в отношении переводного и простого векселей.

Страны, подписавшие или присоединившиеся к первой из указанных конвенций, приняли на себя обязательство ввести в действие на своих территориях Женевский вексельный закон, или Единообразный вексельный закон (ЕВЗ), являющийся приложением к указанному международному договору.

Кратко останавливаясь на юридической природе векселя, следует отметить, что он является ценной бумагой, оформленной в строгом соответствии с требованиями закона и содержащей безусловное абстрактное денежное обязательство. Различают переводный вексель (*bill of exchange, lettre de change, die Trbttte*) и простой вексель (*promissory note, billet б l'ordre, der eigene Wechsel*). Переводный вексель (тратта) представляет собой документ, составленный по установленной законом форме, в котором содержится ничем не обусловленное предложение (приказ) одного лица (векселедателя — трассанта) другому лицу (плательщику — трассату) уплатить по требованию или в определенное время в будущем обозначенную в векселе сумму денег третьему лицу (первому держателю векселя — ремитенту).

Простой вексель — это документ, отвечающий по форме требованиям закона и содержащий ничем не обусловленное обязательство векселедателя уплатить

по требованию или в определенное время в будущем обозначенную в векселе сумму денег другому лицу (векселедержателю).

В ЕВЗ отсутствует определение переводного векселя, но в его ст. 1 приводится полный перечень восьми обязательных реквизитов этого документа. В соответствии с ЕВЗ переводный вексель должен содержать: наименование «вексель», включенное в самый текст документа и выраженное на том языке, на котором этот документ составлен (вексельная метка); простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму денег (вексельный приказ); наименование плательщика; указание срока платежа; указание места, в котором должен быть совершен платеж; наименование лица, которому или приказу которого должен быть совершен платеж; указание даты и места составления документа; подпись векселедателя.

Документ, в котором отсутствует хотя бы один из вышеуказанных реквизитов, не имеет силы переводного векселя, за исключением следующих случаев: вексель, срок платежа по которому не указан, рассматривается в соответствии с ЕВЗ как подлежащий оплате по предъявлении. Если в векселе отсутствует специальное указание о месте платежа, место, обозначенное рядом с наименованием плательщика, будет считаться местом платежа и одновременно местом жительства плательщика. В случае, когда не указано место составления векселя, признается, что вексель составлен в месте, обозначенном рядом с наименованием векселедателя. При этом следует обратить внимание на то, что рассматриваемый реквизит состоит из двух частей: указаний даты и места составления векселя. При отсутствии даты составления документа в любом случае лишается вексельной силы.

Простой вексель, в соответствии с ЕВЗ, должен содержать те же обязательные реквизиты, что и переводный, за исключением наименования плательщика. Ввиду того что простой вексель содержит не приказ о платеже, а обещание векселедателя произвести платеж, нет необходимости обозначать плательщика (в простом векселе плательщик и векселедатель — одно и то же лицо). Вследствие этого при отсутствии особого указания местом платежа считается место составления документа, которое в то же время рассматривается как место жительства векселедателя.

Повышенная оборотоспособность простых и переводных векселей, производная от возможности их индоссирования, является одним из свойств данного вида ценных бумаг, которое служит предпосылкой для широкого использования векселя как платежного средства. В торговом обороте векселя «солидных» эмитентов легко принимаются в уплату долга не только потому, что кредитор уверен в своевременности платежа, но и в силу того, что таким векселем он, в свою очередь, имеет возможность расплатиться по своим собственным обязательствам, а при необходимости посредством дисконтирования (учета) векселя в банке получить деньги до срока платежа.

Передача векселей производится посредством индоссаменты — особой передаточной надписи, которая совершается, как правило, на оборотной стороне документа. Свойственное векселю качество передаваемости (оборотоспособности) отражено в ст. 11 ЕВЗ: «Всякий переводный вексель, выданный даже без прямой оговорки о приказе, может быть передан посредством индоссаменты».



Следует отметить, что лишь векселедатель может лишиться векселя возможности его передачи посредством включения в текст векселя оговорки «не приказу» при его выставлении. Указанная оговорка, сделанная одним из индоссантов, а не векселедержателем, не исключает возможности передачи векселя по индоссаменту вообще, но лишь снимает ответственность с этого индоссанта перед теми лицами, в пользу которых в последующем был или будет индоссирован вексель. Однако даже при наличии в тексте векселя указанной оговорки, сделанной непосредственно векселедержателем, вексель может быть передан в собственность ремитентом другому лицу, но лишь с соблюдением формы и последствиями общегражданского договора о переуступке права требования (цессии).

В соответствии с требованиями ЕВЗ индоссамент должен быть простым и ничем не обусловленным, всякое ограничение его условий считается по Конвенции ненаписанным. Индоссамент может быть именной и бланковый. Именной индоссамент содержит указание лица, в пользу которого переуступается вексель. Индоссамент является бланковым, если он не содержит указания лица, в пользу которого сделан, либо состоит из одной только подписи индоссанта. Вексель может быть переуступлен по индоссаменту как до срока платежа, так и после истечения этого срока. Однако следует отметить, что индоссамент, совершенный после протеста в неплатеже или после истечения срока, установленного для совершения протеста, имеет последствия лишь обыкновенной цессии, то есть индоссант в этом случае перестает быть лицом, ответственным по векселю, индоссамент теряет свою гарантийную функцию. Для определения времени совершения индоссамента ЕВЗ установлено следующее правило: «поскольку обратное не будет доказано, индоссамент считается совершенным до истечения срока, установленного для совершения протеста».

Глава III ЕВЗ регулирует порядок предъявления векселя к акцепту и иные правоотношения между векселедателем и векселедержателем, связанные с акцептом переводного и простого векселя. Акцептом векселя является письменное согласие плательщика на оплату векселя. Посредством акцепта плательщик (трассат) принимает на себя обязательство оплатить вексель в установленный срок. Вместе с тем ЕВЗ предоставляет векселедателю право запретить специальной оговоркой предъявление векселя к акцепту, за исключением домицилированных векселей, векселей, подлежащих оплате в ином месте, чем место жительства плательщика, а также выставленных сроком «во столько-то времени от предъявления» (ст. 22 ЕВЗ). В соответствии со ст. 26 ЕВЗ акцепт должен быть простым и ничем не обусловленным. Однако ЕВЗ допускает возможность ограничить безусловный акцепт частью вексельной суммы — частичный акцепт. Акцепт векселя совершается на самом векселе и выражается словом «акцептован» (accepted, acceпtй, angenomment) или другими равнозначными по смыслу словами: «согласен»,

«обязуюсь уплатить» и т.п. Согласно ЕВЗ одна только надпись плательщика на лицевой стороне векселя имеет силу акцепта. Акцепт носит безотзывный характер. Более того, в соответствии со ст. 29 ЕВЗ: «если плательщик письменно сообщил о своем акцепте векселедержателю или любому из индоссантов, а после этого зачеркнул свой акцепт и вернул вексель, он будет оставаться перед ними обязанным лицом согласно условиям своего акцепта».

Главы IV и V ЕВЗ посвящены регулированию важного процесса, которым завершается обращение векселя, — платежу по векселю и срокам платежа. В связи с тем что вексель относится к категории ценных бумаг и воплощает в себе право требования, необходимой предпосылкой исполнения вексельного обязательства является предъявление (представление) документа для оплаты должнику. Прежде чем оплатить вексель, векселедатель (плательщик) должен обеспечить права владельца векселя как законного его держателя посредством проверки последовательного ряда индоссаментов. При этом в обязанности плательщика не входит проверка подлинности подписей индоссантов. В соответствии со ст. 40 ЕВЗ «тот, кто оплачивает вексель в срок, соблюдает указанные правила и не допускает при этом обмана или грубой неосторожности, то есть действует добросовестно, освобождает себя от обязательств по векселю». Платеж или отказ в платеже должен следовать немедленно в день предъявления векселя к оплате, однако само предъявление к платежу должно иметь место в особые, установленные законом сроки, которые, в свою очередь, зависят от того, как обозначен срок платежа в векселе. В этом отношении ст. 38 ЕВЗ формулирует следующее правило: «Держатель переводного векселя сроком на определенный день или во столько-то времени от составления или от предъявления должен предъявить вексель к платежу либо в день, когда он должен быть оплачен, либо в один из двух последующих рабочих дней». В части предъявления к платежу векселя, в котором установлен срок «по предъявлении», ст. 34 ЕВЗ устанавливает: «Вексель сроком по предъявлению должен быть представлен к платежу в течение одного года от даты его составления, если этот срок не сокращен векселедателем либо индоссантами или не увеличен векселедателем». При ином обозначении срока платежа представление векселя к платежу должно быть сделано в день, когда он подлежит оплате: «Вексель, предъявленный до срока, не обязывает к платежу ответственных лиц (акцептанта или векселедателя простого векселя). В то же время векселедержатель не может быть принужден принять платеж по векселю до наступления срока. Плательщик, который платит до наступления срока, делает это на свой страх и риск (ст. 40 ЕВЗ). Пропуск векселедержателем срока совершения протеста векселя, в неплатеже в соответствии с ЕВЗ влечет за собой освобождение от ответственности за платеж по векселю всех обязанных лиц (векселедателя переводного векселя индоссантов и их авалистов), за исключением главных должников — акцептанта переводного и векселедателя простого векселя. Важное значение при использовании векселей в международных расчетах

имеют правила, касающиеся валюты платежа. Ряд положений в отношении векселей, выписанных в иностранной валюте, содержится в ст. 41 ЕВЗ: «Если вексель выписан в валюте, не имеющей обращения в месте платежа, то сумма его может быть уплачена в местной валюте по курсу на день наступления срока платежа. При этом, если должник просрочил платеж, то векселедержателю предоставляется возможность по его усмотрению потребовать, чтобы сумма переводного векселя была выплачена в местной валюте по курсу либо на день наступления срока платежа, либо на день фактического платежа. Однако векселедатель может обусловить, что подлежащая уплате сумма будет исчислена по курсу, обозначенному в векселе». Вместе с тем, поскольку предусмотренные ЕВЗ правила об эффективной оплате векселя в иностранной валюте затрагивают вопросы, которые регулируются национальным валютным законодательством каждой страны, участники Женевской вексельной конвенции в отношении ст. 41 предусмотрели оговорку: «каждая страна — участница Конвенции вправе в исключительных обстоятельствах, касающихся курса валюты этой страны, отступить от предусмотренного в ст. 41 условия эффективной оплаты векселей в иностранной валюте на ее территории».

В связи с высокой мерой оборотоспособности векселей не только внутри одной страны, но и при их использовании во внешнеторговых расчетах с участием иностранных субъектов права возникают вексельные отношения, подчиненные действию вексельных законов двух, а в ряде случаев целого ряда стран. Отсутствие единообразных норм, регулирующих вексельные отношения в широком международном масштабе, а также различные подходы национального права к решению целого ряда важнейших вопросов создают почву для коллизии вексельных законов. В целях устранения множества коллизионных вопросов страны, участвовавшие в Женевской конвенции, наряду с Конвенцией о Единообразном вексельном законе, подписали конвенцию, имеющую целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях (далее — «Конвенция о коллизиях законов»).

Одной из существенных проблем еще со времен «дела Лизарди» в международном хозяйственном обороте выступает определение вексельной право- и дееспособности, т.е. способности лица обязываться по ценной бумаге. В частности, ст. 2 указанной Конвенции следующим образом решает вопрос о право- и дееспособности физических и юридических лиц: «Способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется его национальным законом, а если этот национальный закон отсылает к закону другой страны, то должен применяться последний». Однако ч. 1 ст. 2 предусматривает, что вексельное обязательство, выданное лицом, недееспособным по своему личному закону, должно считаться действительным, если векселедатель был способен совершить сделку по закону места выдачи векселя.

Указанное соответствует давней традиции в рассмотрении вопросов дееспособности лица, существующей в континентальном праве. Французская практика идет по этому пути, как было отмечено в разделе о дееспособности физических лиц Общей части, с «дела Лизарди». Германское вексельное уложение также узаконило аналогичную французской судебную практику, установив принцип *favor negotii* (благоприятствования купцам). Женевская же конвенция, восприняв упомянутую практику, пошла значительно дальше, предусмотрев действительность вексельных обязательств по критериям дееспособности не только для таковых, которые были

совершены внутри страны иностранцами, но и для возможного преимущественного применения местного права перед иностранным, что недвусмысленно выражено в ч. 2 ст. 2 Конвенции.

В силу рассматриваемых предписаний 20-летний австриец, проживающий в Германии и акцептовавший вексель в Швейцарии, по закону которой он будет рассматриваться совершеннолетним, должен считаться обязанным в Швейцарии и Германии, но не в Австрии. Вместе с тем практический их эффект существенно снижается за счет ограничения, содержащегося в ч. 3 той же статьи, которая предоставляет договаривающимся государствам не признавать на своей территории действительность вексельных обязательств своих граждан, совершенных за границей, которые возникли в силу ч. 2 ст. 2 на основании принципа *lex loci actus*.

Поскольку вексель — это строго формальное обязательство по уплате определенной документом денежной суммы, понятно значение, которое придается в вексельных отношениях вопросам формы. В связи с этим в ст. 3 Конвенции существует специальное положение, содержащее ответ на коллизионный вопрос: «Форма, в которой приняты обязательства по переводному или простому векселю, определяется законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны». Однако достаточно, если соблюдена форма, предписанная законом места платежа (ст. 4). Иными словами, в Конвенции закрепляется принцип *lex loci actus* (*lex loci contractus* или *lex loci solutionis*). К форме вексельных обязательств прежде всего относится форма самого документа и форма, в которой принимают на себя обязательства стороны вексельных правоотношений: векселедатель, индоссант, авалист. Таким образом, иностранный вексель, для того чтобы быть действительным на территории любого государства-участника Женевской конвенции, по форме должен удовлетворять требованиям закона места его выдачи. С учетом этого вексели, выставленные организациями на территории России с платежом за границей, с точки зрения формы должны соответствовать статьям российского федерального закона «О переводном и простом векселе» 1998 г., содержащего отсылку к нормам Положения о переводном и простом векселе 1937 г. с оговоркой о действительности формы с точки зрения закона места платежа, как это указано в международном договоре; тратты, выписанные за границей, — закону места их выставления. Что же касается формы акцепта, индоссамента, авалья, то они должны определяться по закону той страны, на территории которой совершаются соответственно акцепт векселя, его индоссирование или аваль.

Говоря о векселе как о форме международных расчетов, следует обратить внимание на то, что он может применяться и как особый инструмент возникновения, например заемных обязательств, и быть обусловленным положениями о платежах и расчетах соответствующих внешнеэкономических (внешнеэкономических) и иных международных контрактов. В последнем случае, несмотря на связанность векселя как платежного средства, предусмотренного основным гражданско-правовым договором, он не утрачивает своего принципиального характера — документа, оформляющего самостоятельное денежное обязательство.

Это суждение подкрепляется и выводами арбитражной практики органов международного коммерческого арбитража. Так, МКАС при ТПП РФ в решении от 10 ноября 1995 г. по делу № 383/1994 пришел к твердому заключению, что, поскольку вексель есть

самостоятельный документ, представляющий собой основу возникновения абстрактных денежных обязательств, споры, вытекающие из вексельных отношений, могут рассматриваться МКАС только при наличии специального арбитражного соглашения. Поскольку такое соглашение сторонами не было заключено, в соответствии с законодательством места выдачи векселя применяется специальная судебная процедура рассмотрения подобных споров.

**Вексель в англо-американском праве.** Поскольку в современном мире, помимо «женевской» системы вексельного права (применяемой государствами—участниками Женевских конвенций: Австрией, Бельгией, Бразилией, Грецией, Францией, ФРГ, Данией, Италией, Колумбией, Люксембургом, Монако, Нидерландами, Норвегией, Польшей, Португалией, Россией, Швецией, Швейцарией, Финляндией, Японией, Югославией и другими странами континентального права), а также теми неевропейскими и иными государствами, которые не присоединились к Женевской конвенции, но ввели в свое законодательство Единообразный вексельный закон (Аргентина, Гондурас, Ирак, Исландия, Индонезия, Тунис, Турция и др.), существуют еще и иные, в частности «англо-американская» система, которая используется в Великобритании, США, Австралии, Новой Зеландии, Индии, Пакистане, Израиле, Уганде, ЮАР и ряде других государств — преимущественно бывших английских колоний, представляется целесообразным остановиться на некоторых особенностях последней.

Одним из самых главных расхождений англо-американского вексельного права и континентального регулирования являются различия формального порядка — например, отсутствие в английском вексельном законе 1882 г. требования об обязательности вексельной метки на самом документе, т.е. слова «вексель». Если по Женевской конвенции отсутствие указания имени (наименования) лица, которому или по чьему приказу должен производиться платеж по векселю, делает этот документ ничтожным, в англо-американском праве вексель может быть выдан без указания получателя платежа. Таким образом, может быть выдан вексель на предъявителя, а чек будет рассматриваться как вид переводного векселя. По английскому закону допускаются любые формулы указания сроков платежа, лишь бы только достигалась определенность такого срока, в то время как Женевская конвенция содержит перечень способов точного их указания. Отступление от одного из них, если иное не установлено конвенционными положениями, ведет к недействительности векселя. Однако здесь следует отметить и то общее, что имеется в континентальном и англо-американском праве: как в первой, так и во второй системах указание сроков преследует все же одну и ту же цель — возможность определить конкретное время платежа, поскольку сутью векселя является безусловное, ничем не ограниченное обязательство платить, с чем связано наступление или ненаступление таких юридических последствий, как, скажем, протест векселя по Женевской конвенции и нотификация согласно англо-американской системе. В качестве еще одного характерного различия служит институт авалья, который присутствует в Женевской конвенции, но не известен англо-американскому праву. Согласно Женевской конвенции вексель, выданный на условиях оплаты «в определенный срок от предъявления», должен быть предъявлен к акцепту в течение одного года с даты выдачи, а по английскому праву—в течение разумного срока и т.д.

Представляет также интерес коллизионное регулирование, относящееся к

вексельным отношениям. В частности, ст. 72 английского Закона 1882 г. предусматривает разрешение наиболее общих коллизий в области оборотных документов, каким является вексель. Если в общем обязательственном англо-американском праве весьма устоявшимися правилами привязки выступают принцип домициля лица применительно к определению дееспособности, «собственное право договора» или закон места заключения контракта — в отношении всех вопросов существа обязательства и его содержания, закон места заключения или «собственное право договора» — применяться к форме сделки, а доказательства и средства доказывания — рассматриваться на основе закона суда, то подход к разрешению коллизий в вексельных правоотношениях, как показывает анализ английского закона о векселях 1882 г., несколько иной. В большинстве ситуаций коллизии вексельных и иных отношений, касающихся оборотных платежных документов, разрешаются в Великобритании согласно принципу *loci actus (loci contractus)*, т.е. применения закона места, где действие было совершено либо должно быть совершено или где обязательство было принято (места заключения сделки), но не на основе формулы «собственного права договора». Статья 72 не касается непосредственно разрешения коллизионного вопроса о дееспособности лица, а поскольку все остальные существенные атрибуты, связанные с вексельным обязательством, подчинены закону места его заключения — *lex loci contractus*, — и данный основополагающий вопрос также решен на его основе. В ст. 72 говорится, в частности, о том, что если вексель, выданный в одной стране, учитывается, акцептуется или оплачивается в другой, права и обязанности сторон, в той мере, в какой их действительность определяется формальными требованиями, подчиняются закону места возникновения обязательства. Это применяется как к выдаче векселя, так и к вытекающим отсюда действиям: акцепту и индоссаменту.

Данный вывод может быть проиллюстрирован материалом дела «Koechlin vs. Kestenbaum». Представитель от имени получателя платежа индоссировал вексель с проставлением лишь своего собственного имени, без указания того, что он действовал в качестве доверенного лица принципала. Действие было совершено во Франции и согласно французскому закону составляло действительный индоссамент, однако не соответствовало английскому закону. Один из мотивов решения сводился к тому, что, если бы указанное было вопросом формы, индоссамент считался бы действительным на основании права страны, в которой он совершен, и, следовательно, акцептант в этой стране не был бы вправе отказаться от платежа в пользу индоссата на основании того, что он был недействителен в силу порока формы по английскому закону.

В подобной ситуации, однако, имеют значение две квалификации обстоятельств действия рассматриваемой коллизионной нормы. Во-первых, если вексель выдан за пределами Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии, он не считается недействительным только в силу его несоответствия закону о гербовом сборе страны выдачи. Это означает, что в Великобритании вексель не будет рассматриваться недействительным только по этой причине, если не имеется иного основания для его недействительности. Во-вторых, если вексель,

выданный за границей Соединенного Королевства, удовлетворяет требованиям формы английского закона, он может считаться действительным для любого лица, которое учитывает его, является держателем или становится стороной вексельного обязательства в Великобритании в целях получения платежа.

Расхождения в коллизионном вексельном праве между системой Женевских конвенций и англо-американским вексельным правом не ограничиваются перечисленным. Они иногда касаются более тонких граней проблемы дееспособности и действительности обязательств. Так, согласно ч. 2 Конвенции о некоторых коллизиях для векселеспособности определяющим является право страны, в которой вексель был выдан, т.е. имело место принятие вексельного обязательства, а не страны, в которой вексель был передан (индоссирован) или предъявлен к платежу. В отличие от этого английское право исходит из конструкции завершенности вексельной сделки (т.е. законченной, действительной и конституирующей передачи векселя — *delivery*) как критерия применимого к сделке права. Американская практика рассматривает в качестве «*delivery*» сдачу документа на почту.

В реальной жизни могут иметь большое практическое значение, скажем, такие обстоятельства, как действительное место выдачи и то, которое указано в качестве такового в векселе, что, как мы видели, принципиально влияет на определение право- и дееспособности, и, следовательно, на действительность вексельного обязательства, что, с точки зрения соответственно конвенционного и англо-американского права, может привести к разным конечным результатам.

Следует отметить также и то, что анализируемые расхождения в коллизионных нормах двух систем могли бы быть значительно больше, если бы из сферы действия Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, 1930 г., не были исключены целые блоки вопросов: о коллизиях в области материальных условий действительности вексельной сделки, помимо способности принимать на себя обязательства, условий передаваемости векселя и действия индоссаментов по передаче прав, действительности и законности прав векселедержателя, особенно добросовестного приобретателя, полагающегося на правильность и достоверность указания в векселе мест выдачи, даты и др.

***Конвенция Организации Объединенных Наций о международных переводных векселях и международных простых векселях 1988 г.***

***(ЮНСИТРАЛ)***. Как видно из предшествующего, правовое регулирование, основанное на системе Женевских конвенций, далеко не универсально, поскольку в них участвуют не все государства мира. Вследствие этого члены международного сообщества несколько десятилетий подряд прилагали усилия к тому, чтобы разработать единообразный документ, пригодный для использования если не всеми, то большинством государств. В частности, практически сразу же с момента образования Комиссии ООН по праву международной торговли в 1966 г. начали проводиться работы по созданию Конвенции о международных переводных и международных простых векселях. В 1988 г. в Нью-Йорке она была представлена государствам—членам ООН для подписания. На дату закрытия подписания — 30 июня 1990 г. — Конвенцию подписало три государства: Канада, США и РСФСР. Впоследствии к ней присоединились Мексика и Гвинея.

На настоящем этапе Конвенция в силу не вступила и вряд ли может стать действующим международным договором, ввиду того что содержащееся в ней регулирование никоим образом не обеспечивает достижения

«объединительных» целей для существующих и во многом не только не совпадающих, но и противоположных по ряду существенных подходов вексельных систем — «общего права», континентального права и латиноамериканского права. Между прочим, в разработке Конвенции ЮНСИТРАЛ принимали участие представители всех указанных систем вексельного права.

Документ, выдаваемый в качестве векселя как строго формальный, в соответствии с данным международным соглашением обязательно должен содержать, кроме традиционной вексельной метки, т.е. слова «вексель», указания следующего характера: «Международный простой (или международный переводный) вексель. Конвенция ЮНСИТРАЛ». Эти же слова, по правилам Конвенции, должны содержаться и в тексте векселя. В связи с большим воздействием на разработку имеющегося в ней регулирования англо-американской доктрины и практики вексельного права нужно подчеркнуть, что Конвенция особо оговаривает невозможность ее распространения на чеки (ст. 1).

Конвенция 1988 г. содержит материально-правовые нормы и не рассчитана на разрешение коллизионных вопросов, исходя всецело из предпосылки действия принципа закона места возникновения обязательства — *lex loci creationis*. На стадии ее разработки критики (в отзывах на проект правительств Франции, Италии, Швейцарии, Испании и др.) указывали на несовершенство содержания, заключавшееся, во-первых, в механическом заимствовании институтов англо-американского права (например, «защищенного держателя» в противовес просто «держателю»); во-вторых, в неясности используемых конструкций (в частности, «гарантий для плательщика»: если плательщик получает гарантии, он не несет ответственности); в-третьих, в злоупотреблении принципом «разумности»; в-четвертых, в игнорировании различий между индоссаментом, совершенным представителем с превышением полномочий (*falsus procurator*), и подложным индоссаментом (*forged endorsement*); в-пятых, в отказе от основополагающих концепций, исторически лежащих в фундаменте института ценных бумаг и оборотных документов, в частности замене концептуального подхода казуистическим решением отдельных вопросов; в шестых, в недостижении цели Конвенции — исключить неопределенность в применении национального законодательства, что преодолевается посредством унификации, понимаемой не как попытка найти конкретное решение для каждой проблемы, а как выявление элементов, могущих стать общими для различных правовых систем. Наконец, существенный недостаток Конвенции ЮНСИТРАЛ, влекущий за собой снижение эффективности ее применения, связан с формой изложения ее норм, в которых имеется большое число перекрестных ссылок, отсылок и т. д., затрудняющих восприятие содержания конвенционных предписаний.

Ранее отмечалось, что перспективы ратификации (либо присоединения или принятия) Конвенции десятью государствами, которые требуются для вступления ее в силу, не слишком оптимистичны. Вряд ли в ближайшее время можно ожидать ее ратификации и со стороны РФ. Как представляется, одно из препятствий для этого — статья 84 Конвенции, которая исходит из 4-летнего общего срока исковой давности в отношении заявления иска по векселю.

**Чек в МЧП.** В международных расчетах как юридическими, так и физическими лицами широко используются чеки. Впервые они появились в XVI в. в виде квитанций кассиров, которые за хранение денег взимали проценты с вкладчиков. Если платеж осуществляется с помощью чека, то должник



(покупатель) либо самостоятельно выставляет чек (чек клиента), либо поручает его выписать банку (чек банка). Являясь оборотным документом, чек может переходить из рук в руки от одного держателя к другому и таким образом в самый короткий срок дает возможность погасить платежные обязательства нескольких владельцев, заменяя собой банковский перевод, а также наличные денежные средства. Большинство стран имеют национальные чековые законы либо положения, касающиеся чеков, содержат другие действующие нормативные акты (торговые кодексы, законы об оборотных документах и т.д.). Национальные чековые законы в ряде положений могут не совпадать, поэтому для урегулирования постоянно возникающих коллизий в чековом обращении на международном уровне была осуществлена унификация норм, регулирующих данные отношения.

В 1931 г. Женевская конвенция утвердила Единообразный чековый закон (далее — ЕЗЧ). Страны, подписавшие Конвенцию, обязались применять ЕЗЧ в своем чековом обращении. Следует отметить, что СССР, не присоединившись официально к Женевской конвенции, воспринял основные позиции ЕЗЧ в своем законодательстве, издав в 1929 г. Положение о чеках. Принятое в дальнейшем Положение о чеках, которое было утверждено Постановлением Верховного Совета Российской Федерации от 13 февраля 1992 г. № 2349-1, не повторило текст Положения 1929 г., в результате чего новое Положение в ряде существенных моментов отошло от традиционной, общепризнанной международной теории чекового обращения. Однако с принятием второй части Гражданского кодекса РФ упомянутое Положение 1992 г. было отменено, в результате чего в действующем отечественном праве в области чековых отношений осуществлена рецепция норм международно-правового регулирования.

Единообразным законом о чеках, состоящим из 10 глав и 57 статей, регулируются следующие основные моменты, связанные с применением чековой формы расчетов в международной внешнеторговой и внешнеэкономической сферах: требования к составлению и форме чека; вопросы передачи (индоссирования) чеков; авалирование чеков (чековое поручительство); предъявление чека к платежу и платеж; об изменениях в тексте чека; о множественности экземпляров; о давности и другие не менее важные аспекты, возникающие в ходе применения чека.

Хотя в тексте ЕЗЧ отсутствует как таковое определение чека, но из смысла ст. 2 и ст. 1 ЕЗЧ можно заключить, что это документ, который в обязательном порядке (под угрозой непризнания документа чеком) должен содержать следующие реквизиты: наименование «чек», включенное в самый текст документа и выраженное на том языке, на котором этот документ составлен; простое, ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму; наименование того, кто должен платить (плательщика); указание места, в котором должен быть совершен платеж; указание даты и места составления чека; подпись того, кто выдает чек (чекодателя).

В силу ст. 2 ЕЗЧ «документ, в котором отсутствует какое-либо из обозначений, указанных в предшествующей статье, не имеет силы чека», за исключением некоторых случаев. Одним из них является ситуация, когда в чеке не указано место платежа. При этом местом

платежа считается место, обозначенное рядом с наименованием плательщика; если рядом с наименованием плательщика указано несколько мест, то чек подлежит оплате в том месте, которое указано первым, а в том случае, если такие указания отсутствуют, чек подлежит оплате по месту основного жительства должника. Если в чеке не указано место его составления, то считается, что чек подписан в месте, обозначенном рядом с наименованием чекодателя.

В соответствии со ст. 5 ЕЗЧ чек может быть выставлен с оплатой на определенное лицо с прямой оговоркой «приказу» или без нее; на определенное лицо с оговоркой «не приказу» или равнозначной оговоркой; на предъявителя. В отличие от векселя, могущего быть процентным, в чеке любое указание о процентах не считается написанным (ст. 7 ЕЗЧ). Статья 12 ЕЗЧ устанавливает строгое условие об ответственности чекодателя за платеж и не предусматривает освобождения от нее. Более того, согласно ст. 33 ЕЗЧ «ни смерть, ни недееспособность чекодателя, наступившие после выставления чека, не влияют на действительность чека». Чек, имеющий оговорку «приказу», как и чек, не имеющий такой оговорки, может быть передан другим лицам посредством индоссамента. Индоссамент должен быть простым и ничем не обусловленным. Всякое ограничивающее его условие считается ненаписанным. Индоссант, равно как и в вексельном обороте, несет ответственность за платеж, если он не ограничил ее при последующем индоссировании чека. Что же касается чека, выставленного с оплатой определенному лицу с оговоркой «не приказу» или с равнозначной оговоркой, то указанный чек может быть передан только в порядке и с последствиями обычной гражданско-правовой переуступки права — цессии.

Оплата чека предусмотрена по предъявлении его для платежа, а чек, предъявляемый к оплате до наступления даты, указанной в нем как день платежа, оплачивается в день предъявления (ст. 28 ЕЗЧ). В целях применения чеков в сфере международных расчетов (ст. 29 ЕЗЧ) предельно четко определены сроки их предъявления к платежу: «Чек, который оплачивается в стране его выставления, должен быть предъявлен к платежу в течение восьми дней».

Чек, который оплачивается в иной стране, нежели та, в которой он выставлен, должен быть предъявлен к оплате в течение двадцати дней, если место выставления и место платежа находятся в одной и той же части света, и в течение семидесяти дней, если место выставления и место платежа, находятся в различных частях света. При этом чеки, выставленные в одной из стран Европы с платежом в одной и средиземноморских стран, а также чеки, выставленные в одной из средиземноморских стран с платежом в одной из стран Европы, рассматриваются как выставленные и оплачиваемые в одной и той же части света. Начало течения срока определено в ЕЗЧ со дня, указанного в чеке как день выставления чека.

Коллизионные принципы, которыми оперирует Женевская конвенция о разрешении некоторых коллизий законов о чеках от 19 марта 1931 г., аналогичны рассмотренным в предыдущем разделе, касающемся вексельных отношений. Так же, как и в вексельной конвенции, данное международное

соглашение закрепило принятие «обратной отсылки», установив, что «способность лица обязываться по чеку определяется его национальным законом. Если этот национальный закон отсылает к закону другой страны, то применяется этот последний закон» (ст. 2). Тем самым обеспечивалось преодоление «порочного круга», который нередко возникал в международной деловой практике вследствие встречающихся случаев «коллизий коллизий», которые, разумеется, были крайне невыгодны ни для эмитентов, ни для держателей векселя и чека. Помимо этого, в Конвенции разрешен сложный вопрос о коллизии законов, по-разному регулирующих наступление полной дееспособности, что также сдерживало развитие международных оборотных документов. «Лицо, не обладающее способностью согласно закону, указанному в предшествующем абзаце (национальному закону. — Л.А.), — говорится в Конвенции, тем не менее несет ответственность, если подпись была совершена на территории страны, по законодательству которой лицо было бы способно» (ст. 2).

*Lex causae* (обязательственный статут) чекового обязательства образует в отношении действия таких обязательств закон страны, на территории которой они были приняты, а в отношении платежа — закон страны, где чек должен быть оплачен. Причем согласно Конвенции ему подчиняется определение следующего: 1) подлежит ли чек оплате по предъявлению или он может быть оплачен в течение определенного периода после предъявления, какое действие имеет постдатирование чека; 2) срок для представления; 3) может ли чек быть акцептован, удостоверен, подтвержден или визирован, и какое соответственно действие производят эти пометки; 4) может ли держатель потребовать, и обязан ли он получить, частичный платеж; 5) может ли чек быть кроссирован или помечен словами «оплачивается на счет» или другим равнозначным выражением, и какое соответственно действие производят эти пометки; б) имеет ли держатель специальное право на покрытие, и какова природа этого права; 7) может ли чекодатель отозвать чек или выставить возражение против платежа; 8) меры, которые должны быть приняты в случае утери или кражи чека; 9) необходим ли протест или какая-либо равнозначная процедура для сохранения права регресса против индоссантов чекодателя и других обязанных лиц (ст. 7).

Соответственно главному коллизионному принципу, положенному в основу конвенционного регулирования, — привязке к закону страны, где совершается действие (*lex loci actus, locus formam regit actum*), — форма и сроки протеста, а также формы других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав на чеки, определяются по праву того государства, на территории которого должен быть совершен протест или соответствующее действие (ст. 8).

Давая общую оценку коллизионного и материально-правового регулирования чековых отношений, зафиксированных в Женевских конвенциях 1931 г., следует подчеркнуть, что стержневыми моментами в этом плане являются достижение максимально возможного в конкретных исторических обстоятельствах единообразия, повышение оборотоспособности чеков как средства платежа в международных расчетах между юридическими и физическими лицами и создание наибольших гарантий получения денежных средств по чеку управомоченными лицами в интересах стабильности международного хозяйственного (гражданского) оборота.

#### **§ 4. Валютные условия и валютные оговорки во**

## внешнеэкономических контрактах

Ведущей отличительной чертой международных денежных обязательств выступает принцип номинализма, который выражается в том, что должник в денежном обязательстве (плательщик) обязан возратить (уплатить) ту сумму средств, которая с него номинально причитается, и в той валюте, в которой оно выражено. По существу согласно принципу номинализма считалось, что риск потерь от девальвации валюты долга и соответственно валюты платежа несет кредитор. В то же время в современных условиях денежного и торгового оборота, взаимосвязанности политической и экономической жизни различных государств и их всестороннего взаимодействия движение на рынках валют и ценных бумаг характеризуется крайней интенсивностью, что приводит не только к обесценению валют, но и к значительному повышению их стоимости. Следовательно, риску потерь подвергаются обе стороны в денежных обязательствах.

При этом колебания валют и увеличение или уменьшение их курсов на рынках объективно существующее явление, зачастую не подвергающееся прогнозированию, особенно в долгосрочных отношениях, когда в процессе их реализации ценность денежной единицы, о которой идет речь в каждом конкретном случае, может измениться, причем в любую сторону, вследствие чего и сторона—должник, и сторона—кредитор обоюдно заинтересованы в том, чтобы обезопасить себя от инфляции либо от рыночной валютной нестабильности. Мировая практика в этом плане выработала ряд способов защиты. К ним относятся так называемые валютные оговорки, или защитные оговорки, помещаемые во внешнеторговые или внешнеэкономические контракты с целью более приемлемой для обеих сторон регламентации валютных условий.

Валютной оговоркой именуется специальное условие, предотвращающее потери от возможной девальвации валюты, в которой выражено обязательство плательщика, которое стремится включить в контракт лицо, уполномоченное на получение платежа по денежному обязательству (внешнеторговой сделке). История кредитно-финансовых отношений международного характера знает несколько видов подобных условий: «золотая оговорка», «валютная оговорка», «мультивалютная оговорка», «скользящая цена». Суть «золотой оговорки» состояла в привязке содержания конкретных денежных единиц к их официальному золотому содержанию, в результате чего при расчете между сторонами сумма долга пересчитывалась в зависимости от весового измерения. Ныне курсы валют фактически отошли от их официального золотого содержания, вследствие чего не стало оснований для применения «золотой оговорки».

Большей эффективностью пользуются привязки контрактных обязательств к каким-либо твердым (свободно конвертируемым и обладающим стабильностью) валютам (доллару, швейцарскому франку, немецкой марке или японской йене) либо условным денежным единицам (СДР — «специальные права заимствования, special drawing right» — расчетной единице Международного валютного фонда, ЭКЮ («europan currency unit») — расчетной единице ЕС, а ныне (с 1 января 1999 г.) «евро» — единой европейской валюте) и т.д.

Показателен в этом смысле пример о рассмотрении дела по иску российского акционерного общества к финской авиакомпании, имеющей представительство на территории РФ, о взыскании 1289,9 долларов США,

составляющих стоимость 6,6 кг недостающего груза, арбитражным судом РФ, поскольку здесь присутствуют ссылки на несколько способов расчетов. В частности, истец, определяя сумму иска, исходил из положений ст. 22 Варшавской конвенции 1929 г. для унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (дополненной Гаагским протоколом 1955 г. о поправках к Варшавской конвенции, участницами которых являются РФ и Финляндия); гласящей, что при перевозке зарегистрированного багажа ответственность перевозчика ограничивается суммой в 250 золотых франков за 1 килограмм груза. «Перевод сумм в национальную валюту, не имеющую золотого содержания, в случае судебных разбирательств будет производиться в соответствии с золотой стоимостью таких валют на дату судебного решения» (п. 5 ст. XI Гаагского протокола). Стоимость недостающей части грузов американских долларах, по мнению истца, равна стоимости золота за 1 тройскую унцию, установленной на Лондонской бирже драгоценных металлов, умноженной на его массу. Арбитражный суд нашел, что при таком расчете полученная величина определяет рыночную стоимость самого золота, а не приравненное к нему содержание национальных валют. Сложившаяся же международная практика в этой области осуществляет перевод 250 золотых франков в национальные валюты через перерасчет в электронные денежные средства — специальные права заимствования (СДР). Согласно п. 7 ч. 1 ст. 166 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. права и обязанности сторон по договору международной перевозки определяются по праву страны перевозчика, т.е. Финляндии. В § 23 закона Финляндии «О договоре перевозки авиатранспортом» предел ответственности перевозчика установлен в размере 17 СДР за 1 кг массы утраченного груза, рассчитываемых на основании § 24 Закона согласно официальному обменному курсу СДР и финской марки или доллара США, официально котируемых МВФ. В результате общий размер ответственности перевозчика за недостающий груз составил 157,08 долл. США, что, как видно, значительно меньше суммы искового требования.

Привязка расчетных отношений по денежному обязательству в процессе выполнения внешнеторговых и внешнеэкономических сделок к нескольким валютам одновременно («корзине валют») означает действие «мультивалютной оговорки».

Еще одним средством урегулирования отношений в рамках денежных обязательств, обусловленного колебаниями курсов валют, служит включение в контракт положения о скользящей цене. В этом случае уплата цены контракта производится по заранее согласованной и предусмотренной в договоре формуле исчисления суммы платежа. Положения о скользящей цене наличествует, например, в рекомендательных Общих условиях контракта на поставку и монтаж оборудования и машин для экспорта, выработанных под руководством ЕЭК ООН в 1953, 1955 и 1957 гг. Содержащаяся в них статья «Пересмотр цены» устанавливает: «Если цена на соответствующие материалы и/или зарплата меняются во время выполнения контракта, договорная цена подлежит пересмотру путем применения следующей формулы...». Правила применения этой статьи предусматривают, что она охватывает установленный в контракте срок, но ни в коем случае ее действие не распространяется на период, следующий за окончанием изготовления оборудования.

Подобное условие часто используется в долгосрочных контрактах, особенно при сооружении крупных народнохозяйственных объектов или вообще

реализации на договорной основе крупномасштабных проектов, рассчитанных на длительный период осуществления, а также вовлечения в оборот значительных денежных (валютных) фондов.

Так, в Глобальном контракте на реконструкцию Дургапурского металлургического завода в Индии, заключенном консорциумом советско-швейцарско-финско-немецко-индийских фирм и компаний в 1989 г. и предполагавшем реализацию проекта в течение не менее трех лет, расчет цены за поставку импортируемых в Индию из-за рубежа и местных материалов и оборудования производился по формуле, исходными величинами в которой значились привязки к мировым и среднеиндийским ценам на сталь и изделия из нее (металлоконструкции), другие материалы, а также электротехническое и механическое оборудование. Например, контрактная цена на огнеупоры и связанные с их укладкой работы, подверженная изменению, рассчитывалась по формуле:  $P_0 = P [0,5 + 0,5 (L : L_0)]$ , где  $P$  — скорректированная цена;  $P_0$  — первоначальная цена на исходную дату;  $L$  — скорректированная стоимость рабочей силы на базе минимальной ставки оплаты труда рабочих, применяемой в соответствии с трехсторонним соглашением, относящимся к оплате подрядных рабочих на Дургапурском металлургическом заводе, на каждую фактическую дату или на дату выполнения работы согласно контрактному графику, в зависимости оттого, какая наступит раньше;  $L_0$  — первоначальная стоимость рабочей силы на основе минимальной базовой ставки, зафиксированной в трехстороннем соглашении, относящемся к оплате подрядных рабочих на этом заводе.

Применительно к расчетным отношениям одного из участников консорциума и его лидера — советской организации — контракт содержал ряд специальных положений. Так, цена за проектные работы и услуги, командирование специалистов и поставки товаров из Советского Союза (позже из РФ и других стран СНГ и иных государств), исчисленная на момент представления коммерческого предложения на тендер, т.е. на 22 сентября 1988 г., в индийских рупиях на основе соотношения рупии к рублю по курсу, установленному в советско-индийском межправительственном Протоколе от 25 ноября 1978 г., должна была пересматриваться и корректироваться в случае изменения такого курса на дату платежа в соответствии с положениями ст. 7 Протокола. Выполнение же услуг по шеф-монтажу и авторскому надзору иностранных экспертов и специалистов в ходе пуска и наладки в рамках командирования специалистов осуществлялось по твердым ставкам возмещения, определенным в контракте.

## **§ 5. Правовое регулирование валютных отношений и валютные операции в Российской Федерации**

В правовом отношении валютная политика оформляется валютным законодательством страны — совокупностью правовых норм, регулирующих

порядок совершения операций с валютными ценностями в России и за ее пределами, а также двусторонними и многосторонними соглашениями, заключаемыми между государствами по валютным проблемам.

Одним из средств реализации валютной политики России является валютное регулирование — государственная регламентация валютных отношений, издание нормативных актов, оперативное руководство и валютный контроль со стороны соответствующих государственных органов, заключение международных валютных соглашений. В сложной обстановке социально-экономических преобразований текущая валютная политика России основана на сочетании частичной либерализации валютных операций при сохранении валютных ограничений и контроля. Из традиционных форм валютной политики, известных в мировой практике, в России применяются валютные ограничения; регулирование режима валютного курса; девизная политика в форме валютных интервенций; управление золотовалютными резервами; регулирование степени конвертируемости рубля. Основной формой валютной политики России является ограничение операций с валютными ценностями, регулирование ввоза и вывоза валюты, в том числе и российской денежной единицы — рубля.

В этом плане основное регламентирующее значение среди законодательных актов в области валютных операций имеет закон Российской Федерации «О валютном регулировании и валютном контроле» от 9 октября 1992 г., который устанавливает принципы осуществления валютных операций в Российской Федерации, полномочия и функции органов валютного регулирования и валютного контроля, права и обязанности юридических и физических лиц в отношении владения, пользования и распоряжения валютными ценностями, ответственность за нарушение валютного законодательства.

В соответствии с этим актом выделяются операции, которые имеют непосредственную связь с осуществлением как внешнеэкономической, так и инвестиционной деятельности. К ним относятся: 1) операции, связанные с переходом права собственности и иных прав на валютные ценности, в том числе операции, связанные с использованием в качестве средства платежа иностранной валюты и платежных документов в иностранной валюте; 2) ввоз и пересылка в Российскую Федерацию, а также вывоз и пересылка из Российской Федерации валютных ценностей; 3) осуществление международных денежных переводов.

Законом Российской Федерации «О валютном регулировании и валютном контроле» все операции, связанные с иностранной валютой и ценными бумагами в иностранной валюте, подразделяются на текущие валютные операции и валютные операции, связанные с движением капитала. В первую категорию валютных операций входят переводы в Российскую Федерацию и из Российской Федерации иностранной валюты для осуществления расчетов без отсрочки платежа по экспорту и импорту товаров, работ и услуг, а также для осуществления расчетов, связанных с кредитованием экспортно-импортных операций на срок не более 180 дней; получение и предоставление финансовых кредитов на срок не более 180 дней; переводы в Российскую Федерацию и из Российской Федерации процентов, дивидендов и иных доходов по вкладам, инвестициям, кредитам и прочим операциям, связанным с движением капитала; переводы неторгового характера в Российскую Федерацию и из Российской Федерации, включая переводы сумм заработной платы, пенсий, алиментов,

наследств, а также другие аналогичные операции.

К валютным операциям, связанным с движением капитала, относятся: прямые инвестиции, то есть вложения в уставный капитал предприятия с целью извлечения дохода и получения права на участие в управлении предприятием; портфельные инвестиции, то есть приобретение ценных бумаг; переводы в оплату права собственности на здания, сооружения и иное имущество, включая землю и ее недра, относимое по законодательству страны его местонахождения к недвижимому имуществу, а также иных прав на недвижимость; предоставление и получение отсрочки платежа на срок более 180 дней по экспорту и импорту товаров, работ и услуг; предоставление и получение финансовых кредитов на срок более 180 дней; все иные валютные операции, не относящиеся к текущим валютным операциям.

Кроме того, Законом предусмотрены иные положения, имеющие краеугольное значение для регулирования участия в валютных отношениях субъектов хозяйственного оборота. Так, определены две категории лиц — резидентов и нерезидентов, и установлены различные условия, при которых могут осуществляться валютные операции обеих категорий, в зависимости от того, совершает ли их лицо, являющееся резидентом или нерезидентом.

В соответствии с положениями пункта 5 ст. 1 закона «О валютном регулировании и валютном контроле» к резидентам относятся: физические лица, имеющие постоянное местожительство в Российской Федерации, в том числе временно находящиеся за пределами Российской Федерации; юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, с местонахождением в Российской Федерации; предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации, с местонахождением в Российской Федерации; дипломатические и иные официальные представительства Российской Федерации, находящиеся за пределами Российской Федерации; находящиеся за пределами Российской Федерации филиалы и представительства резидентов—предприятий и организаций, имеющих статус юридического лица, и не имеющих такового. К нерезидентам Законом отнесены физические лица, имеющие постоянное местожительство за пределами Российской Федерации, в том числе временно находящиеся в Российской Федерации; юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами Российской Федерации; предприятия и организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств, с местонахождением за пределами Российской Федерации; находящиеся в Российской Федерации иностранные дипломатические и иные официальные представительства, а также международные организации, их филиалы и представительства; находящиеся в Российской Федерации филиалы и представительства нерезидентов, юридических лиц и организаций без статуса юридического лица, созданных в соответствии с законодательством иностранных государств и имеющих местонахождение за пределами Российской Федерации.

Установленное законом разделение валютных операций на две вышеуказанные категории, а также разграничение в отношении лиц, осуществляющих указанные операции (на резидентов и нерезидентов), имеет принципиальное значение как средство осуществления Российской Федерацией государственной валютной политики. Условия, при соблюдении



которых могут осуществляться текущие валютные операции и операции, связанные с движением капитала, характеризуются существенными отличиями. Так, на основании п. 1 ст. 6 Закона резиденты вправе осуществлять текущие валютные операции без ограничений. Однако для осуществления валютных операций, связанных с движением капитала, требуется разрешение Центрального банка Российской Федерации. Нерезидентам, же законом предоставлено право без ограничений переводить, ввозить и пересылать валютные ценности в Российскую Федерацию при соблюдении таможенных правил; продавать и покупать иностранную валюту в соответствии с установленными Банком России правилами. В отношении переводов, вывоза и пересылки из Российской Федерации валютных ценностей Законом разрешается совершать указанные операции без разрешения Центрального банка Российской Федерации и Государственного таможенного комитета Российской Федерации только в том случае, если эти валютные ценности ранее были переведены, ввезены или пересланы в Россию или были приобретены в России в соответствии с требованиями рассматриваемого закона. Во всех остальных случаях перевода, вывоза и пересылки нерезидентами из России валютных ценностей требуется разрешение Центрального банка Российской Федерации и Государственного таможенного комитета Российской Федерации.

При осуществлении внешнеэкономической деятельности все ее участники, как резиденты, так и нерезиденты, используют операции, относимые действующим законодательством к категории текущих валютных операций, условием совершения которых является соблюдение порядка и сроков их проведения. Порядок проведения текущей валютной операции определяется Правительством и Центральным банком Российской Федерации и по существу сводится к тому, чтобы сторона, осуществляющая соответствующую текущую валютную операцию (перевод для осуществления расчетов по контракту, получение или выдача кредита и пр.), предоставляла агентам валютного контроля, каковыми являются, в частности, уполномоченные банки, документы, подтверждающие реальность сделки (контракт, грузовые таможенные декларации и др.) и то, что данная валютная операция, являющаяся необходимой для проведения сделки, действительно относится к категории текущей и не связана с движением капитала. Установление для текущих валютных операций ограничительного срока в 180 дней для кредитования экспортно-импортных операций и для получения или предоставления кредитов является необходимой мерой, имеющей целью защиту внутреннего валютного рынка России от несанкционированной «утечки» капитала за границу.

В противном случае, как отмечается специалистами, была бы не исключена возможность применения следующей схемы, предусматривающей инструменты, свойственные отношениям по внешнеэкономической сделке: заключение контрактов, носящих притворный характер; перечисление валютных средств за рубеж в адрес контрагента-нерезидента; срыв поставки товаров, выполнения работ, оказания услуг «по вине» нерезидента; продолжительное урегулирование спора в досудебном порядке; возврат той же суммы денежных средств через длительное время контрагенту-резиденту; понесение последним существенных убытков, что подразумевает уменьшение налогооблагаемой базы или банкротство резидента, а в результате — использование валютных средств продолжительное время за границей, получение от них дохода, уплата нерезидентом

налогов в пользу страны пребывания нерезидента и недополучение российским бюджетом суммы налогов и таможенных платежей от предприятия-резидента России.

В отношении валютных операций, связанных с движением капитала, закон «О валютном регулировании и валютном контроле» устанавливает как для резидентов, так и для нерезидентов существенные ограничения при совершении указанных операций. Пункт 4 ст. 8 указанного Закона определяет, что нерезиденты вправе осуществлять операции, которые не относятся к текущим и не относятся к вывозу или пересылке из России ранее ввезенных ими валютных ценностей, только в порядке, установленном Центральным банком и Государственным таможенным комитетом Российской Федерации. Пункт 2 ст. 6 Закона предписывает, что валютные операции, связанные с движением капитала, осуществляются резидентами в порядке, устанавливаемом Центральным банком Российской Федерации.

В качестве примера определения Центральным банком Российской Федерации такого порядка осуществления валютных операций, связанных с движением капитала, отошлем к его письму «Основные принципы предоставления Центральным банком Российской Федерации разрешений российским юридическим лицам-резидентам на участие в капитале банков и иных кредитно-финансовых учреждений за границей» от 28 апреля 1993 г. № 35, которым установлены определенные требования к резидентам для получения разрешения Банка России на осуществление операции, связанной с движением капитала: наличие у банка-резидента генеральной валютной лицензии на право совершения операций в иностранной валюте; определены формы участия «уполномоченных банков» в капитале банков и иных кредитно-финансовых учреждений за границей; установлен минимальный пакет акций в размере 50 процентов, который обеспечивал бы резиденту контроль за деятельностью иностранного контрагента; наличие экономического обоснования проекта и указание цели вывоза капитала; обязанность резидента по предоставлению Центральному банку финансовой и статистической отчетности и другие требования, максимально препятствующие необоснованному вывозу, «утечке» капитала за границу.

Установленные действующим правом требования, предъявляемые к порядку совершения валютных операций, связанных с движением капитала, являются необходимыми экономическими мерами, способствующими защите внутреннего валютного рынка Российской Федерации.

В соответствии с письмом ЦБ России от 25 октября 1994 г. покупка российским физическим или юридическим лицом недвижимости, акций, ценных бумаг и т.д. за границей должна была осуществляться только по разрешению ЦБ РФ. Согласно Положению о порядке проведения в Российской Федерации некоторых валютных операций от 24 июня 1996 г. (в ред. письма ЦБ РФ от 3 февраля 1997 г. и приказов ЦБ РФ от 27 августа 1997 г. и 24 октября 1997 г.) особо регламентировались валютные операции в рамках приобретения недвижимой собственности. Приказом ЦБ РФ от 24 апреля 1996 г. № 02-94 требование о получении разрешения Центробанка было заменено на более либеральное, вследствие

чего предусматривалось *уведомление* ЦБ РФ. Однако вступление в действие рассматриваемых положений должно осуществляться на основе специального решения Совета директоров ЦБ РФ (см. об этом выше, в гл. 18).

В целях ограничения вывоза капитала из страны Банком России был определен разрешительный порядок открытия российскими гражданами счетов в банках за пределами РФ, за исключением случаев открытия ими счетов на время пребывания за границей. 29 августа 2001 г. Банком России принят специальный документ по данному вопросу «О счетах физических лиц-резидентов в банках за пределами РФ», которым соответственно предоставлялось право иметь счета за границей без вышеуказанных ограничений.

В случаях совершения российскими гражданами (а также предприятиями и организациями) сделок или действий без лицензий Банка России, т.е. с нарушениями действующего законодательства, последние должны признаваться недействительными, действия — незаконными, а все полученное по этим сделкам или в результате таких действий подлежит изъятию в доход государства на основании ст. 14 Закона Российской Федерации «О валютном регулировании и валютном контроле».

Обеспечением соблюдения валютного законодательства при осуществлении резидентами и нерезидентами валютных операций занимаются органы валютного контроля и их агенты. Высшими органами валютного контроля в Российской Федерации в соответствии с действующим законодательством РФ являются Центральный банк России, Правительство Российской Федерации. Агентами валютного контроля являются, как правило, уполномоченные банки, подотчетные Центральному банку Российской Федерации.

В сфере банковского законодательства Российской Федерации, определяющего валютно-финансовые условия внешнеэкономической и инвестиционной деятельности предприятий, фирм и физических лиц, не являющихся резидентами, представляет интерес инструкция Центрального банка Российской Федерации «О порядке открытия и ведения уполномоченными банками счетов нерезидентов в валюте Российской Федерации» от 16 июля 1993 г. № 16. В соответствии с указанной Инструкцией лицам, признанным нерезидентами в соответствии с законодательством Российской Федерации, предоставлено право открытия в уполномоченных банках Российской Федерации рублевых счетов в порядке, установленном Инструкцией. Для обслуживания экспортно-импортных операций нерезидентами, имеющими право осуществлять предпринимательскую деятельность, ими могут быть открыты текущие рублевые счета типа «Т» в уполномоченном банке Российской Федерации на основании договора банковского счета. Для осуществления инвестиционной деятельности на территории Российской Федерации нерезидентам открываются инвестиционные рублевые счета типа «И».

Инструкцией установлены правила открытия указанных счетов нерезидентами, перечень документов, необходимый для открытия каждого из счетов, а также режимы пользования счетом. Не останавливаясь подробно на анализе положений данной Инструкции ЦБ РФ, отметим, что основной целью этого и иных нормативных актов является обеспечение работы механизма

проведения нерезидентами расчетов при осуществлении как внешнеэкономической, так и инвестиционной деятельности, с одной стороны, и пресечение возможности необоснованного привлечения нерезидентами средств на свои рублевые счета, проведения конвертации валюты Российской Федерации и последующего вывоза (перечисления, пересылки) валютных средств за рубеж во избежание дестабилизации внутреннего финансового рынка Российской Федерации, с другой стороны.

Контроль за осуществлением валютных операций и соблюдением валютного регулирования обеспечивается в том числе и с помощью таких средств, как, например, регламентирование деятельности иностранных банков на территории данного государства, открытие представительств и филиалов. В этом отношении как в Российской Федерации, так и в других странах используются нормы специальных актов.

В настоящее время, когда в условиях сохраняющегося дефицита валютных, золотовалютных резервов и иных финансовых и материальных ресурсов Российской Федерации, создавшегося в результате кризисных событий 17 августа 1998 г., которые продолжают остро себя проявлять, контроль за проведением валютных операций всеми участниками рынка стал еще более насущным вопросом. В этом плане обращают на себя внимание последние акты, принятые в целях его обеспечения. Так, ЦБ РФ в указании от 12 февраля 1999 г. № 500-У «Об усилении валютного контроля со стороны уполномоченных банков за правомерностью осуществления их клиентами валютных операций и о порядке применения мер воздействия к уполномоченным банкам за нарушения валютного законодательства» на основании ст. 9, 13 закона «О валютном регулировании и валютном контроле», ст. 75 федерального закона «О Центральном банке Российской Федерации (Банке России)» конкретизировал порядок предоставления информации в ЦБ РФ о некоторых валютных операциях, производимых юридическими лицами-резидентами. В частности, такая информация должна направляться в Банк России уполномоченными банками во всех случаях совершения валютной операции на основании договора, если последний отвечает хотя бы одному из перечисленных в документе признаков.

В число таких признаков входит отсутствие в договоре положений об уплате контрагентами-нерезидентами штрафных санкций за несоблюдение сроков платежей/поставок товаров или обеспечения ими исполнения своих обязательств. Необходимым основанием для представления информации является и обстоятельство связанности договорных отношений с оффшорными юрисдикциями — например если в контракте предусмотрены экспорт резидентом товаров (работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности) либо платежи по импорту товаров (работ, услуг, результатов интеллектуальной деятельности) в пользу нерезидентов, зарегистрированных в государствах и на территориях, где расположены оффшорные зоны, перечень которых установлен в Приложении 1 к Указанию. Соответствующий признак образует также предусмотренный контрактом авансовый платеж в пользу нерезидента, превышающий 30 процентов от цены импортируемого товара (работы, услуги, результата интеллектуальной деятельности) либо превышающий сумму, эквивалентную 100 тысячам долларов США. Кроме того, в числе признаков указывается уплата резидентом

процентов и иных дополнительных платежей в пользу нерезидента, предусмотренная кредитным договором (договором займа), в совокупности превышающих в год 20 процентов от основной суммы кредита или займа; полное неисполнение нерезидентом обязательств по контракту и осуществление возврата ранее произведенного аванса; получение денежных средств либо товаров, работ и услуг нерезидентами, не являющимися стороной в договоре, имеющем в качестве предмета импорт или экспорт резидентом товаров (работ и услуг, результатов интеллектуальной деятельности); заключение договоров от имени резидентов — юридических лиц, период деятельности которых с момента государственной регистрации не превышает трех месяцев.

Указанные меры должны помочь российскому государству в обеспечении противодействия несанкционированной утечке и неоправданным потерям валютных средств.

#### **Контрольные вопросы:**

1. В чем состоит юридическое содержание денежных обязательств в международном хозяйственном обороте?
2. Каковы основные практикуемые формы расчетов?
3. Каковы инструменты правового регулирования рекомендательного характера в международных расчетных отношениях?
4. Каковы основные системы правового регулирования вексельных и чековых отношений международного характера? Сравнительная характеристика системы Женевских конвенций и системы англо-американского права.
5. Каковы наиболее часто используемые валютные условия во внешнеэкономических контрактах и договорах?
6. В чем заключаются основные ограничения прав иностранных граждан и юридических лиц, действующие в области валютных отношений в Российской Федерации?

### **Раздел четвертый. Интеллектуальная собственность в международном частном праве**

#### **Глава 26. Промышленная собственность**

Литература: *Богуславский М.М.* Патентные вопросы в международных отношениях. М., 1962; *Червяков И.В.* Международные соглашения и организации по охране промышленной собственности; М., 1966; *Кузнецов М.Н.* Охрана результатов творческой деятельности в международном частном праве. М., 1988; *Маккуин Г.Л.* Инновации, конкуренция и интеллектуальная собственность: некоторые проблемы законодательства Великобритании и ЕЭС //Иностранные инвестиции в странах СНГ и Великобритании. М., 1992; Евразийское патентное законодательство. М., 1997; *Сергеев А.П.* Право на фирменное наименование и товарный знак. СПб., 1995; *Еременко В.И.* Комментарий к евразийскому патентному законодательству. М., 1997; *Права на результаты интеллектуальной деятельности: Сборник нормативных актов.* М., 1994; *Международное частное право: Сборник документов/Сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков.* М., 1997; *Шаров В.* «Ноу-хау» — объект

интеллектуальной собственности//Хозяйство и право. 1998. № 7. С. 54—57; *Урезченко В.М.* Охрана интеллектуальной собственности: Учебно-информационное пособие. Саров, 1998; Интеллектуальная собственность: современные правовые проблемы. М., 1998; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999; *Белов В., Виталиев Г., Денисов Г.* Анализ систем охраны интеллектуальной собственности в России и США //Интеллектуальная собственность. 1999. № 2. С. 16—22; Терещенко Л.К. Правовые проблемы использования Интернет в России//Журнал российского права. 1999. № 7/8. С. 32—37; Международное частное право: Учебник для вузов / Под ред. *Н.И. Марышевой.* М., 2000. С. 344—382.

### **§ 1. Понятия «интеллектуальной собственности» и «промышленной собственности» в МЧП**

В условиях мировой интернационализации экономики одной из важных составляющих этого процесса является сотрудничество государств в области охраны промышленной и иных составляющих интеллектуальной собственности.

Термин «интеллектуальная собственность» как правовая категория получил легальное закрепление в Стокгольмской конвенции, учреждающей в 1967 г. Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС), и благодаря этому стал использоваться самыми различными кругами широкой международной общественности, хотя в научном отношении он был введен в оборот много раньше и обязан своему происхождению преимущественно французской литературе. Статья 2 Конвенции 1967 г. включает в понятие интеллектуальной собственности «все права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях». Понятия же «промышленная собственность» и «литературная и художественная собственность» формально связываются соответственно с Парижской конвенцией об охране промышленной собственности 1883 г. и с Бернской конвенцией об охране литературной и художественной собственности 1886 г. Упоминание о *формальной* связи данных понятий с указанными международными соглашениями не случайно, потому что задолго до принятия этих конвенций в обществе сложились представления о сути отношений, возникающих в случае создания технических и иных нововведений, о том, что должно быть положено в основу их регулирования, какие должны использоваться конструкции и какие категории лучше всего подходят для обозначения новых явлений и понятий.

Например, во вступительной части французского Закона от 7 января 1871 г. читаем: «Национальное Собрание полагает, что всякая мысль, провозглашение или осуществление которой может стать полезным обществу, принадлежит только тому, кто ее постиг, и что является ограничением прав человека, если не рассматривать новое промышленное изобретение как собственность творца его». Правовая доктрина в качестве основополагающего элемента права на изобретение или иной объект, представлявший собой какое-либо нововведение, приняла проприетарный признак, который строила с помощью конструкций, аналогичных праву материальной собственности, — вещному праву. Развитие капиталистического производства настоятельно требовало превращения изобретений (т.е. определенного рода идей) в товар, объект частной собственности, которым можно было бы распоряжаться как и любым

другим, наиболее абсолютным образом. Следовательно, в результате появления нового вида товара возникла потребность и возможность назвать технические и прочие идеи «собственностью», а следовательно — охранять ее от нарушений и посягательств. Практические нужды капиталистического производства привели к ломке всей системы традиционных правовых представлений и приравниванию к материальным объектам права собственности ряда нематериальных объектов, в частности, изобретений как продуктов интеллектуального творчества по совершенствованию техники производства.

Со временем новые производственные отношения неизбежно должны были принять форму новых юридических отношений, поэтому проприетарные идеи уступили место иным концепциям (см. теорию «личных», или индивидуальных, прав немецкого автора Отто Гирке, теорию «привилегий» русского ученого В.Н. Вешнякова), в том числе концепции исключительности прав, но использование прежней терминологии продолжалось и остается, хотя и подвергается критике, сопровождаясь при этом указаниями на условность, неточность, собирательность и т.д. этого понятия.

Представляется, что от сохранения упомянутых понятий — «интеллектуальная», «промышленная», «литературная и художественная» собственность — не следует отказываться, воспринимая это как дань традиции, при четком разграничении категорий вещного права и интеллектуальной собственности, понимаемой как исключительные права на нематериальные объекты. Необходимо в связи с этим резко возразить тем авторам, которые, вероятно, в попытках преодолеть указанную выше неточность анализируемых правовых явлений упрощают поиски адекватного термина, пренебрегают традиционными представлениями о предмете, вводя неприемлемые во всех смыслах обозначения, основанные на механическом соединении слов, — такое, например, как «интеллектуальные права».

Резюмируя сказанное, следует подчеркнуть, что права на результаты творческой деятельности носят исключительный, а не вещный характер и регулируются законодательством об авторском праве и смежных правах, о патентах, полезных моделях, промышленных образцах и др.

Иногда это подчеркивается в самих законодательных актах. Например, во французском Кодексе интеллектуальной собственности, введенном в действие законом № 92—597 от 1 июля 1992 г., особо указывается, что авторское право по своей юридической природе является исключительным правом интеллектуальной собственности, которая не должна пониматься буквально (ст. LIII—I).

Еще одним источником, который в международно-правовом плане оперирует понятием «интеллектуальная собственность», является Соглашение об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС), подписанное в рамках ГАТТ в 1993 г., в котором предметная сфера действия, относящаяся к перечню объектов интеллектуальной собственности, определена максимально широко, как ни в каком другом международном договоре (подробнее об этом см. далее, в главе «Авторское право и смежные права»).

В современной юридической литературе все чаще проводится разграничение двух ветвей исключительных прав на основе двух различных для каждого соответствующего случая критериев — фактологического, т.е. факта самого

создания объекта (произведение само обособляет себя), и регистрационного, т.е. совершения специальных действий по оформлению обособления результата (регистрации). Соответственно говорят о двух системах охраны — авторском праве, которое охраняет форму как результат творческой деятельности, и о патентном праве, охраняющем существо результата творческой деятельности.

Во втором случае, как представляется, целесообразнее использовать не термин «патентное право», а более широкое понятие — «право промышленной собственности», поскольку не все объекты промышленной собственности защищаются с помощью охранного документа, именуемого патентом, хотя и обращение к термину «авторское право» столь же неточно. К правовому понятию «промышленная собственность» относятся исключительные права на использование нематериальных благ, которые явились результатом творческой деятельности в разнообразных сферах, связанных с материальным производством, торговлей, услугами и т.д. Эти блага используются во всех отраслях экономики и воплощаются в конструкциях, новых веществах, способах производственной деятельности и иных объектах материального мира. Согласно ст. 1 Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. «объектами охраны промышленной собственности являются патенты на изобретения (*les brevets d'invention*), общепользные образцы (*les modeles d'utilite*), промышленные рисунки или модели, фабричные или товарные знаки, знаки обслуживания (*les marques de services*), фирменное наименование или указания происхождения или наименования места происхождения» и др. Охрана прав авторов открытий и других технических достижений осуществляется на основе норм патентного права. Промышленная собственность понимается в самом широком смысле и распространяется не только на промышленность и торговлю в собственном их значении, но также и на области сельскохозяйственного производства и добычи из недр земли, и на все продукты — как изготавливаемые, так и природного происхождения: например вина, зерно, табачные листья, фрукты, скот, ископаемые, минеральные воды, пиво, цветы, мука (п. 3 ст. 1).

Регулирование отношений по поводу возникновения и охраны прав промышленной собственности, имеющих опосредствованную юридическую связь с правовыми порядками различных государств (т.е. регулируемых международным частным правом), отличает ряд особенностей. Дело в том, что правовая охрана личных и имущественных прав автора на промышленную собственность имеет территориальный характер, т.е. осуществляется только в пределах того государства, где подобные права возникают. Перемещение лицом—создателем нематериального объекта за пределы данного государства будет означать отсутствие у него этого права в другой стране, если оно не предпримет соответствующих действий по получению в ней охраны.

Так, исключительное право на объект промышленной собственности оформляется решением специального государственного учреждения (ведомства) о выдаче охранного документа (патента, свидетельства и др.). В этом случае создатель новшества (правообладатель) имеет ряд исключительных личных (неимущественных) и имущественных правомочий монопольного характера применительно к использованию своего технического достижения. Если его права нарушаются, то государство обеспечивает ему судебную защиту: накладывается арест на изделия, созданные с использованием изобретения либо товарного знака, с виновных в его пользу взыскиваются суммы ущерба, прямых и косвенных убытков, которые возникли в результате нарушения прав патентообладателя или иного правообладателя, и т.д. в



зависимости от положений действующего в каждом конкретном государстве законодательства.

Второй отличительной особенностью прав промышленной собственности (а также в принципе и всех прав интеллектуальной собственности) является их срочный характер. Так, если право на материальную вещь возникает у собственника и в идеале считается принадлежащим ему вечно либо до тех пор, пока он не сделает соответствующего волеизъявления по распоряжению данной вещью, то в противовес этому право в отношении объектов интеллектуальной собственности действует в течение ограниченного периода времени, который также регламентируется в различных государствах национальным правом по-разному.

Третьей особенностью прав интеллектуальной, в том числе промышленной, собственности, является их исключительный характер, который проявляется в том, что только правообладатель имеет монопольное (исключительное) право реализации и эксплуатации объекта, извлечения экономической выгоды, распространения (тиражирования) и иных видов использования. Создатель объекта противостоит всему обществу, которое предоставило ему охрану в отношении данного новшества, и монопольно распоряжается своим правом.

Действительно, историческими корнями предоставляемой обществом создателям новшеств защиты, будь то в форме охранных документов, выдаваемых на объекты промышленной, литературной и художественной собственности, или в форме бездокументарного признания их прав, были привилегии (монополия) — грамоты или особые таблички, с помощью которых владелец имел исключительное и монопольное право извлекать выгоды из того, что им создано. Монополия на изготовление и продажу изобретений, печатание и продажу книг, существовавшие в течение ограниченного периода времени, были предназначены для соревнования в получении привилегий, которые изобретателю и автору предоставлялись обществом, поскольку доход от монополий зависел от того, сколько людей сочли товар достойным покупки.

Любопытно, что английский экономист Адам Смит, глубоко интересовавшийся правом, читая в 1760 г. в Университете Глазго лекции по юриспруденции, обращался к проблеме, именуемой им «исключительными привилегиями», в современной терминологии известной как «интеллектуальная собственность». Он полагал, что предоставление исключительных привилегий по закону, и в частности жалование права на монополию, было очень вредным и «нанесло огромный ущерб обществу». Современный английский правовед Г.Л. Маккуин, возражая ему, указывает, что «хотя патенты и были действительно разрешением на монополию, но они не заслужили таких упреков. Патенты являлись вознаграждением для изобретателей новых машин, а авторское право защищало труд ученых. И то и другое приносило пользу обществу и нуждалось в поддержке».

## **§ 2. Международно-правовая охрана промышленной собственности**

**Парижская конвенция об охране промышленной собственности 1883 г. и другие соглашения по вопросам промышленной собственности.** Для обеспечения заграничного признания и охраны прав изобретателей и создателей других объектов охраны промышленной собственности заключаются международные (международно-правовые) соглашения, призванные преодолеть территориальный характер действия прав промышленной собственности. Первый шаг в направлении многостороннего сотрудничества в этой области был сделан принятием Парижской конвенции по охране промышленной собственности в 1883 г. (далее Конвенция). Она по сей день является основным документом в этой сфере. Участники Конвенции образовали Союз по охране промышленной собственности, куда входят около 150 государств. Она несколько раз пересматривалась и дополнялась (в Брюсселе — 14 декабря 1890 г., в Вашингтоне — 2 июня 1911 г., в Гааге — 6 ноября 1925 г., в Лондоне — 6 июня 1934 г., в Лиссабоне — 31 декабря 1958 г., в Стокгольме — 14 июля 1967 г.).

Поскольку охрана промышленной собственности осуществляется по законодательству государства, в котором испрашивается охрана, а не государства происхождения объекта промышленной собственности, для того чтобы получить право на охрану промышленной собственности в государствах — участниках Конвенции, необходимо выполнить в соответствующем государстве формальности и требования: получить патент или осуществить регистрацию либо совершить иные действия, установленные его законодательством. В противном случае техническое достижение может свободно использоваться в любой стране-участнице без выплаты роялти (авторского вознаграждения).

Необходимо напомнить, что авторы Парижской конвенции при ее разработке вдохновлялись идеей создания единого международного охранного документа — международного патента, который действовал бы одновременно во всех странах-участницах, обеспечивая тем самым искомую охрану и средство преодоления принципа территориальности. Этого, как известно, не произошло, и потому говорить о Конвенции как об инструменте *международной охраны* промышленной собственности неправильно. В то же время нельзя отрицать и ее роль в облегчении патентования иностранных изобретений, депонировании и регистрации промышленных образцов товарных знаков и т.п. Основным смыслом и содержанием Конвенции, которые собственно и обеспечили столь длительную жизнь этого документа, являются в двух его положениях: ст. 2 «Национальный режим» и ст. 4 «Конвенционный приоритет». Третьим преимуществом Конвенции выступает предоставление временной охраны объектам — на время проведения международных выставок, ярмарок и т.д., проводимых на территориях стран-участниц, и, соответственно, особого вида приоритета — «выставочного приоритета» (ст. 11), срок которого исчисляется с даты помещения экспоната на выставку.

В силу ст. 2 осуществляется уравнивание в правах иностранцев и граждан данного государства: «...граждане каждой страны Союза пользуются во всех других странах Союза теми же преимуществами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены впоследствии соответствующими законами собственным гражданам, не ущемляя при этом прав, специально предусмотренных настоящей Конвенцией...». Иностранцы пользуются «...теми же законными средствами защиты от всякого посягательства на их права, если при этом соблюдены условия и формальности, предписываемые собственным гражданам» (ст. 2). Согласно Конвенции сфера действия принципа

национального режима понимается широко. В частности, кроме собственных граждан стран-участниц, национальным режимом в области охраны прав промышленной собственности пользуются и лица, не являющиеся их гражданами, при условии, что они проживают на их территории либо имеют эффективные и серьезные промышленные или торговые предприятия (*établissements effectifs et sérieux*). Законодательства различных стран закрепляют за создателями новшеств неодинаковые права, поэтому и иностранцы-заявители, являющиеся гражданами государств—участников Конвенции, наделяются в государствах Союза неодинаковым объемом правомочий, которые могут не совпадать с правами, предоставляемыми им национальным государством.

Впоследствии были приняты региональные межгосударственные соглашения, облегчающие регистрацию и признание прав иностранцев на промышленную собственность, а также направленные на унификацию патентного права и даже введение единых норм для целей регулирования изобретательских отношений. Так называемые универсальные международные договоры, принятые в более поздние сроки, нередко разрабатывались по конкретным объектам промышленной собственности. Часть из них в юридическом отношении носила совершенно самостоятельный характер, другие были созданы на основе положений Конвенции 1883 г. В частности, одним из таких международных договоров является Мадридское соглашение о репрессиях за ложные или искаженные обозначения происхождения товаров от 14 апреля 1891 г., представляющее собой конкретизацию статей 9, 10 и 10-bis Парижской конвенции.

Однако Парижская конвенция по охране промышленной собственности является одним из основных документов в этой области. Не предусматривая создание международных патентов или товарных знаков, действующих во всех странах-участницах, она установила принцип национального режима, который имеет и еще один аспект своего действия в отношении таких государств. Так, предписывая уравнивание в правах национальных и иностранных граждан и юридических лиц, международное соглашение одновременно обеспечивает обязательность следования национальным правовым нормам соответствующего государства в области предпосылок, материальных условий, объема, сроков и т.д. предоставления защиты. Наряду с этим, включение в Конвенцию определенного числа материально-правовых положений, касающихся существенных вопросов охраны (например, сферы действия и содержания понятия «промышленная собственность», перечня объектов, критериев охраноспособности объектов, характера и видов охранных документов, ограничений исключительных прав и т.д.) способствовало продвижению в сторону достижения большего или меньшего единообразия права промышленной собственности отдельных (весьма многочисленных) государств. В частности, институт принудительного лицензирования, предусматриваемый внутригосударственными нормами, применяется повсюду после истечения определенного срока неиспользования новшества. Однако государства вправе устанавливать данный институт сообразно своему национальному законодательству.

Вторым рычагом облегчения заграничного патентования изобретений, товарных знаков, фирменных наименований и указаний мест происхождения товаров, зафиксированным в Конвенции, было сформулированное в ней право конвенционного приоритета. Его суть раскрывается в следующих предписаниях: «Любое лицо, надлежащим образом подавшее заявку на патент

на изобретение, полезную модель, промышленный образец или товарный знак в одной из стран Союза, или правопреемник этого лица пользуется для подачи заявки в других странах правом приоритета...» в течение 12 месяцев для патентов на изобретения и 6 месяцев для промышленных образцов и товарных знаков [ст. 4 А(1)].

«Основанием для возникновения права приоритета признается всякая подача заявки, имеющая силу правильно оформленной национальной заявки в соответствии с национальным законодательством каждой страны или с двусторонними или многосторонними соглашениями, заключенными между странами Союза» [ст. 4 А(2)]. Любая подача правильно оформленной заявки является достаточной для установления даты подачи заявки в соответствующей стране.

Ссылаясь на конвенционный приоритет, заявитель может испрашивать охрану для созданного им объекта промышленной собственности, т.е. запатентовать или зарегистрировать новшество в любом государстве— участнике Конвенции. Каждая последующая заявка этого заявителя имеет приоритет перед теми заявками, которые могут быть поданы любыми другими лицами в срок конвенционного приоритета на такое же изобретение, полезную модель, промышленный образец или товарный знак либо знак обслуживания. Например, если в течение срока конвенционного приоритета происходит подача кем-либо другой заявки, опубликование изобретения, выпуск в продажу экземпляра образца, применение знака, то это не станет основанием для возникновения соответствующего права третьих лиц — приоритет и новизна технического достижения будут определяться в другой стране не на день фактической подачи заявки в ней, а на время подачи первой заявки.

Иными словами, если гражданин Франции подает заявку на изобретение 1 января 1999 г. в национальное ведомство своей страны, а затем 7 июля 1999 г. на то же самое изобретение — в ведомство ФРГ, то даже если в патентное ведомство ФРГ 5 января 1999 г. с аналогичной заявкой обратился гражданин Германии, имея целью запатентовать свое новшество в своей стране, выдача патента ожидает французского гражданина, а не заявителя из ФРГ, несмотря на то что последний подал заявку в национальное ведомство раньше, чем французский заявитель, ибо дата приоритета для французского изобретателя определяется не 7 июля 1999 г., а 1 января 1999 г. — сроком подачи им заявки в свое национальное патентное ведомство.

Кроме того, согласно ст. 4 Конвенции, «первой» заявкой на тот же объект в определенной стране Союза может быть и последующая заявка, поданная в той же стране, если «предшествующая заявка на день подачи последующей была взята обратно, оставлена без движения или отклонена», не была доступной для публичного ознакомления и не явилась основанием для притязания на право приоритета. Такой случай может возникнуть, например, при неправильном составлении заявки, если заявитель хочет заменить заявку на более совершенную. Данное положение Конвенции позволяет заявителю продлить срок приоритета на то время, которое прошло между первой и последующей заявками.

Конвенция допускает множественные и частичные приоритеты. Проблема множественных приоритетов решается положительно, если в одной или в разных странах Союза подано несколько заявок на изобретения, а затем в какой-либо из этих стран подается заявка, объединяющая ранее поданные заявки. Частичный приоритет возникает, когда после подачи первой заявки появляются последующие, относящиеся к тому же изобретению, но содержащие элементы,

не упомянутые в первой заявке.

Помимо изобретений промышленных моделей и образцов, наименований мест происхождения товаров, Конвенция уделяет внимание и другим объектам, в числе которых особое место занимает товарный знак. Осуществление прав на товарный знак и знак обслуживания (trade mark, service mark; marque de fabrique, marque de service) является важным условием международного торгового, производственно-технического и научно-технического сотрудничества.

В Конвенции закреплены общие положения, касающиеся регистрации, правовой охраны знаков в странах Союза, принципов сотрудничества государств в данной области, в частности по вопросам охраны знаков, зарегистрированных в одной стране Союза, в других странах—участницах соглашения. «Каждый товарный знак, надлежащим образом зарегистрированный в стране происхождения, может быть заявлен в других странах Союза и охраняется таким, как он есть (telle qu'elle)...»; соответствующие конвенционные нормы материально-правового характера формулировали ряд запретов по регистрации и использованию в качестве товарного знака обозначений определенного рода: государственных гербов, эмблем международных организаций без разрешения компетентных властей. В ней дан исчерпывающий перечень случаев отклонения знаков при их регистрации: знак не подлежит регистрации, если может затронуть права, приобретенные третьими лицами в стране, где испрашивается охрана; если он не обладает различительной способностью и составлен из общепринятых и устоявшихся обозначений и указаний страны, где испрашивается охрана. В подобных ситуациях вопрос решается национальным патентным ведомством.

Особое значение имеют положения Конвенции, регламентирующие выделение категории «общеизвестных знаков». Смысл выделения заключается в том, что в соответствии со ст. 6 bis Конвенции таким знакам обеспечивается правовая охрана еще до их регистрации в Патентном ведомстве. Участники Конвенции обязались «...отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарных знаков, представляющих собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение со знаками, которые... являются в этой стране общеизвестными и используются для идентичных или подобных продуктов». Особая защита общеизвестных товарных знаков обосновывается задачами борьбы с недобросовестной конкуренцией, а также необходимостью охраны интересов потребителей, которые могут спутать вновь зарегистрированный товарный знак с общеизвестным.

Конвенция запрещает также охрану таких обозначений, которые противоречат морали и публичному порядку; определяет понятие страны происхождения знака («Страной происхождения считается страна Союза, где заявитель имеет действительное и серьезное промышленное или торговое предприятие, а если у него нет такого предприятия в пределах Союза — страна Союза, где он имеет местожительство, а если у него нет местожительства в пределах Союза — страна его гражданства, в случае, если он является гражданином страны Союза» (ст. 6 — *quinquies*) и др.

Конвенция также обязала страны-участницы создать специальные национальные ведомства по вопросам промышленной собственности.

Как межправительственная организация Парижский союз по охране промышленной собственности имеет специальный орган — Международное бюро по охране интеллектуальной собственности (БИРПИ — *Bureaux internationaux réunis pour la propriété intellectuelle*), находящееся в Женеве

(Швейцария).

На основе положений Конвенции были приняты национальные законодательные акты, детально конкретизирующие ее положения и создающие на этой основе собственную регламентацию рассматриваемых общественных отношений.

Важным обстоятельством, характеризующим Парижскую конвенцию, выступает предусмотренная ею возможность дальнейшего углубления сотрудничества государств в области охраны промышленной собственности путем заключения специальных двусторонних, региональных и универсальных соглашений: «Подразумевается, что страны Союза оставляют за собой право заключать отдельно между собой специальные соглашения по охране промышленной собственности, если эти соглашения не противоречат положениям настоящей Конвенции» (ст. 19 Конвенции). Таким образом, конвенционные положения могли быть развиты, дополнены и конкретизированы в зависимости от потребностей эпохи или региональных особенностей.

Сразу же после подписания Парижской конвенции было заключено немало специальных соглашений в области охраны промышленной собственности. Одним из первых — Мадридское соглашение международной регистрации фабричных и товарных знаков 1891 г., о котором позднее будет сказано особо. В том же году в столице Испании был заключен и еще один международный договор: Мадридское соглашение о репрессиях за ложные или искаженные обозначения происхождения товаров. Оно представляет собой конкретизацию статей 9, 10, 10-bis Парижской конвенции. В 1925 г. в Гааге было заключено Соглашение о международной регистрации (депонировании) промышленных образцов и моделей, пересмотренное в Лондоне в 1934 г. и Гааге в 1960 г. В области обозначения мест происхождения товаров имеется специальное Лиссабонское соглашение об охране первоначальных наименований мест происхождения товаров и их международной регистрации 1958 г. В 1961 г. на базе соответствующего международного договора был образован Парижский союз по международной охране новых образцов растений, в 1977 г. — Будапештский союз по международному признанию депонирования микроорганизмов для целей патентования и т.д.

В 1957 г. разработано и подписано Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков. Этим соглашением утверждена классификация товаров и услуг в целях регистрации товарных знаков и знаков обслуживания, состоящая из 34 классов для товаров и 8 классов для услуг, включающая алфавитный перечень товаров с указанием классов и подклассов, к которым эти товары относятся. Классификация способствует упорядочению разбивки товаров и услуг на соответствующие категории, что существенно облегчает проведение экспертиз и поиск аналогов. Перечень товаров и услуг включает около 11 000 наименований и время от времени дополняется. Утвержденную классификацию применяет Международное бюро ВОИС, используют его и патентные ведомства многих государств, не являющихся участниками Ниццкого соглашения.

Кроме того, Локарнским соглашением о международной классификации промышленных рисунков 1968 г., заключенным также в рамках Парижского союза на основе Парижской конвенции, учреждена соответствующая международная классификация. 12 июня 1979 г. Венский договор об учреждении международной классификации изобразительных элементов знака, заключенный с участием России и вступивший в силу в 1985 г., ввел единую

классификацию, имеющую значение для знаков, которые содержат изобразительные элементы. Это открыло возможность систематизации всех товарных знаков и их элементов, включая эмблемы, символы и рисунки, что важно при поиске знаков, имеющих изобразительные элементы из числа уже существующих.

**Региональные соглашения в области охраны промышленной собственности.** Сотрудничество в области охраны промышленной собственности государств, находящихся на территории различных частей света или объединяемых общностью интересов, обусловленных членством в соответствующей международной организации, происходит зачастую в условиях, которые определяются межгосударственными соглашениями регионального значения, имеющими как общий характер, т.е. касающимися всех или многих объектов промышленной собственности, так и посвященных какому-либо одному конкретному их виду.

В ходе осуществления сотрудничества в послевоенный период в рамках Европейского совета (ныне Совета Европы) велась активная работа в области охраны промышленной собственности по различным направлениям: созданию международного документа по новым видам растений (Парижская конвенция по охране новых видов растений от 2 декабря 1961 г.), унификации патентного права (Европейское соглашение о формальных требованиях при патентных заявках 1953 г., Европейское соглашение о международной классификации патентов на изобретения 1954 г., Соглашение об унификации некоторых понятий патентного права 1963 г.), отдельным вопросам охраны особых видов промышленной собственности (Шартрезское соглашение об употреблении первоначальных обозначений и названий для сыров, вступившее в силу в июле 1953 г.). Приведенные соглашения, касающиеся унификации в области основных институтов и положений патентного права стран Европы, входящих в Парижский союз по охране промышленной собственности, подготовили заключение Мюнхенского соглашения о выдаче европейских патентов 1973 г. — регионального международного договора о едином европейском патенте. Международным договором создано Европейское патентное ведомство. Европейский патент может быть получен не только заявителями из стран, участвующих в Конвенции, но и любыми другими лицами. Осуществление прав, вытекающих из европейского патента, регулируется нормами национальных законодательств государств—участников этого соглашения.

Такое направление сотрудничества стран-участниц, как промышленная собственность, в значительной мере ощущает на себе действие интеграционных механизмов развития Европейского союза (Европейских Экономических Сообществ). Среди наиболее существенных из разработанных документов — Люксембургское соглашение о европейском патенте для стран «Общего рынка», предусматривающее выдачу единого патента Сообщества. Такой патент действует на территории всех стран ЕС, имея значение национального патента, предоставляет его обладателям одинаковый круг прав и налагает на них равные обязанности. Как и европейский патент, патент Сообщества может получить любой

заявитель, независимо от того, проживает он на территории Сообщества или нет. Это яркий и успешный пример региональной интеграции в области защиты прав «промышленной собственности».

Еще в 1984 г. был разработан проект товарного знака ЕЭС, оформленный затем Регламентом Сообщества (Док. 5865/88 от 11 мая 1988 г.), который представлял собой комплексный документ, содержащий 127 статей, излагавший общие принципы процесса регистрации в рамках ЕЭС, учреждение единого ведомства по товарным знакам, правила процедуры регистрации и опротестования, а также процедуры пресечения нарушений в национальных судах. Директивой Совета министров ЕЭС о товарных знаках предусматривалось введение единого товарного знака Сообщества. 20 декабря 1993 г. Советом ЕС были приняты Правила о товарных знаках Сообщества № 40/94, в соответствии с которыми в г. Аликанте (Испания) учреждалось Ведомство по товарным знакам, принимающее заявки на регистрацию единого знака для всех государств—членов Евросоюза. С 1 января 1996 г. система единого товарного знака Евросоюза начала функционировать. Тем самым завершился многолетний этап работы стран—членов Сообществ над гармонизацией национального права этих стран в направлении преодоления территориального характера прав на товарный знак, что объективно входило в противоречие с интеграционными началами экономического развития. В условиях провозглашенного Римским договором принципа свободного перемещения товаров, работ и услуг, с одной стороны, и территориального характера действия товарного знака — с другой, осуществление торговых операций на европейском рынке Сообществ диктовало экспортерам необходимость регистрировать товарные знаки в каждой стране и поддерживать их в силе во всех странах ЕС, поскольку одной из общих установок международной практики охраны промышленной собственности является аннулирование защиты объекта (обозначения) в случае его неиспользования в течение определенного срока — от трех до пяти лет.

Другим аналогичным примером может служить Либревильское соглашение о создании афро-мальгашской организации охраны промышленной собственности от 13 сентября 1962 г., наименование которой впоследствии неоднократно менялось в зависимости от названия одного из государств, давшего наименование организации, — Мальгашской, затем Малагасийской Республики. Чрезвычайно важно отметить, что идея Парижской конвенции, а впоследствии европейских стран об унификации патентного права и едином патенте получила воплощение в Африке, ибо именно в рамках Либревильского соглашения была реализована конструкция единого «африканского» патента для участвующих в организации и международном договоре государств. Затем в 1977 г. страны бывшей «французской» Африки на основе соглашения, заключенного в г. Банги (ЦАР), создали Африканскую организацию интеллектуальной собственности (ОАПИ), предусмотрев образование единого ведомства по охране интеллектуальной собственности, равно как и



единообразное законодательство для участников Соглашения. Бангийское соглашение, так же как и Либревильское, основано на принципе сочетания международно-правового и национально-правового регулирования, проявляющегося в том, что международным договором создается международный орган, выполняющий функции национального ведомства по охране объектов интеллектуальной собственности, которое действует на основе единообразных правовых норм, также разработанных международно-правовым путем, а выдаваемые им охраняющие документы для каждого участвующего в Соглашении государства имеют правовой характер национальных документов.

На латиноамериканском континенте также имеются примеры достижения результативности в международном сотрудничестве регионального масштаба в области промышленной собственности. Начало этому было положено государствами—членами Андского пакта («Договора об охране промышленной собственности» — Договора Картахены), заключенного в 1969 г., которые в декабре 1970 г. в Лиме приняли документ, именуемый «Общий режим, относящийся к иностранным капиталам, товарным знакам, патентам, лицензиям и вознаграждениям» (Решение № 24 Комиссии «Договора Картахены»), направленный на единообразное регулирование странами—членами Картахенского пакта импорта техники, технологии и объектов промышленной собственности. Далее для стран рассматриваемого региона ключевое значение в области промышленной собственности имело принятие Комиссией «Договора Картахены» в 1974 г. Решения № 85, содержащего «Регламент, относящийся к применению норм, касающихся промышленной собственности», где устанавливались материальные нормы права промышленной собственности, которые государства-члены обязались ввести в свое национальное законодательство (ст. 86). Более того, они согласились воздерживаться от заключения с третьими странами или международными организациями таких договоров, которые противоречили бы Регламенту (ст. 83).

В рамках Совета Экономической Взаимопомощи также было разработано несколько международно-правовых соглашений, создававших базу для унификации изобретательского и патентного права стран-участниц в процессе осуществления ими всестороннего экономического сотрудничества: Соглашение о правовой охране изобретений, промышленных, общепользовательных образцов и товарных знаков при осуществлении экономического и научно-технического сотрудничества от 12 апреля 1973 г., Соглашение об унификации требований к составлению и подаче заявок на изобретения от 5 июля 1975 г. совместно с Инструкцией к названному Соглашению, Соглашение о взаимном признании авторских свидетельств и иных охраняющих документов на изобретения совместно с Правилами применения Соглашения от 18 декабря 1976 г.

Не менее важным инструментом сотрудничества служат двусторонние договоры в области охраны промышленной собственности в целом или по отдельным ее вопросам. Можно сослаться на примеры франко-итальянского Соглашения о фабричных и торговых знаках от 8 января 1955 г., в силу которого подача заявки в одной стране считается одновременно подачей в другой стране при наличии специального ходатайства; советско-французское

Соглашение о взаимной охране и использовании прав промышленной собственности от 19 мая 1970 г., приложение «Интеллектуальная собственность» к российско-американскому Соглашению о научно-техническом сотрудничестве в области топлива и энергии от 17 июня 1992 г., двусторонние соглашения в области охраны промышленной собственности между странами СНГ и т.д.

**Договор о патентной кооперации.** В связи с расширением масштабов иностранного патентования в 1970 г. в Вашингтоне был заключен Договор о патентной кооперации (Patent Cooperation Treaty — РСТ), который насчитывает сегодня более 90 государств-участников, включая Россию, Кыргызстан, Украину и другие страны СНГ. На его основе осуществляется сотрудничество в области подачи заявок на охрану изобретений, проведения по ним поиска и экспертизы, а также оказания специальных технических услуг. Договор о патентной кооперации имеет основной своей задачей облегчение подачи заявок на охрану одной и той же разработки в разных странах и сокращение дублирования в работе патентных ведомств. Для этих целей предусмотрено образование нескольких региональных международных поисковых органов, которые обеспечивают осуществление патентного поиска по поданным заявкам на изобретения.

Договор предусматривает возможность составления и подачи в национальное патентное ведомство так называемой международной заявки в тех случаях, когда заявитель хочет обеспечить охрану разработки в нескольких странах. Подача международной заявки избавляет заявителя от необходимости оформлять и подавать заявки в каждую из стран, в которых он желает получить охрану. В государства, избранные заявителем, направляются результаты рассмотрения международной заявки, на основе которой патентные ведомства соответствующих стран, как правило, без проведения повторной проверки, решают вопрос о выдаче охранных документов. Главным позитивным фактором вынесения национальным ведомством в каждом отдельном случае решения о выдаче документа (патента) является непротиворечие заявки и выводов экспертизы требованиям национального законодательства данной страны.

Следовательно, рассматриваемое соглашение опять-таки не обеспечивает выдачи единого международного охранного документа, хотя с его помощью минимизируются затраты труда и средств в связи с заграничным патентованием изобретений заявителями из государств-участников, а также сокращаются сроки проведения экспертизы, что в век стремительного развития науки и техники имеет далеко не последнее значение.

Вопросам соотношения и взаимодействия с Договором о патентной кооперации большое место уделено в многостороннем соглашении стран СНГ—Евразийской патентной конвенции. В частности, орган Евразийской патентной организации — Евразийское патентное ведомство — может приобретать статус международного поискового органа и органа международной предварительной патентной экспертизы в соответствии с РСТ. В свою очередь Евразийское патентное ведомство может заключать с национальным или региональным патентными ведомствами соглашения о проведении в случае необходимости поиска по евразийским заявкам при условии совместимости типов подлежащих проведению поисков и компетенции, а также сферы деятельности такого регионального или национального ведомства согласно Договору о патентной кооперации. В случае расхождения между Договором о патентной кооперации и Инструкцией к нему и Евразийской конвенцией и Инструкцией к ней применяются положения первых

(ст. 20 Евразийской конвенции). (Подробнее о Евразийской конвенции и Инструкции к ней см. ниже).

**Международные соглашения по товарным знакам.** В Парижской конвенции 1883 г. предусматривалась регистрация знаков, как и патентование изобретений, в каждой стране Союза, где испрашивалась охрана, что было достаточно обременительным. В известной мере с целью преодоления этого в 1891 г. было заключено Мадридское соглашение о международной регистрации фабричных и товарных знаков. Согласно этому акту «граждане каждой Договаривающейся страны могут обеспечить во всех других странах-участницах настоящего Соглашения охрану своих знаков, применяемых для товаров и услуг и зарегистрированных в стране происхождения, путем подачи заявок на указанные знаки в Международное бюро интеллектуальной собственности... при посредстве ведомства указанной страны происхождения» [ст. 1(2)]. Следовательно, в этом случае отпадает необходимость регистрации знака в каждой стране.

Однако утверждение, что поданная через национальное патентное ведомство заявка на международную регистрацию обозначения в качестве товарного знака в силу Мадридского соглашения означает автоматическое его действие во всех странах Союза, является серьезным заблуждением, которое, к сожалению, нередко можно встретить в литературе. Дело в том, что согласно Ниццкой редакции документа международная заявка в Международное бюро подается с указанием тех стран (а вовсе не всех государств-членов сразу), в которых испрашивается защита на основе Мадридского соглашения. В реальной жизни подача заявки на международную регистрацию во всех странах, которые выберет заявитель, связана с затратами на пошлины, подлежащие уплате с каждой регистрации, причем иногда немалые — в зависимости от количества государств и классов, в рамках которых данному обозначению истребуется защита. Поэтому в подавляющем большинстве случаев заявитель вынужден тщательно отбирать те страны—участницы Мадридского соглашения, в которых регистрация экономически целесообразна. Ввиду того что заявка в международное бюро может быть подана только через национальное ведомство, последнее и получает уведомления из избранных заявителем стран о регистрации или отказе в регистрации обозначения. Международная заявка зависит от национальной заявки, поэтому в случае получения регистрации на основе международной заявки, но при последующем аннулировании национального товарного знака в стране происхождения утрачивает силу и международная регистрация.

Данное обстоятельство может привести к чрезвычайно несправедливым последствиям. В частности, национальная регистрация может быть оспорена и признана недействительной по основаниям, действующим только в стране происхождения, но не известным в других странах. Скажем, правовые системы по-разному подходят к проблеме превращения знака в родовое понятие, используемое как наименование товара, вследствие чего в одной стране регистрация может быть аннулирована, а в другой нет.

Характерной иллюстрацией может служить пример из российской практики, связанный с наименованием «аспирин». Арбитражный суд г. Москвы отказал немецкому концерну Bayer AG, настаивавшему, что только он один может называть таблетки аспирином, в его иске к Роспатенту Российской Федерации, который возражал истцу, используя аргумент, что данное понятие стало в России

общеупотребительным. Конфликт возник еще в 1994 г., когда французская фирма UPSA Laboratoires обратилась в апелляционную палату Роспатента, который зарегистрировал в 1992 г. знак немецкого концерна, с просьбой аннулировать регистрацию товарного знака «аспирин». Роспатент счел тогда, что слово «аспирин» является общепринятым родовым понятием и не ассоциируется у потребителя с производителем — концерном Bayer AG (который, между прочим, действительно синтезировал ацетилсалициловую кислоту — аспирин — в 1897 г.). Данное решение Роспатента немецким производителем и было оспорено в Арбитражном суде г. Москвы. Представим себе, что на основе аннулированной в данном случае регистрации была осуществлена международная регистрация, скажем, во Франции или Нидерландах, в которых вообще исключена возможность утраты товарного знака в результате его использования третьими лицами, поскольку суды этих стран считают, что превращение или трансформация товарного знака в родовое понятие не может произойти без длительного «молчания» владельца и непротиводействия нарушениям знака. Таким образом, не соответствующее праву Франции или Нидерландов аннулирование регистрации знака в России необходимо должно повлечь за собой исключение анализируемого обозначения из реестров этих стран, что явно не соотносится со справедливостью и установившейся юридической практикой.

В течение года после подачи заявки в Международное бюро каждое государство вправе возразить против предоставления регистрации международному знаку на том основании, что данное обозначение не отвечает требованиям национального законодательства. Если отказа не поступило, товарный знак становится охраняемым объектом в странах—участницах Мадридского соглашения.

Осуществленная подобным образом регистрация заменяет собой отдельные национальные акты регистрации в каждом национальном ведомстве государств-участников. В каждой стране Союза знаку «предоставляется такая же охрана, как если бы он был заявлен непосредственно» (ст. 4) международная регистрация действует в течение 20 лет и может продлеваться каждый раз на срок не более 20 лет. По истечении пяти лет с момента регистрации знак становится независимым по отношению к знакам, зарегистрированным в стране происхождения (Ницкая редакция Мадридского соглашения 1957 г.).

Оценивая в целом Мадридское соглашение, нельзя не заметить ряда преимуществ, созданных им для национальных заявителей и самих участвующих в нем стран, а именно: возможность получения охраны в нескольких странах Союза на основе одной заявки; упрощение процедуры подачи заявки (с использованием типового бланка и заполнением его на одном языке (французском) вместо оформления множества заявок на разных языках по различным правилам; взимание унифицированной пошлины, исчисляемой в зависимости от количества стран и классов, и др.

Это соглашение предоставляет также возможность создания региональных союзов государств с унифицированным законодательством о знаках: «Единое ведомство заменяет национальное ведомство каждой из этих стран, и совокупность

принадлежащих им территорий должна рассматриваться как одна страна для применения всех или части положений конвенции...» (ст. 9-quarter Мадридского соглашения).

Однако решение преимущественно технических вопросов, не затрагивающих таких существенных моментов, как проведение экспертизы для определения охраноспособности обозначения, установление зависимости международного знака от основной регистрации в стране происхождения и т.п., стали главным поводом для критики системы Мадридского соглашения, которое не охватывает глобально международные рынки, поскольку в нем участвуют далеко не все ведущие страны мира. Попыткой создать иную систему международного товарного знака стал Венский договор о регистрации товарных знаков от 12 июня 1973 г., принятый в целях совершенствования международных отношений в области охраны товарных знаков.

***Венский договор о регистрации товарных знаков 1973 г.*** Если Мадридское соглашение о международной регистрации знаков рассчитано непосредственно на получение охраны результатов интеллектуальной деятельности за пределами одного государства, то Венский договор направлен на дальнейшее углубление интеграции и унификации права в данной области: облегчение проведения процедур национальными органами при предоставлении охраны, совершенствование национальных законодательств, использование единой классификации (Ницкое и Венское соглашения), проведение экспертизы, взаимные технические услуги, международный поиск и т.д. Основная цель Договора не в автоматическом предоставлении международной экстерриториальной охраны, а в облегчении получения защиты в другом государстве, под юрисдикцией которого заявитель не находится. Венский договор, в противовес Мадридскому соглашению, основан на принципах независимости международной регистрации товарного знака от его национальной регистрации. Установлен первоначальный срок действия международной регистрации — десять лет с возможным возобновлением на каждые последующие десять лет.

Однако в конечном итоге, несмотря на отличие целей, поставленных во главу угла, и то и другое международное соглашение имеют ряд общих черт. Так, и в Мадридском соглашении, и в Венском договоре предусматривается, что действие международной регистрации в государствах-участниках такое же, как если бы это была обычная национальная заявка. Аналогично предшествующему документу Венский договор исходит из возможности для государства отказать в международной регистрации в течение определенного (15 месяцев) срока. Специалисты отмечают, что этот правовой документ оказался также не в состоянии создать эффективный международный стандарт для регистрации и был ратифицирован только пятью государствами (Буркина-Фасо, Конго, Габон, Того, СССР).

В качестве альтернативного Венскому договору инструмента, способствующего устранению причин, сдерживающих присоединение к Мадридскому соглашению большого числа государств, 26 июня 1989 г. был подписан Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации товарных знаков 1891 г. — в целях введения в его систему международной регистрации некоторых новых элементов. Например, заявитель получил право основывать свою заявку на международную регистрацию не только на национальной регистрации, но также и на национальной заявке на регистрацию. Определенным шагом вперед явилось положение о том, что международная регистрация, аннулируемая по просьбе ведомства происхождения, может быть

преобразована в национальную заявку при использовании даты подачи международной заявки, а также даты приоритета.

Помимо этого, Протокол предусмотрел механизм взаимодействия международной регистрации, основанной на Мадридском соглашении, с системой регистрации товарных знаков ЕС. Так, с момента введения в действие системы единого товарного знака ЕС и присоединения ЕС к Протоколу заявка на международную регистрацию, осуществляемая на его основе, может последовать за заявкой или регистрацией, подаваемой в Ведомство по гармонизации рынка (товарным знакам и промышленным образцам) ЕС, которая будет, таким образом, рассматриваться в качестве национальной заявки. Следовательно, главный аргумент противников введения товарного знака, сводившийся к тому, что отсутствует связь между Мадридским соглашением и знаком Сообщества, с принятием Протокола 1989 г. утрачивает свое значение.

Перечисленные международные соглашения в области охраны товарного знака не исключают участия в механизме правового регулирования национально-правового элемента. Более того, в решении конечного вопроса о материальных нормах, на основе которых предоставляется охрана, решающее слово остается за национальным законодательством. Следовательно, анализ новых направлений, видов объектов, объемов и условий обеспечения правовой защиты в конкретных странах по-прежнему является актуальным, поскольку не исчезают различия в их правовых системах. Одной из современных проблем, связанных с правовой охраной товарного знака и фирменного наименования, упоминавшейся в главе 3 настоящего учебника применительно к Российской Федерации, но являющейся задачей глобального измерения в области промышленной собственности, следует назвать регулирование отношений информационно-коммуникационного характера, касающихся Интернет и его использования.

В данном случае речь идет о ситуации, породившей коллизии, относящиеся к регистрации адресов, предлагаемых в сети узлов (sites) и страниц (pages), предоставляемых адресных наименований (domain names). Указанные конфликты отразили две группы мнений. Одни выражают крайнюю точку зрения, сводящуюся к тому, что Интернет должен пользоваться своеобразным «суверенитетом», не подлежащим какому-либо регулированию. Другие полагают целесообразным распространение на Интернет действующих норм, включая законодательство об интеллектуальной собственности. Однако понятно, что такие нормы рассчитаны на действие в пределах конкретной национальной юрисдикции, в то время как «киберпространство» обладает огромной спецификой в силу как раз отсутствия географических, политических и вообще материальных границ, кроме тех же кибернетических.

Интересны споры и результаты их разрешения по данному поводу в различных странах. Пока на настоящем этапе единственным правовым средством охраны, приемлемым для применения в рассматриваемой области, остается товарный знак и фирменное наименование (коммерческое обозначение).

Известно, что реестр международных адресных наименований ведет американская компания «Network Solutions Inc.» (NSI). Процедура NSI вызывает критику как со стороны владельцев товарных знаков, так и владельцев адресов. К примеру, подобно российскому случаю с адресом «coca-cola.ru» мультинациональная фармацевтическая компания Novartis в Швейцарии оказалась зарегистрированной на имя жителя небольшого швейцарского

городка, отвергающего все предложения о выкупе.

Английская компания «Harrods» обратилась с иском о нарушении прав на ее товарный знак в суд Великобритании, который вынес решение о недопустимости нарушения прав Harrods «путем использования спорного адресного наименования в последующем». Можно сослаться, однако, и на иные решения. В 1997 г. американская компания Prince Sports обратилась с жалобой в NCI об имевшемся, по ее мнению, нарушении компанией Prince plc, которая зарегистрировала адресное наименование «prince.com» и осуществляла с его помощью через Интернет торговые операции. Поскольку компания Prince plc не смогла предъявить NSI свое право на товарный знак, дело рассматривалось британским судом. При этом истцом выступала английская компания Prince plc. В своем иске она указала, что Prince Sports обладает товарным знаком для маркировки спортивных товаров, а адрес в Интернет используется в иных целях. Суд вынес решение в пользу английской, а не американской компании Prince.

Различный подход к разрешению судами подобных споров связан с отсутствием непосредственно сформулированных для применения к таким отношениям правовых норм.

**Единый товарный знак.** Как указывалось ранее, нормативные акты ЕС, предшествующие введению в действие системы регистрации единого знака Сообщества, были направлены на создание единообразного режима для приобретения и поддержания в силе прав на знак посредством гармонизации в этой области национального законодательства стран-участниц, которые должны были бы подготовить национально-правовые системы к переходу на новые основы правового регулирования отношений по товарным знакам.

Предусматривается, что во всех государствах—членах ЕС действует единый товарный знак. Процедуры подачи заявок, экспертизы, выдачи охранного документа совершаются централизованно специально созданным Европейским ведомством по товарным знакам. Подача заявки на обозначение сопровождается проверкой отличительного характера знака, поиском сходных ранее зарегистрированных знаков. Правилами предусмотрено, что заинтересованные национальные ведомства государств ЕС получают копии заявки и проводят в своих национальных реестрах поиск на предмет регистрации тождественных знаков.

При обнаружении регистрации сходных обозначений заявителю сообщается этот факт, а также мнение владельцев зарегистрированных знаков по вопросам сходства и различий, после чего в заявку по мере необходимости и возможности вносятся изменения. В случае, когда формальные требования удовлетворены и Ведомство не обнаружило препятствий для предоставления знаку охраны, заявка может быть опубликована в Бюллетене ЕС, причем в течение трех месяцев с даты публикации все заинтересованные лица могут подать возражения против регистрации. Отсутствие в установленные сроки поступления возражений завершается регистрацией обозначения в качестве товарного знака ЕС, данные о которой в свою очередь подлежат опубликованию.

Принципиальным признаком единого европейского товарного знака является способность обозначения служить отличительным целям товара и не нарушать

права третьих лиц. Знак может быть выражен в форме товара либо в его упаковке. Охрана европейского знака предоставляется на 10-летний срок с даты подачи заявки и продлевается без ограничений на последующие десять лет.

Анализ современной практики в области охраны некоторых объектов промышленной собственности в странах ЕС не позволяет пройти мимо Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающего партнерство и сотрудничество между Российской Федерацией, с одной стороны, и европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, подписанного 24 июня 1994 г., а также Протокола к нему, заключенного 21 мая 1997 г. и ратифицированного РФ 18 июля 1998 г. В указанных документах стороны подтвердили значимость Парижской конвенции, Мадридского соглашения о международной регистрации товарных знаков 1891 г. и Протокола к нему, Ниццкого соглашения о международной классификации товаров и услуг 1957 г. и предусмотрели, что к 2000 году Россия обеспечит тот же уровень охраны интеллектуальной собственности, что и страны ЕС.

Однако в данной связи следует обратить внимание на один весьма существенный момент. Дело в том, что страны ЕС, стремясь преодолеть территориальный характер прав промышленной собственности, в полной мере свойственный и данному виду объектов, путем введения единого европейского знака, объективно породили другую проблему — параллельного существования двух видов обозначений: национальных товарных знаков и единого европейского знака.

*Договор ТЛТ.* Как неоднократно подчеркивалось, все имеющиеся многосторонние соглашения в области охраны промышленной собственности не создают всеобъемлющего регулирования, состоящего из норм «прямого действия», единых для всех участвующих стран, готовых для непосредственного применения к соответствующим отношениям, а преимущественно определяют принципы, на которых должна строиться охрана в национально-правовом масштабе. Вследствие этого коллизии между национальными законами неизбежны, а потому насущной задачей сегодня выступает разработка новых международных договоров и соглашений, предназначенных для решения проблемы сближения и гармонизации законодательства различных стран. Такую деятельность в последние десятилетия активно ведет ВОИС. С конца 80-х гг. в рамках этой организации проводилась работа по подготовке унификации и гармонизации законодательства в области товарных знаков, в результате чего 27 октября 1994 г. был подписан Договор о законах по товарным знакам (ТЛТ), участником которого с 11 мая 1998 г. является в числе 26 государств и Россия. В 1995 г. были продолжены разработки по общеизвестным товарным знакам. С 1997 г. предметом внимания программы ВОИС стали лицензионный договор на передачу товарного знака и его регистрация.

Большая часть положений ТЛТ касается процедурных вопросов, возникающих по поводу подачи заявки, ее прохождения и соответственно действий компетентного органа (патентного или иного ведомства). В Договоре делается попытка унифицировать требования к данным заявки, единообразно регулировать указания, относящиеся к характеру и категориям возможных изменений, вносимых в данные, а также продлению регистрации. Срок действия регистрации предлагается стандартный — десять лет в отношении как первичного, так и последующих периодов. ТЛТ в равной мере применяется и к товарным знакам, и каналам обслуживания.



Заметим, что подход, основанный на отсутствии разграничения упомянутых категорий, существующий в некоторых странах (например, в РФ), получил закрепление и в международном масштабе. В то же время Договор определяет, что он не распространяется на знаки, не состоящие из визуально воспринимаемых обозначений (например, звуковые), а также на коллективные знаки.

**Договор об охране олимпийского символа.** Олимпийский символ, который является объектом исключительных прав Международного олимпийского комитета (МОК), зарегистрирован в Патентном ведомстве Швейцарии (по месту нахождения штаб-квартиры МОК) на основе законодательства о товарных знаках данной страны. Впоследствии в силу Мадридского соглашения на основе национальной заявки была осуществлена его международная регистрация в странах-участницах. В силу специфики положения МОК, который не обладает ни торговым статусом, ни статусом производителя товаров и услуг, а является лишь издателем поступивших в свободную продажу публикаций, снабженных этим символом, предоставление охраны осуществлялось в рамках класса 16 Ниццкой международной классификации товаров и услуг (МКТУ), которая не охватывала маркировки этим символом товаров массового потребления, производимых в период подготовки и проведения Олимпийских игр.

В целях восполнения создавшегося «зазора» 26 сентября 1981 г. в Найроби был подписан Договор об охране олимпийского символа. В данном случае необходимо обратить внимание на то, что международное соглашение направлено на создание правил, ограничивающих применение олимпийского символа как товарного знака. Так, Договором устанавливается, что государства обязаны отклонить или признать недействительной регистрацию олимпийского символа или обозначения, содержащего такой символ в качестве товарного знака. Однако не считается нарушением надлежащего использования символа его использование средствами массовой информации для пропаганды Олимпийских игр или олимпийского движения как такового. Статья 3 Договора уполномочивает МОК выдавать лицензии на использование олимпийского символа на территории конкретного государства, в котором, например, проходят Олимпийские игры. Условия выдачи разрешения регулируются договором, заключаемым МОК и национальным олимпийским комитетом данной страны.

**Охрана наименований мест происхождения товаров.** Специальными международными соглашениями, основанными на Парижской конвенции и касающимися наименований мест происхождения товаров, являются Мадридское соглашение о репрессиях за ложные или искаженные обозначения происхождения товаров от 14 апреля 1891 г., Лиссабонское соглашение об охране первоначальных наименований происхождения товара и их международной регистрации от 31 октября 1958 г. На основании ст. 1 Мадридского соглашения каждое изделие, содержащее ложное или искаженное указание на происхождение его в одной из стран Союза, конфискуется как в государстве, где было произведено ложное указание, так и в стране, в которую это изделие ввозится. В то же время ст. 4 предоставляет судам государств—участников соглашения право устанавливать, какие первоначальные указания о происхождении приобрели характер родственного обозначения. Изделия, имеющие родственные или сходные обозначения, конфискации не подлежат.

В том что касается международной регистрации наименований мест происхождения товаров, принципы охраны сходны с таковыми в отношении

международной регистрации товарных знаков по Мадридскому соглашению 1891 г. Под первоначальным наименованием понимается географическое наименование страны, района или местности, используемое для обозначения изделия, происходящего из этой страны. Позднее правовому регулированию данного вида объектов охраны промышленной собственности определенное внимание уделялось в рамках как универсального, так и регионального межгосударственного сотрудничества.

В Российской Федерации наименования мест происхождения товаров получили правовую охрану в законе «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» от 23 сентября 1992 г.

Национальный режим, установленный в безусловном порядке при получении охраны объектов промышленной собственности для иностранных заявителей применительно к изобретениям, товарным знакам, знакам обслуживания, промышленным образцам в силу национально-правовых норм или положений международных договоров, не распространяется на наименования мест происхождения товаров, так как в соответствии с частью 2 ст. 47 закона РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» от 23 сентября 1992 г. «право на регистрацию в Российской Федерации наименований мест происхождения товаров предоставляется юридическим и физическим лицам государств, предоставляющих аналогичное право юридическим и физическим лицам Российской Федерации».

Пожалуй, это наименее разработанная в РФ в правовом отношении сфера охраны промышленной собственности. В мировом масштабе большой объем таких объектов связан, например, с минеральными источниками, винами, сырами и вообще с пищевыми продуктами, которым свойственны в значительной степени обусловленность географическими названиями. Однако в пределах одной и той же местности может производиться один и тот же товар с одноименным названием, включающим географический элемент, разными производителями.

Иллюстрацией из практики других стран служит токайское вино, произошедшее от названия географической области Токай, которая после раздела Австро-Венгрии отошла к Венгрии и Чехословакии, а после распада последней — к Словакии. Вино с наименованием «Токай», как видно, могло производиться и Венгрией, и Чехословакией, а ныне и Словакией. В то же время в разных местностях могут производиться аналогичные товары с одноименным названием. В частности, отсутствие в нашей стране государственного реестра официальных производителей природных минеральных вод не позволяет упорядочить соответствующую информацию, которая может стать ключевой в юридическом отношении. Так, например, название воды «Ак-Су» для обозначения минеральной воды, добываемой на Северном Кавказе, легко может стать предметом столкновения интересов с киргизским производителем минеральной воды «Ак-Су», источник которой расположен в Кыргызстане.

Опыт зарубежных стран в таких случаях рекомендует превентивное предотвращение столкновения интересов предприятий, добывающих природный продукт в одном месте (например ст. 1054 Закона США о товарных знаках допускает регистрацию географического названия как товарного знака

при подаче заявки на коллективный знак). Соглашение ТРИПС содержит иной подход: если страны не договорятся между собой, географическое название может быть зарегистрировано для заявителей разных стран, но с обязательным включением в наименование указания региона происхождения. В п. 3 ст. 23 устанавливается следующее: «В случае одинаковых географических указаний для вин охрана предоставляется каждому указанию... Каждый участник определяет практические условия, по которым одинаковые указания будут отличаться одно от другого с учетом потребности обеспечить справедливый режим для соответствующих производителей и предотвратить введение в заблуждение потребителей».

Третий вариант представлен в регламенте ЕЭС № 2081/92 «Об охране географических указаний и наименований мест происхождения сельскохозяйственных и продовольственных товаров», вступившем в действие 24 июля 1993 г., в соответствии с которым одним из оснований для подачи возражения против регистрации является «добросовестное введение в хозяйственный оборот товара с аналогичным наименованием до даты публикации Регламента» (т.е. если лицо, не обеспечившее регистрацию наименования, до 24 июня 1993 г. производило и ввело в оборот какой-либо продукт под соответствующим наименованием, содержащим географическое название, оно может заявить протест против регистрации аналогичного наименования).

Защита наименований мест происхождения товаров в западных государствах имеет длительную практику и соответствующие традиции охраны (напомним: минеральная вода «Виши», «Виттель», «Эвиан», вина «Шабли», «Бужоле», «Шатобриан», «Риоха», коньяк «Арманьяк», ликер «Шартрез», сыр «Шамо», «брюссельское кружево», «лиможский», «майссенский», «севрский» фарфор и т.п.), что в определенном смысле издавна воспитывает общественное мнение. В России подобная практика зачастую выступает новым явлением — за исключением, пожалуй, немногочисленных общеизвестных примеров («Вологодское масло»; минеральная вода «Нарзан», «Боржом», «Ессентуки», «Полюстрово», а также «Семеновская хохлома», «Липецкие узоры», «Златоустовская гравюра на стали», «Жостовская роспись», «Палехская», «Мстерская» лаковая миниатюра и т.д.), с которыми, как правило, не связываются представления правового характера.

Показателен пример с «вологодским кружевом», внесенным в реестр наименований мест происхождения товаров Российской Федерации в качестве третьей позиции. Кружевная мануфактура существует в Вологде с 1820 г. Предприятие—преемник первой кружевной фабрики «Снежинка» зарегистрировало наименование места происхождения товара («Вологодское кружево») после принятия Закона о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров 1992 г. В настоящее время владелец регистрации вправе пресекать использование данного наименования и препятствовать несанкционированному распространению товаров, снабженных им или воспроизводящих наименование. Однако после получения свидетельства главный художник фабрики «Снежинка» получила посылку из Канады, в которой находился рисунок ее авторского кружевного воротника, сканированный из книги «Кружева Вологды», выпущенной одним из немецких издательств. Рисунок автор никому не передавала, разрешений на воспроизведение не предоставляла, договоров на

использование авторских прав не заключала. Оказалось, что издание подготовили и отпечатали без разрешения на то художника, мастеров, руководства фабрики. На весь мир были растиражированы технологические секреты фирмы, по существу ее ноу-хау. Из этого можно сделать вывод: права интеллектуальной собственности должны защищаться не только с помощью одного лишь принятого акта, необходима разработка механизма охраны в целом, причем не на индивидуальном уровне, а на уровне государства.

***Правовое регулирование защиты от недобросовестной конкуренции.*** Как следует из перечня объектов охраны промышленной собственности, приведенного в ст. 1 Парижской конвенции, защита от недобросовестной конкуренции присутствует в нем в качестве отдельного вида объектов. Безусловно, различия в юридическом содержании мер по пресечению недобросовестной конкуренции и всех остальных видов объектов мешают выстроить их в единый понятийный ряд. С правовой точки зрения, включение мер по защите от недобросовестной конкуренции в список объектов промышленной собственности наряду с изобретением, товарным знаком, фирменным наименованием и т.д. кажется нелогичным, так как предоставленные государством права в отношении последних сконструированы с помощью двух элементов: позитивного, т.е. исключительного права авторства, использования, тиражирования и т.д., и негативного, т.е. права запрещения всем прочим лицам его использования, осуществления, распространения и т.п. Право же на защиту от недобросовестной конкуренции носит лишь негативный характер, т.е. только запретительный.

Помимо конвенционных мер средства борьбы с недобросовестной конкуренцией предусматриваются в национальном праве каждого государства—участника Парижской конвенции, а также и вне зависимости от участия в каком-либо международном договоре.

В чем же заключаются задачи и функции законодательства против недобросовестной конкуренции? В большинстве случаев борьба с недобросовестной конкуренцией в аспекте промышленной собственности осуществляется в рамках антимонопольного законодательства, т.е. ядром является недопущение приобретения конкретным лицом доминирующего положения на рынке товаров или услуг, защита других предпринимателей от подобных лиц, стремящихся за счет недобросовестной конкуренции получить неоправданные преимущества на рынке. Таким образом, защита от недобросовестной конкуренции является обратной стороной самой конкуренции, совершенствование ее форм отражает развитие конкуренции. Например, копирование изделий конкурента, имитация или подражание апробированным рынком образцам других производителей, использование рекламы в целях недопущения конкурентов на рынок, обращение к завуалированной рекламе и т.д. Вышесказанное показывает, что защита от недобросовестной конкуренции других лиц со стороны правообладателей одновременно является и защитой потребителя. В Российской Федерации с недавнего времени, точнее с момента введения в действие третьей части ГК, существует специальная коллизионная норма, посвященная применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции (ст. 1222).

В плане сравнительного правоведения нормы государств, касающиеся недобросовестной конкуренции в аспекте прав интеллектуальной

собственности, концентрируются в законах о промышленной или интеллектуальной собственности и иных актах (таков подход, например, Франции и Великобритании), либо помещаются в специальные акты о недобросовестной конкуренции. Так, в Испании имеется Закон о недобросовестной конкуренции 3/1991 от 10 января 1991 г., в Швейцарии — Федеральный закон против недобросовестной конкуренции от 19 декабря 1986 г. В Германии действует закон против недобросовестной конкуренции от 7 июня 1909 г., практически и по сей день оставшийся в неизменной форме. Закон содержит как материальные нормы, т.е. определяющие, например, состав деяний, представляющих собой недобросовестную конкуренцию, так и процессуальные (устанавливающие право на подачу иска или определяющие подсудность).

Право Европейского сообщества в растущей мере приобретает влияние на развитие законодательства европейских государств-членов ЕС в данном вопросе. Хотя Римский договор не содержит норм, специально посвященных борьбе с недобросовестной конкуренцией, тем не менее в этой области необходимо широкое согласование национально-правовых систем. Статьи 100 и 101 «а» Договора о ЕЭС предоставляют Совету ЕС полномочия на унификацию правовых норм государств-членов, имеющих значение для внутреннего рынка, и являются, следовательно, тем правовым стержнем, который позволяет осуществить ее применительно к законодательству о недобросовестной конкуренции.

В этом смысле можно сослаться на принятие Советом ЕС Директивы 84/450/EWG от 10 сентября 1984 г. об унификации правовых и административных предписаний государств—участников ЕС в отношении дезинформирующей рекламы. Защита принципа свободы оборота товаров, закрепленная в ст. 30 Римского договора, поддерживается и Европейским судом. В этом отношении характерны дело Касси Дижон и Ив Роше (от 18 мая 1993 г., № С-126/91). В деле Ив Роше Европейский суд вынужден был высказаться в пользу европейского подхода к свободе торгового оборота, в противовес идеям, закрепленным в праве ФРГ, касающимся «превентивных запретов» в целях недопущения недобросовестной конкуренции. В большом числе случаев, когда собственники интеллектуальной собственности пытались с помощью исключительных прав помешать товарам пересекать национальные границы внутри ЕС, Европейский суд выносил постановления, суть которых заключалась в том, что, если товары были проданы на экспорт собственником или с его согласия (через представителя либо дочернюю компанию), права собственника «были исчерпаны». Суд объявлял, что смысл интеллектуальной собственности состоит в праве на выпуск товаров на рынок в первый раз. Таким образом, очевидно, что права на интеллектуальную собственность ограничивались в ЕС с учетом заинтересованности в установлении в Сообществе единого рынка.

Усилия в выработке оптимального баланса между защитой от недобросовестной конкуренции и стимулированием технического процесса с помощью интеллектуальной собственности, которые предпринимались, в частности, ЕС, характерны и для всех современных государств.

Например, американская автомобильная компания «Форд»

отказалась дать лицензию другим компаниям на производство панелей для своих автомобилей. Она заявила об исключительном праве на проект панелей, угрожая иском любой организации, которая попытается их поставить. В данном случае осуществление исключительного права противоречило общественным интересам, так как потребитель мог приобрести панели только по ценам, установленным «Фордом». Британское управление конкуренции в этой ситуации подвергло это поведение компании резкой критике. Британские суды в подобных обстоятельствах не только признавали права на интеллектуальную собственность «недобросовестной монополией», но и искали способы ее ограничения. Типичным примером являлось дело компании «Бритиш Лейлаир», в котором Палата лордов постановила, что компания не может осуществлять свое право на интеллектуальную собственность в ущерб конкурирующим производителям, поскольку это помешает потребителям покупать более дешевые запчасти.

Английский автор Г. Маккуин, подводя в связи с этим итоги анализа нормативного материала и судебной практики европейских стран, весьма категоричен: «Право на интеллектуальную собственность может быть менее существенным, чем более общие интересы».

### **§ 3. Сотрудничество в рамках СНГ по использованию и охране промышленной собственности**

После распада СССР и образования Содружества Независимых Государств объективная экономическая ситуация привела его участников к необходимости налаживания интеграционных процессов внутри Содружества, в том числе и в области охраны промышленной собственности. По существу, речь идет о реинтеграции таких процессов на новой основе.

Поскольку промышленная и вообще интеллектуальная собственность являются частью более общей сферы сотрудничества государств в производственной, научной, культурной и экономической областях, первыми многосторонними соглашениями стран Содружества были соглашения о научно-техническом сотрудничестве, производственной кооперации и взаимодействии в области изобретательства, образования, подготовки кадров и согласования приоритетных направлений развития науки и техники. Так, Соглашение о научно-техническом сотрудничестве в рамках государств—участников Содружества Независимых Государств от 13 марта 1992 г. на основе учета государствами-членами высокоинтегрированных элементов научно-технического потенциала, сложившихся связей в данной области, а также необходимости межгосударственной кооперации предусматривало формы совместной научно-технической деятельности, регулирование создания и эксплуатации научно-технических объектов совместного использования, оказание государственной поддержки совместным научным исследованиям и разработкам.

Государства взяли на себя обязательства создавать правовые, экономические и организационные условия, гарантирующие равные права и ответственность всех организаций, предприятий и граждан, участвующих в межгосударственном научно-техническом

сотрудничестве. Особое внимание и усилия страны—члены Содружества, согласно этому договору, должны приложить к обеспечению гармонизации систем охраны промышленной собственности, сотрудничества в проведении научно-технической экспертизы и совместимости правовых норм, регулирующих научно-техническую деятельность (ст. 2). Соглашение закрепило договоренность о том, что вопросы охраны интеллектуальной собственности регулируются законодательными актами сторон и специальными межгосударственными соглашениями (ст. 14). До принятия Патентной конвенции сотрудничество государств по вопросам охраны промышленной собственности предполагалось регулировать Временным соглашением (ст. 15), которое было принято странами—членами СНГ в этих целях.

Тогда же (13 марта 1992 г.) было подписано Соглашение о прямых научно-технических связях в рамках Содружества Независимых Государств, которое имело целью закрепление обязанности участвующих стран по обеспечению прямых связей между организациями, предприятиями, учеными и изобретателями и всяческому их укреплению и развитию. Соглашение предусматривало, что оформление таких отношений осуществляется с помощью различных инструментов, в которых должны найти отражение условия установления прямых научно-технических связей, в том числе права на интеллектуальную собственность.

В августе 1995 г. (для России — 27 сентября 1995 г.) вступила в силу Евразийская патентная конвенция, которая создала межгосударственную евразийскую систему охраны промышленной собственности на основе единого патента, действующего на территории всех договаривающихся государств, ратифицировавших Конвенцию или присоединившихся к ней. В настоящее время таких государств одиннадцать: Туркменистан, Республика Беларусь, Республика Таджикистан, Российская Федерация, Азербайджанская Республика, Республика Казахстан, Кыргызстан, Республика Армения, Грузия, Украина и Республика Молдова.

Основополагающим положением, определяющим смысл Конвенции, является договоренность государств о создании Евразийской патентной системы, обеспечиваемой организацией, располагающей специальной структурой, — Евразийским патентным ведомством, выполняющим функции патентного ведомства для целей выдачи единого евразийского патента, который действует в рамках данной организации.

Исходным принципом, которому подчиняется многостороннее сотрудничество, является принцип государственного суверенитета участвующих стран: «Государства—участники сохраняют за собой полный суверенитет в части развития своих национальных систем по охране промышленной собственности. Национальные патентные системы полностью автономны по отношению к Евразийской патентной системе, кроме тех полномочий в отношении евразийских патентов, которые переданы государствами-участниками в силу положений Конвенции в компетенцию Евразийской патентной организации» (п. 1 ст. 1).

Согласно преамбуле Евразийская конвенция представляет собой специальное соглашение в соответствии со ст. 19 Парижской

конвенции и Договор о региональном патенте в соответствии со ст. 45 Договора о патентной кооперации.

Вступление в силу Евразийской патентной конвенции ознаменовало собой формальный выход международного соглашения Содружества за рамки СНГ, поскольку участие в этой конвенции открыто для любого государства—члена ООН, связанного также Парижской конвенцией и Договором о патентной кооперации (РСТ) (ст. 26). На территории государств—участников было сформировано единое патентное пространство, что, учитывая международную практику патентной кооперации, обеспечивает упрощение процедуры выдачи охранного документа, действующего во всех государствах—участниках Конвенции (одна евразийская заявка на одном языке (русском), одна экспертиза, единый евразийский патент). Административные задачи, связанные с функционированием Евразийской патентной системы и выдачей единых евразийских патентов, выполняет Евразийская патентная организация. Она заключает международные договоры как с государствами—членами Организации или иными государствами, так и с другими международными организациями, в частности с ВОИС.

Евразийская патентная конвенция, провозглашая следование принципам Парижской конвенции по охране промышленной собственности (равно как и практически всем многосторонним документам в области интеллектуальной собственности), зафиксировала принцип национального режима. Причем он распространяется не только на граждан договаривающихся государств, но и на лиц, постоянно проживающих на их территориях (п. 2 ст. 2). Таким образом, в сферу его действия может попасть лицо, не являющееся ни гражданином страны—участницы Парижской конвенции, ни гражданином государства, подписавшего Евразийскую конвенцию или к ней присоединившегося, в силу одного лишь факта постоянного проживания на территории одной из стран—участниц анализируемого международного соглашения.

Евразийское патентное ведомство при проведении патентного поиска по евразийским заявкам осуществляет взаимодействие с компетентными национальными или региональными ведомствами, публикует информацию о евразийских заявках или евразийских патентах. Евразийский патент имеет действие на территориях всех договаривающихся государств с даты его публикации.

Как и множество других международно-правовых документов в данной сфере, Евразийская конвенция включает преимущественно материально-правовые нормы (наряду с административными положениями), которые содержатся как в самой Конвенции, так и в Инструкции к ней, разработанной Административным советом Евразийской патентной организации. В то же время Конвенция представляет собой пример международного документа в области охраны промышленной собственности (заметим, весьма редкий), которая содержит коллизионные нормы. При этом следует обратить внимание на некоторую юридическую неточность, имеющую место в Конвенции: положения, квалифицируемые явно как коллизионные правила, помещены в общий раздел документа, именуемый «Материальные нормы патентного права». Итак, при регламентации круга лиц, обладающих правом на патент, Конвенция устанавливает: «Право на патент принадлежит изобретателю или его



правопреемнику. Если изобретатель является служащим, то право на евразийский патент определяется в соответствии с законодательством государства, в котором служащий имеет основное место службы; если государство, в котором служащий имеет основное место службы, не может быть определено, применяется законодательство того государства, в котором работодатель занимается предпринимательской деятельностью, с которой связан служащий» (ст. 7).

Как видно, с точки зрения коллизионных начал, приведенная регламентация составляет немалый интерес, поскольку оперирует нетрадиционными правилами.

Евразийская патентная система построена на принципе сосуществования евразийского патента с национальными патентами. В статье 22 указано, что Евразийская конвенция не затрагивает права любого государства-участника выдавать национальные патенты. В свою очередь и Конвенция не является препятствием для любого участника самостоятельно участвовать в любой международной организации и развивать различные формы международного сотрудничества в области охраны промышленной собственности.

В статье 16 Евразийской конвенции указываются случаи, формирующие основания для преобразования евразийских заявок в национальные патентные заявки: отказ Евразийского ведомства в выдаче евразийского патента либо отказ в удовлетворении возражения, поданного заявителем против отрицательного решения Евразийского ведомства. В целях преобразования евразийской заявки в национальную патентную заявку заявитель может подать в Евразийское ведомство ходатайство с указанием государств-участников, в которых он хочет получить патент по национальной процедуре. Преобразованная таким образом заявка приравнивается в каждом указанном государстве-участнике к правильно оформленной национальной заявке, поданной в национальное ведомство с той же датой подачи и, если таковая имеется, датой приоритета, что и евразийская заявка.

В правиле 52 Патентной инструкции к Евразийской конвенции урегулированы вопросы исключения совмещения охраны в государствах—участниках Конвенции: права, вытекающие из евразийской заявки или евразийского патента с более ранней подачей заявки или с более ранним приоритетом, имеют преимущество перед правами, вытекающими из последующей национальной заявки, поданной до даты публикации этой евразийской заявки, или из национального патента на тождественное изобретение наравне с национальными заявками и национальными патентами, и наоборот. Другими словами, более ранняя евразийская заявка порочит новизну последующей национальной заявки наравне с более ранней национальной заявкой, а более ранняя национальная заявка порочит новизну последующей евразийской заявки. Это правило позволяет избегать двойного патентования и совмещения различных видов охраны (на основе евразийского и национального патента).

Евразийское патентное ведомство может, кроме того, осуществлять функции получающего ведомства, а также ведомства, указанного и выбранного в соответствии с Договором о патентной кооперации (ст. 20 Евразийской конвенции). Заявитель наделен правом выбора в отношении подачи международных заявок в Евразийское ведомство или национальные ведомства.

Евразийское ведомство, национальные ведомства и другие учреждения государств—участников Конвенции, в компетенцию которых входит охрана промышленной собственности, оказывают друг другу правовую помощь по

делам, относящимся к евразийским заявкам и патентам (правило 73 вышеуказанной Инструкции). Если учесть современную экономическую ситуацию, создание единой евразийской патентной системы является существенным достижением государств—членов СНГ. В ее нормальном функционировании нуждаются не только заявители — граждане государств-участников, но и иные субъекты, претендующие на предоставление охраны их исключительных прав на территориях стран Содружества.

**Двусторонние договоры СНГ.** Евразийская патентная конвенция относится только к изобретениям и не распространяется на другие объекты прав. Ввиду этого в целях охраны других объектов промышленной собственности странами—членами СНГ заключаются договоры на двустороннем уровне. Вместе с тем такие договоры могут касаться и общих вопросов сотрудничества в области промышленной собственности. Таковы, например, российско-украинское Соглашение о сотрудничестве в области охраны промышленной собственности от 30 июня 1993 г., российско-армянское Соглашение от 25 июня 1993 г., Соглашение между Россией и Казахстаном от 28 марта 1994 г., Соглашение между Россией и Республикой Беларусь от 20 июля 1994 г. Российско-украинское соглашение устанавливает признание ранее выданных охранных документов СССР, право граждан и юридических лиц другого государства пользоваться патентными фондами, библиотеками и т.п. на началах национального режима, содержит условия о выплате вознаграждения гражданам из другого государства, обеспечивает непосредственное ведение дел патентными поверенными обоих государств на основе взаимности и т.д.

В российско-армянском соглашении предусматривается более широкое сотрудничество. В нем закрепляется содействие России в становлении национальной патентной службы Армении, действие принципа национального режима со ссылкой при этом на Парижскую конвенцию. Соглашение подтверждает также принцип конвенционного приоритета для подачи заявки. Российское ведомство принимает на себя проведение патентного поиска для заявок из Армении.

Двусторонними соглашениями государств Содружества регламентируются весьма сложные проблемы соотношения патентов на изобретения СССР и национальных охранных документов, которые на многостороннем уровне так и не были решены. Не следует забывать, что до сих пор параллельно с патентной формой охраны изобретений, ранее зарегистрированных на территории России, действует и второй вид охранных документов из числа выдававшихся в СССР — авторские свидетельства, природа которых отлична от патента. Кроме того, стороны обязались включать вопросы охраны промышленной собственности в международные соглашения о торгово-экономическом и научно-техническом сотрудничестве, обусловив соблюдение положений о том, что двусторонние договоренности не будут препятствовать другим международным соглашениям сторон, включая Парижскую конвенцию и другие международные договоры.

Указанные договоры предполагают, что при единстве принципов охраны ее конкретное содержание определяется материальными нормами национального законодательства. Споры о действительности охраны, предоставляемой межгосударственным органом, разрешаются национальными судами. Таким образом, совокупность межгосударственных соглашений в рамках СНГ в области охраны промышленной собственности служит целям обеспечения на данном этапе если не унификации, то во всяком случае совместимости основных принципов правовой охраны, о чем свидетельствуют приводившиеся выше нормы договоров.

#### **§ 4. Правовое регулирование прав промышленной собственности иностранцев на территории Российской Федерации**

Объективная картина состояния правового регулирования промышленной собственности в Российской Федерации, в том числе привлекательности российского рынка для иностранных заявителей, может быть наиболее адекватным образом представлена благодаря статистике.

В частности, данные ВОИС и Роспатента о государственной регистрации объектов промышленной собственности в РФ таковы: если в 1993 г. было подано 32 216 заявок на изобретения, из которых 28 478 — российскими заявителями, то в 1998 г. — 21 857, из них 16 843 — российскими заявителями. При общем снижении патентно-правовой активности в России доля иностранных заявок в итоговых показателях растет. Доля подаваемых в Роспатент заявок на изобретения от зарубежных заявителей в последние годы стабилизировалась на уровне 25 процентов от общего числа заявок, а доля заявок зарубежных заявителей на регистрацию товарных знаков составляет приблизительно 50 процентов.

Приведенная статистика позволяет сделать вывод об известной привлекательности России как юрисдикции, предоставляющей охрану объектам промышленной собственности, основанную на универсальных и региональных международных договорах, равно как и на современном национальном законодательстве, однако не слишком эффективную и стабильную.

Указанный выше национальный режим в вопросах предоставления прав промышленной собственности, их судебной и иной защиты, а также средств охраны обеспечивает и российское законодательство, поскольку Россия является участницей Парижской конвенции и иных международных договоров в этой области. Так, в соответствии со ст. 36 Патентного закона РФ 1992 г. (а также ст. 62 Конституции, ст. 2 ГК РФ) иностранные физические и юридические лица пользуются правами, предусмотренными в Законе, наравне с физическими и юридическими лицами России в силу международных договоров или на основе принципа взаимности.

В России охрана прав на объекты промышленной собственности осуществляется Патентным законом РФ от 23 сентября 1992 г., законом РФ «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» от той же даты, общими нормами ГК РФ, а также предполагает использование положений третьей и четвертой частей Гражданского кодекса, которые должны содержать специальные материальные нормы и коллизионные правила в области исключительных прав, в том числе промышленной собственности.

Для обеспечения защиты своих личных и имущественных прав на промышленную собственность на территории РФ иностранные граждане и лица без гражданства должны в установленном российским законодательством порядке получить охраняемый документ: патент — на изобретение, промышленный образец; свидетельство — на полезную модель; товарный знак (знак обслуживания) и на право пользования наименованием места происхождения товара. В частности, патент на изобретение

подтверждает право на изобретение, которое охраняется законом. Он юридически закрепляет авторство лица и исключительное право автора на его использование, причем право авторства на изобретение действует бессрочно. Срок действия патента определен в 20 лет с даты поступления заявки в патентное ведомство РФ (ныне — Российское агентство по патентам и товарным знакам (Роспатент)). Заявки иностранцев на получение патента в РФ рассматриваются на общих основаниях с заявками российских граждан.

Заявка на выдачу патента представляется на русском языке (другие документы могут представляться на другом языке, но обязательно с надлежаще оформленным переводом на русский язык). Заявка подается через патентного поверенного, зарегистрированного в установленном порядке. Его полномочия удостоверяются доверенностью, выданной ему заявителем (ст. 15 Закона).

Если изобретение сделано в соавторстве гражданами нескольких государств или в международной организации, имеющей местонахождение на территории РФ, то заявка вначале подается в Роспатент, а затем — в патентное ведомство страны соавтора. В связи с совместной деятельностью, предпринимаемой в соответствии с международными договорами, применяются двусторонние акты, заключенные Российской Федерации со странами СНГ и другими государствами (см., например, Соглашение между Правительством РФ и Правительством США о научно-техническом сотрудничестве в области топлива и энергии от 17 июня 1992 г. и приложение к нему «Интеллектуальная собственность», являющееся его неотъемлемой частью). Форма охраны в отношении совместных технических достижений может также выбираться по взаимной договоренности (см. Соглашение между СССР и Францией «О взаимной охране и использовании прав промышленной собственности» 1970 г.).

В статье 35 Закона предусмотрена возможность патентования объектов промышленной собственности, созданных в РФ, в зарубежных странах. Патентование осуществляется не ранее чем через три месяца после подачи заявки в Патентное ведомство, а в необходимых случаях и ранее указанного срока. В соответствии с принципом национального режима, порядок патентования и охрана прав авторов изобретения определяются законодательством иностранного государства. Заявки подаются через Патентное ведомство РФ, которое имеет тесные связи, во-первых, с аналогичными государственными органами других государств, действующими в данной области, а, во-вторых, с патентными поверенными различных стран.

В связи с этим нельзя не сказать о явлениях, характеризующих тенденции зарубежного патентования российскими заявителями своих технических новшеств за рубежом. Как показывает официальная статистика, с 1991 по 1997 г. происходила бесконтрольная утечка отечественных технологий за границу. Так, из почти 500 патентов, выданных за это время российским заявителям в США, более половины поданы с нарушением Патентного закона РФ, свыше 90 процентов из них подавались непосредственно в патентное ведомство США. Из 109 патентов, также полученных за тот же период с нарушением российского патентного законодательства в КНР, почти половина была получена без подачи заявки в Роспатент.

Весьма динамично функционирующей областью охраны прав промышленной собственности иностранцев в РФ, как следует из данных, приводившихся в начале раздела, является регистрация товарных знаков.

Высокая, как правило, материальная отдача и эффективность обеспечения охраны данного объекта в современных условиях в принципе не вызывает сомнений, а такое специфическое качество российского рынка, как емкость, делают экономическую целесообразность регистрации в РФ еще более весомой. Существует множество примеров прихода и «укоренения» в России обозначений товаров и услуг иностранного происхождения, обладающих мировой известностью. В то же время нередки случаи возникновения разногласий по поводу нарушения режима использования прав либо оспаривания самих фактов предоставления исключительных прав на объект.

В связи с этим встает вопрос, во-первых, об эффективности и конституционности самой системы защиты прав интеллектуальной собственности, в том числе права на товарный знак, которая ныне складывается из процедуры административного рассмотрения спора (Апелляционной и Высшей патентной палатами); во-вторых, неясность, существует ли у заявителей, включая иностранных лиц, право обжалования принимаемых указанными органами решений в судебном порядке, что в общем плане предусмотрено для действий всех категорий государственных органов, общественных организаций и т.д. пунктом 2 ст. 46 Конституции РФ, но далеко не безусловно соответствует нормам специальных российских актов — Патентного закона и Закона о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров. Хотя здесь можно сослаться на практику, дающую основания для соответствующей позиции — своего рода прецедент, а именно: обжалование американской фирмой «Хьюблайн», являющейся дочерней компанией международной британской компании по производству пищевых продуктов и напитков «ГрандМет», решения Апелляционной палаты. Не вдаваясь в существо спора этой фирмы с потомками русского купца Петра Смирнова (в частности, российским предпринимателем Борисом Смирновым), поскольку он широко освещался в печати, обратим внимание на другой аспект решения Верховного суда РФ по делу, связанный с процессуальным порядком разрешения споров на товарный знак. В постановлении ВС РФ признано недействительным решение Апелляционной палаты исходя из высшей юридической силы Конституции РФ и, следовательно, из того, «что все законы и другие нормативные акты, ограничивающие право на судебную защиту, в частности устанавливающие только административный порядок защиты прав, применяться не могут как противоречащие Конституции РФ».

Ввиду установления в российском законодательстве об иностранных инвестициях в Российской Федерации, как ранее действовавшем, так и вновь принятом Федеральном законе от 9 июля 1999 г., возможности формирования уставного (складочного) капитала хозяйственных обществ и товариществ с участием иностранных инвесторов за счет внесения последними исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), имеющих денежную оценку, большое значение приобретают вопросы юридической безупречности таких прав. Существенной проблемой в этом случае становится также правильное решение задачи по надлежащему юридическому оформлению внесения прав интеллектуальной собственности в уставный капитал.

Поскольку основным имущественным правом исключительного характера

правообладателя является *практическое использование* запатентованного или зарегистрированного технического достижения, оно может осуществляться только путем заключения лицензионного договора с владельцем прав. По лицензионному договору обладатель патента обязуется предоставить право на использование охраняемого объекта промышленной собственности в объеме, предусмотренном договором, другому лицу, а последний принимает на себя обязанность вносить патентообладателю обусловленные договором платежи (ст. 13 Закона). Таким образом, в вышеупомянутом случае создания предприятия с иностранными инвестициями для целей внесения и оформления права пользования объектом исключительных прав (а именно в такой форме только и возможно осуществление вклада в уставный капитал) должен заключаться лицензионный договор между правообладателем (иностраным учредителем-инвестором), и создаваемым обществом.

При продаже российских лицензий за границу вознаграждение по желанию автора выплачивается в иностранной валюте. Во всех случаях лицензионный договор подлежит регистрации в Роспатенте РФ. Отсутствие регистрации делает его недействительным. Статистика в этом плане имеет положительную тенденцию: отмечается стабильный рост количества регистрируемых договоров на использование новшеств (с 629 в 1992 г. до 1521 в 1997 г.), что может свидетельствовать о формировании в России рынка промышленной собственности.

Стоит указать еще на одну проблему, имеющую в рамках нашего государства существенную «заграничную» окраску, — «знаменитые» и «общеизвестные» товарные знаки. Несмотря на то что эта категория встречается даже в Парижской конвенции, законодательные разработки, имеющиеся в Российской Федерации, незначительны, хотя при этом и нужно упомянуть подготовку таких документов, как «Правила признания товарного знака общеизвестным в РФ», «Методические рекомендации по выявлению и признанию в РФ общеизвестных товарных знаков». Значимость затронутой проблемы в денежном выражении иллюстрируют такие цифры: стоимость знака «Coca-cola» оценивается в 36 млрд. долл., «Marlboro» — 33 млрд долл., водки «Smirnoff» — в 1,4 млрд. долл.

Статья 6-bis Парижской конвенции обязывает государства отказывать в регистрации или запрещать применение знаков, которые можно спутать с общеизвестным товарным знаком, причем также и в том случае, если в соответствующем государстве-участнике на регистрацию заявляется существенная составная часть общеизвестного знака или его имитация, способные вызвать смешение с ним. Соглашение же ТРИП с так толкует существо общеизвестного знака: «знание этого товарного знака соответствующим сектором общественности, включая знание, полученное в результате его рекламы». Однако на практике доказывание «знаменитости» и «общеизвестности» товарного знака в большинстве случаев весьма затруднительны.

### **Контрольные вопросы:**

1. Что понимается под «интеллектуальной собственностью»?
2. Каковы отличия права интеллектуальной собственности от вещно-правового института собственности?
3. Каковы основы правового регулирования промышленной собственности?
4. Какие многосторонние конвенции заключены в области охраны

промышленной собственности?

5. Как осуществляется правовая охрана промышленной собственности в региональном масштабе?

6. Какова система правового регулирования отношений в области охраны промышленной собственности в Российской Федерации?

7. Каково правовое положение иностранных физических и юридических лиц в России в сфере промышленной собственности?

## Глава 27. Авторское право и смежные права

**Литература:** *Вейнке В.* Авторское право. Регламентация, основы, будущее. М., 1979; *Луиц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 383—410; *Кузнецов М.Н.* Охрана авторских прав в международном частном праве. М., 1988; *Он же.* Охрана результатов творческой деятельности в международном частном праве. М., 1988; Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. Сборник нормативных актов. Авторское право. М., 1988; Права на результаты интеллектуальной деятельности. Авторское право. Патентное право. Другие исключительная права. Сборник нормативных актов. М., 1994; *Турлин А.И.* Международно-правовая охрана смежных прав //Журнал международного частного права. 1993. № 1; *Люка А.* Авторское и смежное право в РФ и ЕС //Сборник докладов и дискуссий по материалам международных семинаров по вопросам интеллектуальной собственности в сфере культуры и искусства. М., 1997; *Милле А.* Правовые аспекты производства, распространения и использования произведений мультимедиа //Бюллетень по авторскому праву. 1996. № 2. Т. XXX; *Гаврилов Э.П.* Комментарий закона «Об авторском праве и смежных правах». М., 1996; Международное частное право. Сборник документов /Сост. *К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков.* М., 1997; *Родриго Э.* Авторское право и права издателей в электронных изданиях //Бюллетень по авторскому праву. 1997. № 3. Т. XXX; *Дозорцев В.А.* Обратная сила закона об авторском праве //Журнал российского права. 1997. № 8; Интеллектуальная собственность: современные правовые проблемы. М., 1998; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 4-е изд. перераб. и доп. М., 2001. С. 287—307; *Геллер Э.П.* Конфликт законов в киберпространстве: международное авторское право //Бюллетень по авторскому праву. 1998, № 1. Т. XXXI; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 376—392; *Силонов И.* Об авторских правах зарубежных правообладателей в России //Интеллектуальная собственность. 1999. № 1. С. 66—74; *Терещенко Л.Н.* Правовые проблемы использования Интернет в России // Журнал российского права. 1999. № 7/8. С. 32—37.

### § 1. Международно-правовое регулирование авторских прав. Многосторонние конвенции в области авторского права

Трудно представить себе такую же область с внутренне присущей тенденцией к выходу за рамки одного государства, как авторское право, с которым в аспекте международного частного права почти каждый сталкивается в повседневной жизни практически ежедневно. Возможность пользования результатами творческой деятельности отдельных лиц и ее неотъемлемой части — авторского права — и соответственно иметь дело с объектами права

интеллектуальной собственности в трансграничном измерении обеспечивают радио, телевидение, видео- и иные технические средства. Авторское право, как пишет П.Э. Геллер, родилось в восемнадцатом столетии, в век книг и живого театра. Тогда суды имели возможность определить географически место, в котором те или иные произведения вышли в свет в печати или на сцене. Сейчас, на пороге двадцать первого столетия, произведения могут создаваться и сразу же представляться публике виртуально, через глобальные компьютерные сети.

В предыдущей главе были показаны главные особенности отношений, складывающихся по поводу интеллектуальной собственности и оказывающих воздействие на характер их регулирования как на национально-правовом уровне, так и в международном масштабе. Подчеркнем еще раз, что эти особенности в ряде случаев могут быть преодолены или по крайней мере снисвелированы только с помощью заключения международных соглашений.

Основным методом регулирования отношений, имеющих юридическую связь с правопорядками различных государств и возникающих по поводу охраны результатов творческой деятельности, в том числе авторского права и смежных прав, на настоящем этапе выступает материально-правовой метод, основанный на разработке национально-правовыми средствами либо путем международного договора «прямых» норм, предназначенных непосредственно для регламентации соответствующих отношений. Несмотря на то что в данной области пока не создано разветвленной системы международно-правовых договоров, которые представляли бы собой законченную совокупность единообразных норм, приемлемых в универсальных рамках, именно в этой сфере существуют старейшие международные соглашения, заложившие международно-правовой фундамент правового регулирования, — Бернская 1886 г. и Парижская 1883 г. конвенции как ведущие действующие акты в области интеллектуальной собственности.

Первым многосторонним договором в области защиты авторских прав стала Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. Конвенция многократно пересматривалась (в 1896 г. — в Париже, в 1908 г. — в Берлине, в 1928 г. — в Гаване, в 1948 г. — в Брюсселе, в 1967 г. — в Стокгольме, последняя редакции имела место в 1971 г. в Париже и была изменена 2 октября 1979 г.). Указанное имеет важное значение правового характера, поскольку для каждого участвующего государства действует редакция Конвенции, к которой оно присоединилось. Вместе с тем в отношениях между участниками—сторонами различных редакций Конвенции действует принцип, согласно которому применяется более ранний по времени текст. Так, в отношениях между Венгрией (Парижская редакция) и Турцией (Брюссельская редакция) действующим является Брюссельский акт Конвенции. В 1994 г. Россия присоединилась к Конвенции в редакции Парижского протокола 1971 г., которая вступила для нее в силу с 13 марта 1995 г. Соответственно в отношениях между Турцией и Россией будет применяться Брюссельский текст. Участники Конвенции создали Бернский союз охраны прав авторов на их литературные и художественные произведения.

Конвенция предусматривает охрану произведения в силу самого факта его создания и не требует для охраны предоставления материального носителя произведения, совершения формальностей, регистрации, депонирования экземпляра произведения, уплаты пошлины или сбора и т.д.: «Пользование этими правами и осуществление их не связаны с выполнением каких-либо формальностей. Такое пользование и осуществление не зависят от существования охраны в стране происхождения произведения» (ст. 5.1).



Конвенция характеризует вполне исчерпывающе объект охраны: «Термин «литературные и художественные произведения» охватывает все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были выражены» (ст. 2.1).

В Бернской конвенции для определения субъекта охраны использован территориальный принцип, согласно которому предпочтение отдается стране происхождения произведения или первого опубликования произведения. Она устанавливает критерии для предоставления охраны: гражданство автора, место выпуска произведения в свет, местожительство автора.

Авторы из числа граждан стран Бернского союза «пользуются в других странах Союза, кроме страны происхождения произведения, в отношении созданных произведений правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем соответствующими законами этих стран своим гражданам, а также правами, особо предоставляемыми настоящей Конвенцией» (ст. 5.1). Таким образом, по Конвенции, регулирование охраны авторских прав на литературные и художественные произведения строится на основе принципа национального режима. Объем охраны, равно как и средства защиты, обеспечиваемые автору для охраны его прав, регулируются с помощью положений Бернской конвенции и соответствующих норм национального права страны, в которой испрашивается охрана. Следовательно, система правового регулирования охраны прав интеллектуальной собственности в сфере авторского права обеспечивается двумя составляющими: *международно-правовыми соглашениями (многосторонними и двусторонними договорами) и источниками национального права конкретного государства.*

Такая же охрана согласно Конвенции предоставляется авторам — гражданам государств, не являющихся членами Союза, если их произведения впервые были опубликованы в одной из стран Союза или одновременно в стране, входящей и не входящей в Союз. Авторы, не являющиеся гражданами какой-либо из стран Союза, но имеющие обычное местожительство в одной из них, *приравниваются* при применении Конвенции к авторам—гражданам соответствующей страны (ст. 3.2). Что касается неопубликованных произведений, то охрана предоставляется только авторам-гражданам стран, входящих в Бернский союз.

Известно, что произведения некоторых советских (впоследствии российских) авторов впервые выпускались в свет не в СССР (России), а за границей. Так, многие музыкальные произведения знаменитого композитора современности Альфреда Шнитке впервые были сообщены для всеобщего сведения в Германии еще в тот период, когда Россия не присоединилась к Бернской конвенции и композитор не переехал в Германию. Несмотря на это, хотя А. Шнитке был гражданином государства, не входящего в Бернский союз, его права как автора-композитора подлежали охране в странах Бернской конвенции на основе постановлений ее статьи 3.1 (б). Аналогичным образом обстояли дела с охраной авторских прав в отношении литературных произведений советских граждан, впервые опубликованных за границей (Б. Пастернака в связи с выходом в свет в Италии романа «Доктор Живаго», А. Солженицына - в отношении его произведения «Архипелаг ГУЛаг», также впервые увидевшего свет за рубежом, и др. авторов).

Здесь важно подчеркнуть некоторую кажущуюся парадоксальность в конвенционном регулировании: оно направлено на защиту прав авторов

из иностранных государств. Подобная охрана не распространяется на права, испрашиваемые в государстве происхождения произведения. К примеру, охрана произведения, впервые опубликованного в Швеции, подчиняется конвенционным правилам во всех странах Союза, за исключением Швеции. В подобном суждении нет противоречия: главным регулирующим эффектом Конвенция в отношении Швеции (равно как и любой другой страны, когда заходит речь о государстве происхождения произведения — члене Союза) после подписания или присоединения к международному документу выступает ее обязанность подготовить свое законодательство и правопорядок в целом к увязке с конвенционными нормами. В результате Конвенция уже вошла «в плоть и кровь», «букву и дух» национального права данной страны происхождения.

Конвенция установила срок охраны авторских прав — период жизни автора и 50 лет после его смерти. Однако для некоторых видов произведений установленные Конвенцией сроки могут варьироваться. В частности, для произведений кинематографии страны Союза вправе предусмотреть, что срок охраны истекает спустя 50 лет после того, как произведение, с согласия автора, стало доступным для всеобщего сведения, либо, если в течение 50 лет со времени создания это событие не наступит, срок охраны истекает спустя 50 лет после создания произведения.

Это минимальный срок, что буквально зафиксировано в самом документе: «Положения настоящей Конвенции не препятствуют установлению более высокого уровня охраны, который может предоставляться законодательством той или иной страны Союза» (ст. 19). Следовательно, необходимо констатировать, что в международном соглашении установлен минимальный стандарт охраны (принцип «минимального уровня охраны»), который вполне может быть превзойден в национальном праве конкретной страны. Если по закону страны — участницы Союза, в которой предъявляется требование об охране, срок является более продолжительным, то применяется установленный в этой стране срок. Однако он не может быть более продолжительным, чем срок действия авторского права, который установлен в стране, где произведение было впервые опубликовано, если в то же время законом этой страны не предусмотрено иное (ст. 7). По существу, данное правило представляет собой не что иное, как изъятие из принципа национального режима, провозглашенного Конвенцией. Однако в остальном пользование правами и объем охраны, предоставленные в одной стране в силу ее национально-правовых предписаний, не зависят от соответствующих установлений, действующих в стране происхождения произведения.

Скажем, автор произведения, гражданин государства «N», являющегося участником Бернской конвенции, в котором срок охраны авторского права установлен в 60 лет, впервые опубликовал литературное произведение (роман) у себя на родине. Если его роман будет издаваться на территории ФРГ, которая предоставляет охрану согласно своему национальному акту — Закону об авторском праве от 9 сентября 1965 г. (в редакции Дополняющего закона об изменении предписаний в области авторского права от 24 июня 1985 г.) — в течение всего периода жизни автора и 70 лет после его смерти, то при испрашивании охраны на это произведение в Германии автор — гражданин страны «N» должен иметь в виду, что в силу упомянутых положений Бернской конвенции, а также Закона об участии в международных конвенциях по авторскому праву, его авторское право на данное произведение будет защищаться в течение срока его жизни плюс 60 лет, поскольку в стране первого

опубликования указанного литературного произведения срок охраны составляет 60 лет, т.е. меньше, чем 70 лет, а также поскольку § 140 Закона ФРГ об авторском праве прямо указывает, что в ФРГ охрана не может предоставляться в течение срока, более продолжительного, чем тот, который предоставляется в стране происхождения произведения.

Вследствие того что в Бернской конвенции содержится определенное число материально-правовых предписаний, непосредственно регулирующих важные аспекты авторских прав, а с другой стороны, в ней широко используется отсылка к национальному праву государств-участников, с этой точки зрения права авторов подразделяются на две группы: первую группу составляют установленные национальным законодательством стран—участниц международного договора личные неимущественные и имущественные права, вторую — те правомочия, которые установлены самой Конвенцией.

Таким образом, авторы литературных и художественных произведений, охраняемых Бернской конвенцией, пользуются следующими правами, предусмотренными этим соглашением: переводить и разрешать переводы своих произведений (ст. 8); разрешать воспроизведение этих произведений любым образом и в любой форме (ст. 9); разрешать переделки, аранжировки и другие изменения своих произведений (ст. 12). Статья 10 Бернской конвенции допускает цитирование произведений с обязательным указанием источника и имени автора произведения. Конвенция предполагает последующее осуществление этих и других прав в единообразном порядке всеми странами-участницами, поскольку на них лежит международно-правовое обязательство приведения в соответствие своего национального права с конвенционными нормами, вытекающее из участия в договоре.

Если произведения выпускаются в нарушение правил (контрафактная продукция), то, согласно ст. 16 Бернской конвенции, все контрафактные экземпляры произведения подлежат аресту в любой стране, в которой это произведение пользуется правовой охраной.

Статья 6 касается неимущественных прав автора, в частности права требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора.

В связи с этим следует обратить внимание на то, что в традициях охраны литературной и художественной собственности (авторского права) средствами континентального права значителен разграничение категорий имущественных и личных неимущественных авторских прав, с особым выделением понятия так называемых моральных прав, куда входит право на имя, право на авторство, право на неискажение произведения и т.д. В некоторых странах в национальных актах по авторскому праву содержатся специальные разделы, посвященные «моральным правам» (см., например, законодательство Франции, ФРГ, в известной мере Дании и особенно Японии). Указанное не свойственно практике англосаксонских стран, чьи законодательные акты об авторском праве, судебная и иная правоприменительная практика не придерживаются этой категории.

Способствуя охране интересов авторов в международном масштабе, Бернская конвенция ограничивает, как показано, возможность свободного использования произведений (путем установления требования о необходимости получения согласия обладателей прав, выплаты гонорара и т.д.) и тем самым в ряде случаев входит в противоречие с насущными потребностями в развитии науки, образования, культуры развивающихся стран. По их инициативе в 1967 г.

на Стокгольмской конференции наряду с пересмотренным текстом Конвенции был предложен особый протокол, предусматривающий льготы для развивающихся стран. Однако в результате противодействия западных государств, защищающих интересы крупных издательских и звукозаписывающих компаний и фирм, а также иных правообладателей объектов интеллектуальной собственности, которыми в условиях рыночной экономики в большинстве случаев выступают крупные объединения, протокол не стал действующим документом. Тем не менее шаги по достижению компромисса в рамках международного сообщества продолжались, вследствие чего на Парижской конференции в 1971 г. в текст Бернской конвенции был все же включен ряд правил, хотя и менее льготных, чем в протоколе, облегчающих распространение литературы, преимущественно переводной, в учебных и научных целях в развивающихся странах.

Бернская конвенция 1886 г. не единственный международный документ, регулирующий на протяжении длительного времени отношения по охране литературных и художественных результатов творческой деятельности. В Латинской Америке практически сразу после Бернской конвенции в г. Монтевидео принимается Межамериканская конвенция об авторском праве 1889 г. В ней имеется ряд положений, сходных с положениями Бернской конвенции 1886 г., но существуют и отличия. Так, Бернская конвенция исходит из принципа гражданства автора и места первой публикации произведения как критерия защиты, в то время как по Межамериканской конвенции гражданство автора не имеет значения. Бернская конвенция не содержит ограничений права автора осуществлять или разрешать перевод, конструируя его как исключительное право автора, хотя и предоставляет государствам возможность сделать оговорку в отношении этого права при присоединении к акту. Конвенция же, заключенная в Монтевидео, не применяет институт оговорки. Последовавшая за ней в 1946 г. Вашингтонская конвенция, объединяющая около 15 американских государств, заменила собой все предшествующие соглашения по авторскому праву, принятые в Мехико, Каракасе, Гаване и Рио-де-Жанейро. Еще одним отличием межамериканских конвенций по авторскому праву от Бернской (а впоследствии и Всемирной) конвенции является то, что они объявляют приоритет норм подписанных позднее соглашений, тогда как Бернская или Всемирная конвенции не препятствуют наличию иных соглашений между отдельными ее участниками. Однако в случае расхождения норм таких соглашений с принципами Бернской и Всемирной конвенции закрепляется преимущество последних. Тем не менее особые положения об иерархии норм международных соглашений (ст. 18 Всемирной конвенции) действуют только и исключительно для отношений между американскими государствами. В результате нормы межамериканских конвенций, заключенных до принятия Всемирной конвенции и присоединения к ней их участников, которые противоречат последней, уступают ей место. Однако нормы более поздних по отношению к Всемирной конвенции межамериканских соглашений, получив приоритет, будут превалировать над нормами Бернской и Всемирной конвенций.

В Бернской конвенции не участвовали Соединенные Штаты Америки, ибо национальное законодательство этой страны строилось на основе предоставления охраны авторского права с учетом совершения формальных процедур, в то время как Бернская конвенция не требует осуществления каких-либо формальностей для обеспечения охраны произведения. Это обстоятельство обуславливало неучастие в Бернском союзе и многих других государств, стоящих на аналогичных американской позициях в части национально-правового регулирования авторских прав.

Таким образом, задача достижения приемлемого для большинства стран мира, принадлежащих к различным системам охраны, международно-правового регулирования после второй мировой войны стала достаточно острой. В этот период под эгидой ЮНЕСКО начались работы по созданию всемирной системы охраны авторских прав, которые в начале 50-х гг. привели к завершению разработки проекта. В 1952 г. в Женеве по инициативе США была подписана Всемирная конвенция об авторском праве. СССР присоединился к Конвенции 27 мая 1973 г. в редакции 1952 г. Россия участвует в соглашении на основе договорного правопреемства после СССР. С 13 марта 1995 г. для Российской Федерации действуют данная Конвенция в редакции от 24 июля 1971 г., а также Дополнительные протоколы 1 и 2, подписанные в Париже в 1971 г. К Конвенции присоединились также и другие страны—члены СНГ.

Всемирная конвенция была рассчитана на применение в универсальном масштабе. Ее цель — создание международно-правового инструмента для широкого круга государств, с тем чтобы облегчить распространение литературных и художественных произведений. В настоящее время участниками Конвенции являются около 90 государств.

Так же как и Бернская конвенция, Всемирная конвенция исходит из принципа национального режима и отсылки к внутреннему праву, но, в отличие от Бернской, этот принцип играет здесь доминирующую роль, поскольку в ней содержится небольшое количество материально-правовых норм, отсылающих к внутреннему законодательству. Тем самым Всемирная конвенция в меньшей степени затрагивает вопросы охраны авторских прав, связанных с различиями регулирования во внутреннем законодательстве. По своему содержанию она носит более гибкий характер, устанавливая не слишком высокий уровень охраны и имея в своем составе меньшее количество прямых материально-правовых правил, что облегчает присоединение к ней государств с различными уровнями развития, содержанием внутригосударственных норм в области авторского права. В этой Конвенции представлены государства с различными системами авторского права, хотя в настоящее время с присоединением, например, США и Российской Федерации к Бернской конвенции членство в двух основных международных соглашениях, действующих в этой сфере, все больше совпадает.

В статье II Конвенции перечислены объекты охраны: «1. Выпущенные в свет произведения гражданами любого договаривающегося государства, равно как произведения, впервые выпущенные в свет на территории такого государства, пользуются в каждом другом Договаривающемся государстве охраной, которую такое государство предоставляет произведениям своих граждан, впервые выпущенным в свет на его собственной территории. 2. Не выпущенные в свет произведения граждан каждого Договаривающегося государства пользуются в каждом другом Договаривающемся государстве охраной, которую это Государство предоставляет не выпущенным в свет произведениям своих граждан. 3. Для целей настоящей Конвенции любое Договаривающееся

государство может в порядке своего внутреннего законодательства приравнять к своим гражданам лиц, домицилированных на территории этого государства».

Таким образом, Всемирная конвенция, как и Бернское соглашение, закрепляет национальный режим и предусматривает минимальную охрану авторских прав на опубликованные произведения для граждан государств, участвующих в Конвенции, даже и в тех случаях, когда произведение впервые было опубликовано на территории государства, не участвующего в данной Конвенции.

Среди определенных новелл, введенных Конвенцией 1952 г., нужно назвать, во-первых, институт «выпуска в свет» произведения, с которым и этим актом, и в ряде случаев национальным законодательством определенных государств связывается начало исчисления срока предоставляемой охраны. «Под выпуском в свет, — говорится в ст. 6 Конвенции, — следует понимать воспроизведение в материальной форме экземпляров произведения и предоставление неопределенному кругу лиц возможности читать его или знакомиться с ним путем зрительного восприятия». Необходимо отметить, что подобное содержание и само понятие данной категории вошло в национальное право многих государств, участвующих в Конвенции. В их числе и Российская Федерация, в законе «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г., которой эта дефиниция в смысловом отношении получила адекватное отражение. Статья IV п. 2 Конвенции устанавливает, что в договариваемом государстве, в котором ко времени вступления в силу на его территории Конвенции «срок охраны не исчисляется, исходя из продолжительности жизни автора, этот срок может исчисляться со дня первого выпуска в свет произведения». Этот срок не может быть короче 25 лет. Аналогичным с Бернской конвенцией образом Всемирная конвенция оперирует таким понятием, как «страна происхождения» [см. ст. 4. 4(a)], вводя в оборот инструмент, именуемый «сравнением сроков», выраженный в конвенционном положении о том, что ни одно государство не обязано обеспечивать охрану произведения в течение срока более продолжительного, чем тот, который установлен для произведений данной категории законом участвующей в Конвенции страны автора, если речь идет о невыпущенном в свет произведении; если же речь идет о выпущенных в свет произведениях — законом участвующей в Конвенции страны, в которой произведение впервые выпущено в свет. При этом страной происхождения невыпущенного в свет произведения считается государство гражданства автора. Произведение гражданина договариваемого государства, впервые выпущенное в свет на территории государства, не участвующего в Конвенции, считается впервые выпущенным в свет в договариваемом государстве, гражданином которого является автор (ст. IV п. 5). Тем самым, естественно, расширяется сфера действия принципа национального режима, причем не только посредством его применения к лицам, не являющимся гражданами договариваемых государств, но проживающим (домицилированным) на их территориях, а также и к другим субъектам в случаях первого выпуска в свет произведения гражданами договариваемых государств в участвующих странах.

Статья V Конвенции устанавливает права авторов, к которым относятся их исключительное право переводить, выпускать в свет переводы и разрешать перевод и выпуск в свет переводов произведений. Это право авторов носит международный характер по самой своей сути и поэтому нуждается в специальном регулировании. Оно является особым правом авторов, получившим специальную охрану во Всемирной конвенции. Обладатель

авторского права в соответствии с Конвенцией имеет исключительное право на перевод и переиздание своего произведения. Нельзя в другой стране издать перевод произведения без разрешения того издательства, которое впервые выпустило его в свет. К тому же вступает в действие и другое имущественное правомочие правообладателя — право на получение соответствующего вознаграждения.

Вместе с тем и в этом вопросе Конвенция предусматривает регулирование с помощью средств национального права: «внутренним законодательством государств будут установлены меры, необходимые для обеспечения носителю права на перевод справедливого вознаграждения в соответствии с международной практикой...» (ст. V п. 2). Тот же метод отсылки к национально-правовому регулированию используется Конвенцией применительно к отдельным категориям произведений. Так, предусматривая изъятие из конвенционного режима установления минимального срока охраны произведений, ст. IV п. 2 объявляет, что положения Конвенции не распространяются на фотографические произведения и произведения прикладного искусства. Однако в договаривающихся государствах, предоставляющих такую охрану указанным видам произведений, «поскольку они являются художественными произведениями», срок охраны таких произведений не может быть короче 25 лет.

Анализируя нормы Конвенции, некоторые авторы высказывают мнение, что ее положения, не содержащие конкретного правила поведения в отношении того или иного обстоятельства (соответствующего срока охраны, предоставления либо непредоставления охраны какому-либо объекту и т.д.), а отсылающие к национальному закону, представляют собой коллизионные нормы. С этим трудно согласиться, имея в виду специфические особенности коллизионных норм как норм международного частного права, т.е. правил поведения, решающих проблему *выбора права* и указывающих, какой правопорядок надлежит применить к данному общественному отношению. Другими словами, коллизионная норма как таковая обеспечивает надлежащее средство разрешения коллизионного вопроса. В этом суть и назначение коллизионных норм в международном частном праве. Если же рассматривать коллизионные нормы как технические инструменты осуществления отсылки, которые весьма часто применяются в праве в самых различных его отраслях, то в этом варианте приведенное утверждение могло бы быть принято только в некотором смысле, т.е. в значении отсылочной нормы, обеспечивающей упрощение юридической техники при формулировании правил поведения. В действительности же, как представляется, в данном случае речь идет о материальных нормах, указывающих случаи обращения к национальному законодательству соответствующего государства.

Чтобы примирить национально-правовые предписания государств, требующие совершения формальных действий для целей получения охраны, с конвенционным регулированием, Конвенция предусматривает помещение на произведениях знака охраны авторского права, состоящего из специального символа «С» в окружности, указания обладателя авторского права и года первого выпуска в свет как средства подтверждения осуществленных

формальностей.

Как отмечалось выше, Всемирная конвенция устанавливает целый ряд льгот для развивающихся стран. Это свободное использование выпущенных в свет произведений в учебных и научных целях, свобода радио- и телевизионных передач. Также предусмотрен сокращенный срок действия авторского права, выдача государством принудительных лицензий на перевод произведений в целях развития национальной науки, культуры, образования. Развивающимся странам также предоставлено право на перевод произведений по истечении 10 лет после выхода произведения в свет.

В 1971 г. в Конвенцию были включены два Дополнительных протокола, касающиеся применения ее положений к лицам без гражданства и беженцам, а также к произведениям, издаваемым различными международными организациями.

Всемирная конвенция не имеет обратной силы, вследствие чего, например, произведение автора-иностранца, опубликованное на территории РФ (СССР) до ее (его) вступления в Конвенцию 1952 г., не подлежит охране с помощью ее норм.

Скажем, в июне 1973 г. наследники Этель Лилиан Войнич не были вправе претендовать на 25-летний срок охраны произведений после смерти автора и выплату гонорара, как это установлено во Всемирной конвенции, в отношении опубликования на территории СССР в 1972 г. ее произведений и поскольку в то время в Советском Союзе действовало законодательство, в силу которого этот срок определялся 15 годами, а в 1972 г. СССР в Конвенции не участвовал. Другой пример. Эрнест Хемингуэй умер в 1961 г., то есть право на его произведения возникло до 1973 г. В результате даже после присоединения нашей страны к Всемирной конвенции романы этого автора правомерно могли издаваться в СССР без договоров с правопреемниками и выплаты вознаграждения, ввиду именно того, что Конвенция не предусматривает возникновения права на основе принципа обратной силы.

Особого внимания заслуживают положения Конвенции, затрагивающие соотношение ее норм с другими международными договорами. Выше отмечалось решение этого вопроса применительно к межамериканским конвенциям. Кстати, примечательно, что подобный аспект получил непосредственное отражение в тексте Конвенции 1952 г. (ст. XVIII). В том же, что касается действия Конвенции и других международных соглашений, то правила, содержащиеся в ст. XIX, весьма отчетливы: «Настоящая Конвенция не лишает силы конвенции и многосторонние, и двусторонние соглашения по авторскому праву, действующие между двумя или несколькими договаривающимися государствами. В случае расхождений между постановлениями одной из этих конвенций или одного из этих соглашений и постановлениями настоящей Конвенции преимущество будут иметь положения настоящей Конвенции».

Поскольку в Женевской конвенции 1952 г. содержится гораздо меньше материально-правовых норм, «напрямую» регулирующих отношения, связанные с охраной авторских и смежных прав, по сравнению с Бернской конвенцией, можно найти объяснение более широкому применению именно Всемирной конвенции. Однако не слишком высокий уровень охраны, предоставляемый ее нормами, уже не может удовлетворить участвующие в ней



государства. Вот почему в последние годы существенно расширился круг участников Бернской конвенции. Ряд авторов высказывают предположения, что в будущем может произойти либо слияние этих конвенций на основе выработки современной общей для них редакции, либо создание нового международного соглашения, охватывающего государства, участвующие в Бернской, Всемирной и, возможно, американских конвенциях.

Современным документом, опосредствующим значительный прогресс в области многостороннего регулирования прав интеллектуальной собственности, включая и авторское право, явился документ, разработанный и принятый в рамках Всемирной торговой организации (ВТО), — Соглашение об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности (сокр. от англ.: Agreement on Trade—Related Aspects of Intellectual Property Rights, Including Trade in Counterfeit goods — TRIPs), заключенное в рамках Уругвайского раунда ГАТТ и вступившее в силу с 1 января 1995 г.

Данное соглашение содержит весьма детальное регулирование отношений по поводу объектов интеллектуальной собственности. Структурно оно состоит из четырех частей: 1. Основные положения и принципы. 2. Стандарты, определяющие наличие, сферу действия и использование прав интеллектуальной собственности. 3. Осуществление прав интеллектуальной собственности. 4. Приобретение и поддержание прав интеллектуальной собственности. Соответствующие действия, предпринимаемые договаривающимися сторонами.

В этих рамках закрепленное в Соглашении регулирование характеризуется следующими основными положениями. Во-первых, документ устанавливает минимум стандартов охраны в отношении институтов интеллектуальной собственности, предусмотренных в нем, которые должны обеспечиваться договаривающимися государствами. Определен перечень охраняемых основных прав на объекты и допустимые исключения, установлен минимальный срок охраны. Примечательно, что текст Соглашения ТРИПС инкорпорировал соответствующие положения Бернской (ст. 6-bis в ред. 1971 г.) и Парижской конвенций, за исключением норм Бернской конвенции о моральных правах. Можно предположить, что последнее обусловлено противопоставлением по крайней мере, двух подходов к охране авторских прав, закрепленных соответственно в системе континентального права, которому известна категория «моральных прав», и «общего права» (прежде всего Великобритании и США), строящего регулирование на основе концепции «copyright», в наименовании чего отсутствует даже самое понятие «автор». Коль скоро в ТРИПС обойдена категория «моральных прав», нетрудно заметить, что предпочтение в данном случае оказано именно конструкции англосаксонского права. Обращает на себя внимание также и то, что Соглашение непосредственно в своем тексте подчеркивает связанность, за упомянутыми изъятиями, положениями Бернской конвенции: «Договаривающиеся Стороны обязуются соблюдать ст. 1—21 Бернской конвенции (в ред. 1971 г.), а также Приложения».

Во-вторых, Соглашение определяет основные принципы, применяемые во внутренних процедурах государств-участников, направленных на осуществление прав интеллектуальной собственности (административные, гражданско-правовые, судебные средства защиты, предоставляемые государствами правообладателям для защиты прав в случаях их нарушения). В-третьих, в соответствии с Соглашением все споры между членами ВТО в связи с исполнением ими взятых на себя обязательств подлежат разрешению посредством процедур, принятых для разрешения споров в ВТО.

Вместе с тем член ВТО вправе самостоятельно избирать в рамках конституционных и иных процедур способы и средства осуществления норм международного соглашения во внутригосударственной сфере. Они могут также предоставить более широкую защиту прав интеллектуальной собственности, чем это предусмотрено в нормах Соглашения. Правовое регулирование, содержащееся в Соглашении, преследует цель создания действенной системы предотвращения нарушений авторского и иных прав интеллектуальной собственности в отношениях между странами-членами ВТО. Для достижения этого III часть Соглашения ставит задачу разработки порядка осуществления прав на результаты интеллектуальной деятельности, который обеспечивал бы эффективные и оперативные меры борьбы против любого нарушения прав. Статья 45 Соглашения требует от государств наделить судебные органы правом обязывать лицо, нарушившее право, возмещать правообладателю ущерб в размере, достаточном для компенсации вреда, нанесенного ему в результате нарушения прав причинителем вреда, который умышленно или по неосторожности нанес ущерб.

Представляет интерес перечень объектов охраны, предусмотренный Соглашением ТРИПС: объекты авторского права, в числе которых особо выделяются компьютерные программы и базы данных, смежных прав, причем к последним относятся права исполнителей, производителей фонограмм (звукозаписей), организаций вещания; товарные знаки и права зарегистрированных фирменных наименований; географические названия в наименованиях мест происхождения товаров, при этом особо оговаривается дополнительная защита географических названий в наименованиях вин и спиртных напитков; промышленные образцы, созданные лицом независимо от других субъектов, и характеризующиеся новизной и оригинальностью; патенты на изобретения (устройство или способ) во всех отраслях техники при условии, что изобретение обладает изобретательским уровнем, является новым и промышленно применимым. В данном случае нельзя не заметить, что Соглашение оставило неприкосновенным архаизм Парижской конвенции — указание в числе объектов охраны промышленной собственности «патента на изобретение». Кроме того, охраняются топологии интегральных микросхем, а также нераскрытая (конфиденциальная) информация.

Анализируемый международный договор закрепляет фундаментальные принципы, на основе которых строится правовое регулирование взаимной охраны прав интеллектуальной собственности стран-участниц (ст. 3, 4, 5). Это — принцип национального режима и принцип наибольшего благоприятствования. Члены ВТО вправе самостоятельно избирать способы осуществления норм Соглашения в пределах национальной юрисдикции и, кроме того, предоставить более широкую защиту по сравнению с нормами Соглашения (ст. 1).

В связи с появлением современных технологий, обусловивших новые объекты авторских прав, в рамках ВОИС был разработан Договор об авторском праве, принятый в Женеве 20 декабря 1996 г., являющийся в соответствии с его постановлениями специальным соглашением в смысле ст. 20 Бернской конвенции, не затрагивающим действия иных международных актов и не умаляющим никаких прав и обязательств по любому другому договору (ст. 1).

В плане участия России в иных международных многосторонних конвенциях, помимо названных, Указом Президента РФ от 7 октября 1993 г. было дано поручение министерству иностранных дел РФ о рассмотрении вопроса о присоединении Российской Федерации к Многосторонней конвенции об

избежании двойного налогообложения выплат авторского вознаграждения 1979 г. (о присоединении России к международным соглашениям в области смежных прав см. далее).

***Сотрудничество в области авторских и смежных прав в СНГ.*** После образования Содружества Независимых Государств встал вопрос о правопреемстве новых государств в отношении прав и обязательств СССР по Всемирной конвенции об авторском праве. 24 сентября 1993 г. одиннадцать стран, ранее входивших в состав СССР в качестве союзных республик, заключили Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав, которое вступило в силу 6 мая 1995 г. (для Российской Федерации 3 апреля 1995 г.).

В соответствии с Соглашением его участники обязывались обеспечить на своих территориях соблюдение международных обязательств бывшего СССР по Всемирной конвенции об авторском праве. Соглашение предусматривает, что в отношениях между собой они будут применять положения Всемирной конвенции об авторском праве: государства—участники Соглашения «обеспечивают на своих территориях выполнение международных обязательств, вытекающих из участия бывшего Союза ССР по Всемирной конвенции об авторском праве (в редакции 1952 года), исходя из того, что дата вступления в силу указанной Конвенции для бывшего СССР (27 мая 1973 года) является датой, с которой каждое государство-участник считает себя связанным ее положениями» (ст. 1).

Однако смысл заключенного странами Содружества международного договора состоит не только в том, чтобы подтвердить свою связанность обязательствами, зафиксированными во Всемирной конвенции, поскольку это вытекает из самого их участия в данном международном соглашении, но также и обеспечить согласованный режим охраны более ранним, т.е. предшествующим присоединению СССР к Всемирной конвенции, произведениям. В частности, в ст. 2 Соглашения говорится: «Государства-участники применяют Всемирную конвенцию об авторском праве (в редакции 1952 года) в отношении между собой как к произведениям, созданным после 27 мая 1973 г., так и к произведениям, охраняющимся по законодательству Государств-участников до этой даты, на тех же условиях, которые установлены национальным законодательством в отношении своих авторов. Сроки охраны авторского права устанавливаются в соответствии с законодательством того Государства-участника, которое предоставляет охрану, однако оно не обязано обеспечивать охрану в течение срока более продолжительного, чем срок охраны, установленный в другом соответствующем Государстве-участнике». Совершенно очевидно, что в юридическом плане речь идет в данном случае о двух принципах: принципе национального режима, который предоставляется общим порядком, — приравниванию в правах авторов из договаривающихся государств к собственным авторам (отечественным гражданам), и принципе взаимности — каждое из участвующих в международном договоре государств пользуется тем же самым режимом в других государствах. С другой стороны, уточнение о том, что срок предоставляемой на основе Соглашения охраны авторских прав не может быть более продолжительным, чем в соответствующем государстве, есть не что иное, как правило о материальной взаимности.

Страны—участницы СНГ также взяли на себя обязательства предпринять необходимые меры для разработки такого национального законодательства в сфере охраны авторских и смежных прав, которое отвечало бы требованиям

действующих международных договоров в этой области, и прежде всего Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, Женевской конвенции об охране производителей фонограмм от незаконного воспроизведения их фонограмм, Римской конвенции об охране прав артистов-исполнителей.

Участники Соглашения обязались также проводить совместную работу по борьбе с незаконным использованием авторских и смежных прав, способствовать созданию национальных организаций для управления авторскими правами. В нем страны-участницы наметили меры по устранению двойного налогообложения авторского и иного вознаграждения. Соглашение является открытым для стран, ранее входивших в состав Союза ССР.

**Правовое регулирование современных отношений в области авторского права в ЕС.** В процессе европейской интеграции в соответствии с Римским договором 1957 г., создавшим Европейское экономическое сообщество (ЕЭС), Единым европейским актом от 14 и 28 февраля 1986 г., целью которого явилось укрепление и переход, начиная с 1 января 1993 г. стран-участниц Общего рынка к единому рынку, для достижения целей унификации законодательства различных государств, входящих в Союз, были разработаны и осуществлены 300 директив и постановлений органов Сообщества (Европейской Комиссии и Совета Министров) в разнообразных областях производства, экономики, науки, культуры, образования и т.д. В рамках Европейского союза унификация в сфере авторского права происходит путем принятия директив, т.е. правовых актов, содержащих нормы, обязывающие участников Сообщества привести в соответствие с международными предписаниями свое национальное законодательство. При этом сохраняется свобода выбора каждым из государств форм и средств реализации такого согласования собственного права с правом Сообщества.

В последние годы в области национально-правовой и международно-правовой охраны интеллектуальной собственности особую актуальность получили вопросы, относящиеся к компьютерным технологиям, электронным средствам связи и т.п. Вследствие этого в отсутствие широкого международного документа, который регулировал бы подобные отношения в универсальном масштабе, страны Евросоюза путем принятия соответствующих директив предпринимают попытки по ликвидации пробелов в правовом регулировании. Так, государства—члены Евросоюза обязались инкорпорировать в свое национальное право содержание нескольких директив: по компьютерным программам, правам на аренду и прокат, спутниковому телевидению и кабельной ретрансляции, правовой охране баз данных и сроку охраны авторского права (70 лет с даты смерти автора). Представляется целесообразным особо остановиться на директиве № 92/100/СЕЕ «О защите баз данных».

Исходя из ст. 16 Директивы государства-члены должны привести свое законодательство в соответствие с ее нормами до 1 января 1998 г. Национальные акты, принятые во исполнение этой Директивы, должны содержать ссылку на нее или сопровождаться ссылкой на Директиву при их официальном опубликовании. Кроме того, государства—члены Евросоюза обязаны были представить в Комиссию ЕС тексты проектов таких национальных законов, которые они обязались принять для урегулирования отношений, затрагиваемых Директивой.

Рассматриваемая Директива представляет интерес постольку, поскольку в

ней, помимо традиционных аспектов авторского права, предусматривается также защита так называемых прав *sui generis* (прав особого рода). Предлагается ввести эту конструкцию в сферу правовой охраны прав составителей баз данных. Ее сущность заключается в том, чтобы признать базу данных «единственным в своем роде» произведением, так как оно предполагает не только само по себе творческую деятельность при отборе и классификации данных, но к тому же и творчество особого характера. Заметим, что по смыслу документа защита предоставляется не произведению как таковому, а тем инвестициям, которые были вложены в создание объекта — базы данных. В этом плане становится понятным, что в таком случае о принципиальных идеях, положенных в основу авторского права, говорить не приходится.

Право *sui generis* в отношении создателя базы данных действует с момента завершения составления объекта в течение 15 лет, начиная с 1 января года, следующего за датой завершения составления базы данных. Статья 10 Директивы предусматривает защиту объекта на принципах самостоятельности охраны в случаях, если любое значительное изменение, накопление или удаление информации, имеющее качественную или количественную оценку, позволяет подойти к произведенным добавлениям, удалениям или изменениям соответствующей базе данных как к объекту, вместившему в себя значительные новые вложения. Созданная таким способом база данных получит охрану на основании объекта права «особого рода».

Французские правоведы, кроме того, предлагают распространить право *sui generis* и на создателей таких объектов, как CD-ROM (Compact Disk read-only memory) мультимедиа, — поскольку непосредственный объект представляет собой специфическое произведение, создание которого требует организации внешней среды, структурирования команд, установления демонстрационных зон, обеспечения контакта с произведением, авторской обработки текстов путем логической компоновки, графического и иных видов изображения, включая рисунок, линии, цвет, формы, в статическом и динамическом выражении, и т.д., к тому же при их создании остро встает проблема так называемых каскадных прав.

В 1995 г. в рамках Европейского союза была распространена «Зеленая книга», обратившаяся к проблемам примененного законодательства, исчерпания прав, прав на аренду и прокат, предоставления в безвозмездное временное пользование, права на распространение моральных прав, а также систем идентификации и управления правами при компьютерно-сетевой передаче.

***Двусторонние договоры в области охраны авторских прав.*** Двусторонние договоры в области охраны интеллектуальной собственности служат традиционным инструментом международного сотрудничества в вопросах взаимного предоставления охраны авторам—гражданам договаривающихся государств. Ввиду того что многие государства в течение длительного времени были участниками лишь какой-то одной из многосторонних конвенций (будь то Бернской или Всемирной), единственным средством «связать» участвующие в них порознь государства было заключение двустороннего соглашения по охране авторского права. В частности, в свое время для СССР, а затем и для Российской Федерации наличие заключенных двусторонних договоров с другими странами обеспечивало получение охраны для отечественных авторов в тех странах, которые не были участниками, скажем, Всемирной конвенции. Аналогичной позиции придерживались и США, которые так же, как и СССР (Россия), долгое время (до 1989 г.) не присоединялись к Бернской конвенции. Отметим, что один из ранних двусторонних договоров в рассматриваемой

области Соединенными Штатами Америки был подписан в 1911 г. с Венгрией.

Ныне действующие международные соглашения Российской Федерации о взаимной охране авторских прав были заключены со следующими странами: с Австрией (16 декабря 1981 г.), Арменией (25 июня 1993 г.), Венгрией (16 ноября 1977 г.), Польшей (4 октября 1974 г.), Словакией (18 марта 1975 г.), Чехией (18 марта 1975 г.), со Швецией (15 апреля 1986 г.), с КНР (Соглашение в области охраны прав интеллектуальной собственности от 25 апреля 1996 г.).

Необходимо отметить, что такие соглашения нередко дополняют международные договоры более общего характера — соглашения о культурном или научном сотрудничестве.

В этих договорах на основе взаимности устанавливался принцип национального режима в отношении охраны произведений авторов-граждан договаривающихся государств. Например, в Договоре, заключенном в 1974 г. с Польшей, предусматривался подобный режим также и применительно к гражданам третьих стран и их правопреемникам, если их произведения были выпущены впервые в свет на территориях договаривающихся государств. Таким лицам охрана обеспечивалась на тех же основаниях, что и для собственных граждан договаривающихся сторон.

Советско-австрийское Соглашение, вступившее в силу с 11 июля 1983 г., обеспечивает на территории России охрану только в отношении неопубликованных произведений австрийских авторов (независимо от даты их создания, при условии, что не истекли сроки действия авторских прав). Применительно к опубликованным произведениям в ст. 2 установлено, что если произведения были опубликованы до вступления в силу Соглашения на территории другой договаривающейся стороны в качестве неохраняемых, то они будут считаться неохраняемыми на указанной территории и после вступления в силу данного Соглашения. Неохраняемыми на территории СССР были все произведения австрийских (и иных) авторов до даты вступления в силу присоединения СССР к Всемирной конвенции 1952 г. Таким образом, если произведение австрийского гражданина было опубликовано на территории России до 27 мая 1973 г. (даты присоединения к Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г.), то такое произведение признается неохраняемым, если же после этой даты, — охраняемым.

В реальной жизни проблемы взаимной охраны авторских прав граждан различных стран и постоянно проживающих на их территориях лиц-неграждан нередко решаются в рамках деятельности и международного сотрудничества специальных организаций, если следовать терминологии российского Закона об авторском праве и смежных правах, «управляющих имущественными правами на коллективной основе». Такими организациями в Российской Федерации являются РАО — Российское авторское общество и две организации в области смежных прав: РОСП — Российское общество исполнителей и производителей фонограмм, созданное в 1997 г., и РОУПИ — Российское общество по управлению правами исполнителей. Эти общества заключают договоры, с одной стороны, с российскими и зарубежными авторами и исполнителями, производителями фонограмм, с другой — иностранными авторско-правовыми обществами и организациями аналогичного типа, управляющими имущественными правами иностранных авторов на коллективной основе в

разных странах (САСЕМ — во Франции, ГЕМА - в ФРГ, ЗАИКС - в Польше, ДЖАСРАК - в Японии, Пи-Ар-Эс (PRS) — в Англии, СЕСАК, АСКАП и Би-Эм-Ай (ВМІ) — в США и т.д.), что позволяет успешно защищать права российских правообладателей за рубежом и отстаивать права иностранных авторов на территории РФ.

В этом отношении примечателен следующий эпизод. В РАО обратилось английское издательство, обладающее авторскими правами на оперу Бриттена «Смерть в Венеции», транслировавшуюся российским радио. Согласия правообладателя на трансляцию никто не запрашивал. РАО предложило радиоконпании выплатить владельцу прав причитающееся авторское вознаграждение. Это требование было удовлетворено без обращения в судебные инстанции.

Другой пример. В сентябре 1993 г. в Москве состоялся концерт Майкла Джексона, который исполнял произведения американских авторов. Их интересы в России согласно заключенным договорам с американскими обществами представляло РАО. Накануне концерта РАО связалось с российским организатором гастролей фирмой «Десса». После долгих переговоров было заключено лицензионное соглашение, в соответствии с которым фирма «Десса» обязалась перечислить в РАО в течение трех банковских дней после концерта авторское вознаграждение в размере 3 процентов суммы, полученной от продажи билетов. Однако это обязательство не только не было выполнено, — более того, фирма стала опротестовывать заключенное соглашение, ссылаясь на то, что генеральный директор, подписавший его, якобы не имел должных полномочий это делать. Дело было передано в суд, в результате рассмотрения которым предъявленных РАО требований вынесено решение о взыскании 30 млн. рублей.

Однако проблемы защиты авторского права и иных прав интеллектуальной собственности составляют предмет внимания не только для организаций—субъектов хозяйственного и гражданского права. Министерство юстиции РФ, сосредоточив в последнее время в своих структурах, помимо прочего, функции государственного ведомства по охране прав интеллектуальной собственности, проводит встречи с представителями иностранных органов исполнительной власти по вопросам защиты авторских прав и прав промышленной собственности.

Так, в июне 1999 г. указанные проблемы обсуждались в рамках контактов министерств юстиции России и Финляндии. В ходе встречи наибольший интерес вызвала унификация законодательства в рамках ЕС и взаимодействие с международными организациями, а также деятельность авторских обществ в сфере коллективного управления авторскими правами в части вторичного использования аудиовизуальных произведений.

## **§ 2. Правовое регулирование смежных прав**

«Смежные права» — категория, появившаяся в отечественном праве совсем недавно. Технический прогресс в области копирования и множительной техники, средств связи и компьютерных технологий повлек за собой не только появление нестандартных проблем, вытекающих из изменившихся условий копирования и тиражирования произведений, но и обусловил возникновение новых объектов авторского права и самостоятельных его ветвей и направлений, к которым относятся смежные права. В некоторых странах их еще именуют «соседствующими правами», «другими правами», «связанными правами» (neighbouring rights, other rights, related rights). Под смежными правами подразумевают случаи, когда речь идет не об охране прав самих авторов, а о правах тех лиц, которые доносят (сообщают) созданное произведение до публики (преимущественно производителей фонограмм, звуко- и видеозаписывающих предприятий, радиотелевещательных и прочих организаций эфирного вещания). При этом отношениями по смежным правам связаны как минимум три лица: автор, производитель фонограммы и организация эфирного вещания. У первых, вторых и третьих экономические интересы объективно не совпадают. Автор заинтересован в правомерном распространении своего произведения, однако основанием для такового может служить единичный факт дачи им своего согласия на производство фонограммы в целях последующего ее распространения. Организации вещания в целях сокращения затрат на эфир стремятся к свободному использованию записи на основании разрешения автора, а производители фонограмм, разумеется, для покрытия затрат на производство записи заинтересованы в запрещении свободного ее использования. Таким образом, необходимо упорядочение такого рода отношений, к тому же имеющих место не только в рамках одного государства, но в большинстве случаев связанных с правовыми порядками других государств.

В современных условиях охрана смежных прав получает распространение в актах национального права отдельных государств, что становится вполне обычным явлением. Однако для многих стран закрепление предоставления охраны соответствующим субъектам в этом отношении впервые было произведено нормами международных соглашений.

Одним из первых документов подобного рода стала Римская конвенция об охране прав артистов-исполнителей, изготовителей фонограмм и радиовещательных организаций, заключенная 26 октября 1961 г. Она построена на принципе национального режима, который предоставляется всем гражданам участвующих в Конвенции стран, а также иным лицам, чьи фонограммы были впервые опубликованы или которыми первая фиксация звука была осуществлена на территориях государств-участников. Для получения права на вознаграждение лицо может воспользоваться любым из приведенных критериев.

Минимальный срок охраны составляет 20 лет, исчисляемых с конца года, в котором была произведена фиксация звука: для фонограмм и исполнений, зафиксированных в них, состоялось исполнение; для исполнений, не зафиксированных в фонограммах, был осуществлен выпуск в эфир. Отличительной особенностью Конвенции является то, что она является как бы продолжением Бернской или Всемирной конвенций, ибо ее участниками могут стать лишь те государства, которые присоединились либо к Бернской либо к Женевской конвенциям. Однако она не препятствует договаривающимся государствам вступать в иные соглашения, имеющие целью предоставление большего уровня охраны смежных прав. Римская конвенция предусматривает



особый знак охраны — латинскую букву «Р» в окружности с годом первого опубликования — по аналогии со знаком охраны авторского права.

В течение длительного времени в данной Конвенции участвовали преимущественно развитые государства Европы (ФРГ, Италия, Великобритания, Австрия, Дания, Норвегия и т.д., всего около 20 государств). СССР в ней не участвовал. В 1993 г. Указом Президента РФ было предусмотрено изучение предложений о возможности присоединения РФ к данному договору наряду с другими международными соглашениями. Нелишне подчеркнуть в этом случае, что действующее ныне российское законодательство в области смежных прав характеризуется содержанием, которое в целом соответствует основным положениям рассматриваемой Конвенции.

29 октября 1971 г. в Женеве была подписана Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм. Россия участвует в этой Конвенции с 13 марта 1995 г. В Конвенции участвуют свыше 50 государств, в том числе Австрия, Великобритания, Венгрия, Германия, Испания, Италия, Китай, Нидерланды, Словения, США, Франция, Швеция, Чехия, Япония. Конвенция обеспечивает иностранным фонограммам на территории России не национальный режим, а значительно более узкую охрану — только от воспроизведения и импорта экземпляров фонограмм. Конвенция не распространяется на иностранные фонограммы, записанные до 13 марта 1995 г.

В связи с развитием теле- и радиовещания особую актуальность приобрел вопрос охраны сигналов, несущих указанные программы. 21 мая 1974 г. в Брюсселе была подписана Конвенция об охране сигналов, несущих теле- и радиопрограммы, передаваемые через спутники. Объектом регулирования Конвенции служат отношения в связи с использованием программ, которые передаются «от пункта к пункту» («from point to point»). Конвенция обязывает договаривающиеся государства выработать правила, согласно которым был бы осуществлен запрет трансляций передающими организациями сигналов, содержащих программы, на их территории или с их территорий на те станции, которым они не были предназначены. Кроме того, 20 декабря 1996 г. в Женеве был принят Договор ВОИС об исполнениях и фонограммах в ответ на вызов требований технологического развития в современном мире.

Необходимо обратить внимание на то, что практически ни в одном из международных соглашений не затрагивается специально регулирование смежных прав при осуществлении вещания по кабелю, которое сегодня стало весьма актуальным средством распространения и использования объектов авторского и смежных прав. В то же время одна из позднейших редакций Бернской конвенции ответила на потребности времени соответствующим образом, включив в нее следующее положение: «Авторы литературных и художественных произведений пользуются исключительным правом разрешать: i) передачу своих произведений в эфир или публичное сообщение этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений; ii) всякое публичное сообщение, будь то по проводам или средствами беспроводной связи, повторно передаваемое в эфир произведение, если такое сообщение осуществляется иной организацией, нежели первоначальная» (ст. 11 bis).

На практике возникал по близкому к этому поводу вопрос: должна

ли каждая трансляция передаваемой беспроводным путем программы рассматриваться как новое использование, диктующее применение норм авторского права? В Конвенции нет ничего, что давало бы почву для утверждений, будто охрана зависит от способа передачи (по проводу, кабелю или в ином варианте) для решения вопроса, какая передача является последующей и, значит, заново охраняемой авторским правом. Датский автор В. Вейнке считает, что единственным критерием должно служить определение того, ведется ли эта передача другой радиоконпанией и ведется ли она для публики. Этот вопрос получает все большую актуальность в связи с ростом мощности ретрансляционных систем, обеспечивающих охват («покрытие») значительных по площади районов, а также с учетом развития технических средств, позволяющих распространение и прием программ на территориях нескольких стран с помощью индивидуального антенного оборудования и других приспособлений.

Так, руководствуясь Бернской конвенцией, австрийский Верховный суд, разбирая дело о вещании австрийской, швейцарской и двух немецких телепрограмм, в ходе которого 694 абонента в г. Фельдкирх хорошо принимали их даже с помощью индивидуальных антенн, постановил в 1974 г., что такая передача по кабелю является новым использованием со всеми вытекающими из этого юридическими последствиями, касающимися охраны авторского права.

### **§ 3. Авторские права иностранцев по законодательству Российской Федерации и зарубежных стран**

Правовое регулирование интеллектуальной собственности с закреплением права лица на осуществление всех видов творческой деятельности на территории Российской Федерации обеспечивается Основным законом РФ — Конституцией 1993 г., которая предусматривает, что каждому гарантируется свобода литературного, художественного, научного, технического и других видов творчества, преподавания. «Интеллектуальная собственность охраняется законом» (ст. 44).

Охрана имущественных и личных прав авторов научных и художественных произведений осуществляется на основе норм авторского права. Законодательство СССР об авторском праве действовало на территории России до 9 июля 1993 г., когда был принят специальный закон Российской Федерации «Об авторском праве и смежных правах» от 9 июля 1993 г. Прежнее же законодательство Союза ССР было представлено Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1961 г., типовыми авторскими договорами, разделами «Авторское право», содержащимися в гражданских кодексах союзных республик, многочисленными республиканскими постановлениями об авторском праве.

С 3 августа 1992 г. на территории России были введены в действие Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик — нормативный акт, принятый Верховным Советом СССР 31 мая 1991 г., но не вступивший в силу на территории СССР в связи с распадом Союза. Основы ГЗ 1991 г. содержали

раздел IV «Авторское право», который предусматривал новую регламентацию авторских прав, существенно — до 50 лет после смерти автора — увеличивал срок охраны авторского права, а также вводил правовую охрану смежных прав. С 3 августа 1992 г. Основы были введены в действие на территории РСФСР.

Позднее, практически через год, нормы Основ ГЗ 1991 г. по авторским и смежным правам были заменены законом «Об авторском праве и смежных правах» от 9 июля 1993 г. В нем повторяются и развиваются основные принципы правового регулирования авторских и смежных прав, содержащиеся в Основах ГЗ.

Закон отвечает международным стандартам в этой области и позволил России присоединиться к ряду международных договоров, прежде всего к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. Помимо закона «Об авторских и смежных правах», авторские права в Российской Федерации регулируются законом РФ «О правовой охране программ для электронных вычислительных машин и баз данных» от 23 сентября 1992 г., указом Президента от 7 октября 1993 г. № 1607 «О государственной политике в области охраны авторского права и смежных прав», постановлением Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1224 и иными нормативными актами. В необходимых случаях субъективные права и обязанности авторов—граждан России и иностранных авторов подчиняются положениям устава Российского авторского общества (РАО) и заключаемым ими договорам гражданско-правового характера.

Звукозаписывающая фирма издала компакт-диск, на котором записано 15 произведений авторов—членов РАО. Такое использование произведений возможно лишь на основе лицензии, выдаваемой в соответствии с договорами о коллективном управлении имущественными правами авторов. Фирма лицензии не получала, вознаграждения авторам не выплачивала. РАО обратилось к производителю компакт-диска с предложением устранить нарушение и выплатить причитающееся авторское вознаграждение. Разрешить вопрос путем переговоров не удалось, в результате чего дело было передано в суд, в котором интересы авторов представляло РАО.

В настоящее время разрабатывается четвертая часть ГК РФ, содержащая раздел «Исключительные права (интеллектуальная собственность)». Авторские и смежные права включены в этот раздел проекта. Таким образом, Закон об авторском праве и смежных правах будет продолжать действовать и после принятия третьей части ГК. Вместе с тем вполне вероятно, что в регулирование по авторскому праву и смежным правам будут внесены некоторые изменения. Модельный Гражданский кодекс, разработанный в рамках стран Содружества Независимых Государств, в числе разделов третьей части содержит главу, посвященную авторскому праву и смежным правам. Регулирование, созданное в этом документе, направлено на унификацию национального права соответствующих государств, вследствие чего его влияние на развитие правового регулирования в Российской Федерации в вопросах интеллектуальной собственности проявляется весьма конкретно — в содержании положений создаваемой третьей части Гражданского кодекса, по отношению как к материальным, так и коллизионным нормам.

В современных условиях договоры на передачу имущественных авторских прав заключаются между сторонами с определением применимого права в силу автономии воли — соглашения между ними. Так, два российских исполнителя популярной отечественной

музыки совместно заключили контракт с французской звукозаписывающей и производящей аудиопродукцию фирмой о предоставлении исключительной лицензии на производство фонограмм и изготовление ее экземпляров, подчинив отношения по договору французскому праву.

Если же такого соглашения не достигнуто или данный вопрос обойден молчанием в лицензионном договоре, спорное отношение рассматривается на основе коллизионных норм того государства, в судебное учреждение которого предъявлено требование.

В российском законе «Об авторских и смежных правах» дается перечень объектов охраны авторского права, включая программы для ЭВМ (в том числе и оперативные системы), которые могут быть выражены на любом языке и в любой форме, включая исходный текст и объектный код. Несмотря на то что приведенный в нем перечень весьма подробно перечисляет категории произведений, он не может рассматриваться как исчерпывающий, во-первых, потому что не носит закрытого характера (и вследствие этого указывает, что объектами авторского права могут быть и *иные произведения*, т.е. не присутствующие в списке), а во-вторых, в принципе помещение его в данный акт имело целью информировать отечественные и иностранные лица и организации творческих специальностей и видов труда о том, какие произведения могут получить охрану в соответствии с российским правом интеллектуальной собственности. Широта анализируемого перечня, а также его открытый характер свидетельствуют об универсальности авторского права, что, как видно, получило отражение и в специальном законодательстве нашего государства.

Статья 5 Закона определяет сферу действия авторского права. Нормы, содержащиеся в ней, решают вопрос об охране произведений в зависимости от гражданства их автора (критерий гражданства) и от места первого обнародования произведения (критерий места первого опубликования/выпуска в свет). Произведение получает охрану, если оно отвечает хотя бы одному критерию, установленному в этой статье, — критерию гражданства или критерию места первого обнародования. Под гражданством автора подразумевается то гражданство (подданство), которое автор имеет на момент создания произведения, а если произведение было обнародовано, — то на момент его обнародования. Последующее изменение гражданства не меняет правового статуса произведения. В соответствии с критерием гражданства Закон различает следующие три категории авторов произведений: российских граждан; граждан стран, имеющих с Россией международные договоры об авторском праве; граждан иных стран.

На основе критерия гражданства произведения граждан России охраняются всегда, а произведения граждан стран, не имеющих с Россией международных договоров об авторских правах, не охраняются никогда. Что касается граждан стран, имеющих с Россией международные договоры по авторским правам, то вопрос об охране их произведений не всегда выглядит однозначным и простым.

В общем плане произведения таких лиц охраняются, если авторы—граждане государств, с которыми Российская Федерация имеет международные договоры в области взаимной охраны авторских прав (Австрии, Армении, Венгрии, Китая, Польши, Словакии, Чехии или Швеции). Такие договоры детально регламентируют предоставление взаимной охраны авторских прав, а также сроки действия авторского права, которые в разных странах неодинаковы. Поэтому указывается, что охрана будет осуществляться в течение срока,

предусмотренного национальным законодательством.

Произведения иностранных авторов на территории РФ охраняются, если они впервые были обнародованы: 1) после 27 мая 1973 г., а их автор — гражданин страны, входящей во Всемирную конвенцию об авторском праве, 2) после 13 мая 1995 г., а их автор — гражданин страны, входящей в Бернскую конвенцию.

В соответствии со ст. VII Всемирной конвенции она не распространяется на произведения или права на эти произведения, охрана которых к моменту вступления в силу Конвенции в договаривающемся государстве, где предъявляется требование об охране, окончательно прекратилась или никогда не существовало. Подавляющее большинство государств участвуют в Конвенции, однако ряд стран присоединились к ней позже Советского Союза (Барбадос — в 1983 г., Болгария — в 1975 г., Кипр — в 1990 г., Китай — в 1992 г., Польша — в 1976 г., Сенегал — в 1974 г., Уругвай — в 1993 г., Шри-Ланка — в 1983 г. и т.д.). Следовательно, предоставление охраны произведениям, впервые опубликованным за рубежом, граждан перечисленных и иных стран на территории РФ возможно после даты вступления для них в силу Конвенции. Значит ли это, что до указанной даты охрана таких произведений не могла иметь место вообще? Нет, не значит, поскольку это могло быть обеспечено двусторонним соглашением (см., например, соглашение с Польшей).

Следовательно, если автор — гражданин страны, входящей во Всемирную конвенцию после 27 мая 1973 г. или в Бернскую конвенцию после 13 марта 1995 г., впервые публикует произведение за рубежом, то в России охраняются только произведения граждан этих стран, которые впервые обнародованы после присоединения этой страны к соответствующей конвенции. При этом необходимо иметь в виду следующее. К Бернской конвенции можно присоединиться либо с оговоркой о действии ее с обратной силой и фактически распространить ее действие на все произведения авторов—граждан Союза независимо от даты опубликования или создания произведений за рубежом, либо с оговоркой об отсутствии у Конвенции ретроактивности. Согласно поручению, данному министерству иностранных дел РФ Правительством Российской Федерации, текст оговорки должен содержать уведомление о том, что «действие Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений не распространяется на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для Российской Федерации уже являются на ее территории общественным достоянием».

В свете условий оговорки, сделанной Российской Федерацией при присоединении к Бернской конвенции, речь идет о содержании ст. 18 Бернской конвенции, п. 1 которой устанавливает, что «Конвенция применяется ко всем произведениям, которые на момент вступления ее в силу не стали еще общим достоянием в стране происхождения вследствие истечения сроков охраны». «Однако, если вследствие истечения ранее предоставленного произведению срока охраны оно стало уже общим достоянием в стране, в которой истребуется охрана, это произведение не будет вновь поставлено под охрану в этой стране» (п. 2 ст. 18). «Указанный принцип применяется в соответствии с положениями специальных конвенций, которые заключены или будут заключены с этой целью между странами Союза. При отсутствии таких положений соответствующие страны определяют каждая для себя условия применения этого принципа» (п. 3).

Таким образом, «по принципу охраняемое™», установленному в п. 1 ст. 18, если указанной дате (13 марта 1995 г.) права испанского автора, к примеру, еще не истекли в Испании и не перешли в разряд

общего достояния, они должны охраняться в Российской Федерации. В противовес этому, с учетом упомянутой оговорки, права на произведения, которые на дату вступления этой Конвенции в силу для РФ истекли и в стране происхождения являются общественным достоянием (скажем, произведения Джона Голсуорси, умершего в 1993 г.), охране не подлежат.

Из этого можно сделать по крайней мере три вывода. Во-первых, точкой отсчета для определения сферы действия Конвенции применительно к Российской Федерации является дата ее вступления в силу для России. Во-вторых, перечень произведений, в отношении которых данное международное соглашение не действует по мотивам перехода их в разряд объектов общественного достояния, должен связываться с наступлением такого события на территории государства происхождения произведения до 13 марта 1995 г. как даты вступления ее в силу для России. Например, к очень давним произведениям, таким как книги Джека Лондона (умер в 1916 г.), которые уже не охраняются в стране своего происхождения, обратная сила не применяется. И, в-третьих, что произведения российских и иностранных авторов, не перешедшие в категорию произведений общественного достояния, отныне должны подлежать охране вне зависимости от даты их выпуска в свет во всех странах Союза, не отменивших с помощью оговорки обратную силу Конвенции.

Целесообразно подробнее проиллюстрировать указанные положения. На 13 марта 1995 г. с учетом присоединения СССР с 27 мая 1973 г. к Всемирной конвенции 1952 г. в общественном достоянии РФ находились следующие произведения иностранных граждан стран—участниц обеих конвенций и лиц, domiciliрованных на их территориях:

1) граждан государств—членов Всемирной конвенции в отношении произведений как опубликованных (выпущенных в свет), так и не опубликованных, но находящихся в какой-либо объективной форме за пределами РФ, до 27 мая 1973 г., при условии, что данное государство стало членом Всемирной конвенции до этой даты и на 13 марта 1995 г. являлось участником Бернской конвенции. К таким авторам можно отнести граждан США (во Всемирной конвенции участвуют с 1954 г., к Бернской конвенции присоединились с 1 марта 1989 г);

2) граждан государств—членов Всемирной конвенции в отношении произведений как выпущенных в свет вне территории РФ, так и не выпущенных в свет, но находящихся в какой-либо объективной форме за пределами России, до даты присоединения такого государства к Всемирной конвенции, если такое государство стало участником Всемирной конвенции после СССР и на момент присоединения его к Бернской конвенции участвовало в последней. Например, произведения авторов из Китая, т.е. китайских граждан и лиц, имеющих постоянное местожительство в Китае (Китай присоединился к Всемирной конвенции в 1992 г., к Бернской конвенции — с 15 октября 1992 г.);

3) граждан государств—не членов Всемирной конвенции, но членов Бернской конвенции, которые вступили в нее до 13 марта 1995г., в отношении произведений, выпущенных в свет или не выпущенных в свет за пределами РФ, но находящихся в какой-либо

объективной форме до 13 марта 1995 г. К ним относятся, например, произведения литовских авторов (Литва не является участницей Всемирной конвенции, к Бернской присоединилась с 14 декабря 1994 г.);

4) граждан государств, которые не являются участниками ни Всемирной, ни Бернской конвенций, в отношении произведений, впервые выпущенных в свет на территории одной из стран Бернского союза до 13 марта 1995 г. Например, Узбекистан на 1 января 1999 г. не присоединился ни к одной из конвенций, следовательно, произведения узбекских авторов не подлежат охране на территории РФ. Приведенные категории произведений могут быть свободно использованы без выплаты авторского вознаграждения. Однако имеют место исключения из этих правил в отношении произведений авторов, являющихся гражданами тех государств, с которыми у Российской Федерации заключены двусторонние соглашения о взаимной охране авторских прав.

В свете сказанного отсутствие охраны на территории РФ произведений авторов из числа стран СНГ имеет место только в отношении объектов авторского права, происходящих из Кыргызстана, Туркменистана и Узбекистана, которые не подтвердили своего участия во Всемирной конвенции 1952 г. и не участвуют в Бернской конвенции, а также не располагают двусторонними договорами с Россией.

Часть 3 ст. 5 закона «Об авторских и смежных правах» предусматривает, что «при предоставлении на территории Российской Федерации охраны произведению в соответствии с международными договорами РФ автор произведения определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для обладания авторским правом». Это одна из немногочисленных коллизионных норм российского авторского права и смежных прав.

Попытаемся посмотреть на подобную ситуацию с обратной стороны: в случаях, когда в силу иностранной коллизионной нормы необходимо установить подобное основание, если оно имело место на территории РФ, таким фактом должно выступать первое опубликование произведения или фонограммы либо передачи в эфир или по кабелю на территории России. При этом российскими авторами и субъектами смежных прав должны считаться российские граждане и юридические лица, имеющие официальное местонахождение на территории Российской Федерации. Российскими организациями эфирного или кабельного вещания признаются такие, которые имеют официальное местонахождение на территории Российской Федерации и осуществляют передачи с помощью передатчиков, расположенных на территории РФ (ст. 35). С этой точки зрения, произведение, опубликованное иностранцем на территории Российской Федерации, может рассматриваться «российским произведением».

Таким образом, в соответствии с российским законодательством необходимым юридическим фактом является только создание произведения, тогда как по зарубежному законодательству таким юридическим фактом может быть депонирование экземпляров

произведения или его регистрация, а также заказ на создание произведения, в частности, в рамках трудовых отношений. В соответствии с ними автором произведения может считаться не физическое лицо, фактически создавшее произведение, а иное лицо, например работодатель. Именно он и должен считаться автором согласно российскому закону. Применяемый в п. 3 ст. 5 термин «автор» в данном случае, как и во многих других случаях, указанных в Законе, относится не только к самому автору, но и к иным владельцам исключительных авторских прав на использование произведения.

Статья 9 закона «Об авторских и смежных правах» рассматривает в качестве «краеугольного камня» возникновение авторского права в силу самого факта создания произведения, которое образует основополагающую презумпцию. Согласно этой статье «авторское право на произведение науки, литературы и искусства возникает в силу факта его создания. Для возникновения права и осуществления авторского права не требуется регистрации произведения, иного специального оформления произведения или соблюдения каких-либо формальностей».

Молодые авторы, опасаясь плагиата, все же регистрируют свои произведения в РАО и других организациях, хотя документ о регистрации признается наряду с прочими доказательствами существования права. В случаях возникновения спора в отношении авторства последнее доказывается всеми средствами доказывания, которые допускаются процессуальными нормами государства суда. На случаи рассмотрения споров в российском суде целесообразна рекомендация авторам сохранять черновики произведений, подробно описывать произведение в договорах на передачу прав, предоставлять контрагенту по договору заверенную копию произведения и т.п.

Авторское право возникает не с момента опубликования, обнародования или регистрации произведения, а с момента его создания, то есть выражения в объективной форме. Вместе с тем, применительно к автору — иностранному гражданину в тех случаях, когда охрана его произведения зависит от времени первого обнародования, действует иная форма: считается, что произведение было создано им в момент обнародования, а предшествующее существование произведения в качестве необнародованного не учитывается. Равным образом не учитывается и место создания необнародованного произведения.

В соответствии с требованиями международно-правовых предписаний в Законе закреплено, что проставление знака охраны авторского права «С» в окружности не является обязанностью автора, а только его правом. Это правило установлено в Бернской конвенции. До этого в СССР проставление такого знака было обязательным. Особую практическую важность проставление этого знака имело для обеспечения охраны произведения в США. Однако ввиду присоединения США к Бернской конвенции законодательство этой страны было соответствующим образом изменено, и подобное требование утратило свой первоначальный смысл.

Что касается содержания самих авторских прав, то как личные неимущественные, так и имущественные права (право на гонорар, на имя, право на воспроизведение и распространение произведения, право на импорт экземпляров произведения и публичный показ, право на перевод, право на переработку и т.д.), в соответствии со ст. 5 закона «Об авторских и смежных



правах» являются тождественными и в отношении российских граждан, и иностранных авторов. Передача имущественных прав автором или иным правообладателем может быть осуществлена по лицензионному договору.

Российский закон регламентирует также права, смежные с авторскими. Включение в сферу действия акта смежных прав и специальная их регламентация отражают новейшую международную практику в этом плане и соответствуют имеющимся международно-правовым документам. К таким правам относятся: исполнительские права, права изготовителей фонограмм, а также права организаций эфирного и кабельного вещания.

Закон отдельно оговаривает сферу действия смежных прав, также охраняемых по законодательству РФ. Пункт 4 ст. 35 посвящен охране смежных прав иностранцев. «Смежные права иностранных физических и юридических лиц признаются на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами Российской Федерации (в редакции Федерального закона от 16 июня 1995 г. № 110-ФЗ).

Однако согласно пп. 1—3 ст. 35 иностранные юридические и физические лица могут быть субъектами различных смежных прав, если они подпадают под условия, указанные в этих пунктах: исполнение имело место в России, фонограмма впервые опубликована в России и т.п. В этих случаях они охраняются в соответствии с национальным законодательством России и нет необходимости в наличии международного договора на этот счет. Пункт 4 не ограничивает права иностранных физических и юридических лиц, гарантированные им в соответствии с пп. 1—3 ст. 35. Таким международным договором России по смежным правам является прежде всего Конвенция об охране производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 г., рассмотренная выше.

Объекты, пользующиеся в России защитой по законодательству о смежных правах, в некоторых зарубежных странах охраняются как авторские произведения. В этих случаях они могут получать охрану в Российской Федерации согласно нормам и принципам авторского права (Всемирная конвенция, Бернская конвенция, двусторонние договоры об авторском праве), однако при том обязательном условии, что отвечают всем требованиям охраноспособности объектов авторского права и смежных прав, как это сформулировано в российском законодательстве применительно к произведениям науки, литературы и искусства.

Предоставление охраны авторских прав в объективном праве предусматривает субъективную защиту нарушенных авторских и смежных прав в судебном порядке. Защите указанных прав посвящен 5 раздел закона «Об авторских и смежных правах», который предусматривает гражданско-правовые и иные меры защиты. Новая редакция этих статей была внесена в закон «Об авторском праве и смежных правах» после принятия первой части Гражданского кодекса РФ и соответствует последнему в определениях. Авторы, чьи права нарушены, вправе защищать их, используя положения закона «Об авторских и смежных правах», Гражданского кодекса РФ, Кодекса РФ об административных правонарушениях, Уголовного кодекса РФ.

Защита нарушенных прав иностранных граждан осуществляется в соответствии с Гражданским кодексом РФ. Статья 2 ГК РФ закрепляет за иностранцами безусловный национальный режим. Права иностранцев на территории РФ определяются в принципе российскими законами, а не личным законом иностранцев. Положения действующего законодательства, касающиеся защиты нарушенных прав, в отношении прав иностранных граждан действуют

во всем их спектре и не содержат каких-либо изъятий, распространяясь на них в полном объеме.

Что касается авторских прав иностранцев по законодательству зарубежных стран, то следует отметить, что на национальное право большинства стран огромное влияние оказало принятие Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений. В этом смысле знание российскими авторами положений Бернской (а в определенных ситуациях и Всемирной) конвенции поможет уяснить правовой статус автора-иностранца на территории соответствующих государств в случаях, когда они будут претендовать на получение охраны своих произведений за рубежом.

Оценивая состояние авторского права в мире, необходимо заметить, что система этого права возникла в тот период исторического развития общества, когда материальные условия его существования были принципиально иными. В будущем, пожалуй, ускорится появление все новых способов использования произведений. Это, в свою очередь, будет рождать соответствующие вспомогательные средства, которые могут обуславливать постановку проблемы эффективности обеспечения охраны старыми формами. А в связи с этим придется решать задачу осуществления авторами и создателями охраняемых объектов контроля за их распространением, поскольку именно согласие на тиражирование и воспроизводство служит стержневым правомочием автора в конструкции авторских прав как имеющих исключительный характер по самой своей сути.

В этом плане следует обратить внимание на возникшую в связи с активизацией процессов принципиально новых технологий как создания произведений, так и их распространения настоятельную потребность обновления национального законодательства по авторскому праву. Так, в последние годы были приведены в соответствие с веяниями времени национально-правовые нормы в странах ЕС, США, ряде стран Центральной Америки (Панама, Куба), что позволило им присоединиться к Бернской конвенции; в Бразилии, Перу, Сальвадоре, Уругвае, Чили, Эквадоре, которые стали участниками Соглашения о правах интеллектуальной собственности, относящихся к торговле. Новое законодательство по авторскому праву Бразилии, Колумбии и Перу уже вступило в силу. Американская «Белая книга», опубликованная рабочей группой по праву интеллектуальной собственности НАФТА (Североамериканская зона свободной торговли) в сентябре 1995 г., содержала рекомендацию «дополнить Закон об авторском праве четко выраженным признанием, что копии и звукозаписи произведений могут быть распространены путем передачи и что данные действия подпадают под исключительное право на распространение со стороны обладателя авторского права». В соответствии с этим в США 1 ноября 1995 г. был принят Закон PL 104-39, предоставляющий владельцам звукозаписей исключительные права на воспроизведение их произведений в цифровой записи.

Как уже отмечалось, государства—члены Евросоюза также осуществили необходимые шаги по учету современных тенденций авторского права, обязавшись инкорпорировать в свой национальный правовой порядок положения нескольких директив: по компьютерным программам, правам на аренду и прокат, спутниковому телевидению и кабельной ретрансляции, по правовой охране баз данных и сроку охраны авторского права. Кроме того, в разной степени доработки находятся специальные акты об использовании охраняемых произведений в Нидерландах, США и Швейцарии.

#### § 4. Особенности правового регулирования авторских прав в киберпространстве

Международное частное право, как подчеркивалось в первых главах Общей части, явилось продуктом обособления народов в рамках отдельных государственно-правовых общностей и развития торговых и связанных с торговлей обменов между ними. Основными предпосылками возникновения, становления и развития МЧП стали различия в национально-правовых системах, действующих в пределах соответствующих государственных территорий. В противовес этому киберпространство именуется некоторыми авторами «пространством, которого нет», из чего делается вывод, что традиционный коллизионный подход, свойственный международному частному праву, в сфере, связанной с авторским правом в киберпространстве, теряет смысл. Рассмотрим, так ли это.

Поистине глобальным источником и «распределителем» информации предстает сегодня Интернет. Цифровая природа данных позволяет распространить результаты творческой деятельности мгновенно и широчайшим образом. Вследствие этого объективно катастрофически умножаются ситуации, когда необходимо решить, какой правопорядок применяется и как он должен действовать для целей охраны произведения при пересечении ими границ. Однако заметим, что границы эти виртуальны.

Американский адвокат П. Геллер, занимающийся вопросами интеллектуальной собственности в международном аспекте, для иллюстрации существа проблемы приводит следующий пример. «Представим, что некая студия раскрашивает классический немой фильм Бестера Китона «Генерал», вводит его в компьютерную базу данных в Соединенных Штатах и затем открывает к нему свободный доступ через сеть трансатлантического кабеля. Конечные пользователи во Франции и Германии могут по команде загрузить, переписать произведение в цифровой форме на свои компьютерные терминалы, оплатив доступ к нему по кредитной карточке. В Соединенных Штатах авторские права на это произведение истекли; во Франции остаются в силе только моральные права, а в Германии действие всех прав сохраняется». Налицо типичная для МЧП ситуация, именуемая «коллизионным вопросом»: при применении права США охраны произведения не существует, следовательно, вещательная организация вправе передавать произведение без выплаты авторского гонорара (а также без обязанности соблюдать его целостность, неприкосновенность, неискажение и т.д.) на Германию, Францию или другие страны. Если же регулирование подчиняется праву Франции, то, во-первых, необходимо получить согласие на передачу из страны в страну, а во-вторых, возникает обязанность по ненарушению моральных прав (в частности, вышеперечисленные права на неискажение, полноту и целостность произведения). Обращаясь для целей регулирования к нормам права ФРГ, помимо согласия на передачу и соблюдения моральных прав, надлежит иметь в виду обязанность выплаты вознаграждения (либо компенсации за нарушение авторского права) правообладателям.

Данный гипотетический случай показывает всю сложность предполагаемых комбинаций. Однако в нем наличествуют бесспорные возможности помещения отношения в плоскость существования каких-либо реальных географических границ (локализации), что в конечном итоге всегда сделает отыскание коллизионного принципа достижимым, особенно если следовать конструкции привязки отношения к праву либо передающей, либо принимающей стороны. Иное дело случаи передачи данных в цифровых сетях — здесь принимающая и передающая стороны, во-первых, взаимодействуют в географически не очерченном пространстве, во-вторых, мгновенно меняются ролями. Следовательно, новизна задачи состоит прежде всего в самих путях решения коллизионного вопроса — определении формулы, с помощью которой будет происходить отыскание надлежащего правопорядка.

По мнению многих современных исследователей МЧП (Б. Карри, П. Катценбергера, П.Э. Геллера), существующая система коллизионных формул прикрепления, в том числе и в регулировании авторско-правовых отношений, несмотря на присутствие в ней некоторых принципиальных отличий, восприняла разработанную еще Фридрихом Карлом фон Савиньи концепцию связи избираемого правопорядка с природой конкретного правоотношения при определении территориального закона, подлежащего применению, т.е. характеризуется подходом, требующим квалификации отношения с позиций той или иной категории: суды, решая коллизии, должны сопоставить имеющееся правовое отношение и корреспондирующие ему нормы. Теоретически законодательство об авторском праве охраняет любые произведения интеллектуального творчества, в какой бы географической точке они ни находились.

В цифровой сети передачи данных произведение интенсивно (и практически бесконтрольно) перемещается в пространстве, вследствие чего суд не может определить физическое место, в котором произошло конкретное нарушение авторских прав. Необходимо конструктивным образом поменять принцип выбора применимого права. В качестве такового предлагается метод «функционального анализа», представляемый указанными авторами как более гибкий.

Проводимое Савиньи различие между законом, защищающим общественные интересы, и гражданско-правовыми нормами, руководствующимися исключительно частными интересами, воспринятое, по существу, действующими системами коллизионных норм в области выбора права, не отражает адекватно, согласно точке зрения названных авторов, проблемы объектов, подлежащих охране авторским правом. Вместо этого Б. Карри поставил во главу угла «экономическую и социальную политику» («правительственные интересы»), которые обуславливают право каждого государства в целом и в принципе регулируют все правовые конфликты. Если несколько государств проявляют заинтересованность в применении собственного права, суд должен сделать выбор в пользу того законодательства, в отношении которого имеются наиболее сильные доводы. Таким образом, выбор закона по принципу соответствия вышеуказанным государственным интересам основан на анализе функции, которую он может обеспечить (отсюда и его название — «функциональный анализ»).

Регулирование отношений, связанных с авторским правом, во всех международно-правовых и национально-правовых актах предусматривает

предоставление охраны на принципах национального режима. В итоге в любом случае нарушения авторского права его защита должна опираться на законодательство того государства, где произошло нарушение. Теория «функционального анализа» предлагает свои возможности для приспособления «прежних законов к новым границам» с тем, чтобы побудить суды установить, каким образом сделанный ими выбор применимого законодательства повлияет на выбор средств судебной защиты и санкции. В этих целях имеется в виду указать то государство (и соответственно право), которое осуществляет меры в отношении подлежащего разрешению в суде нарушения авторского права. В таком случае необходимо говорить о разновидности теории «функционального анализа» — теории «выбора результата» (result-selective approach).

С точки зрения этой концепции применительно к вышеупомянутому казусу с фильмом Бестера Китона суду необходимо прежде всего ответить на вопрос, в каком государстве средства защиты будут особенно эффективными. По общему признанию, никакое судебное распоряжение, основанное на законодательстве Соединенных Штатов, не сможет приостановить получение произведения пользователями в других странах. Однако, обосновав свой запрет нормами законодательства Франции и Германии, суд может обязать студию запретить трансляцию компьютеризированной версии фильма на территорию этих стран и эффективно пресечь там доступ к нему. Основываясь на применении этих же законов, суд может оценить ущерб на рынках, по крайней мере в отношении уже состоявшихся передач произведения в странах, которые по-прежнему выступают гарантами права, т.е. предоставляющими охрану.

Неуклонное возрастание скоростей и мощностей микрокомпьютеров при их постоянном совершенствовании и удешевлении не только снижает потребности в обычных компьютерах для целей использования в производственной, офисной работе и вообще служебной деятельности, а также в личных целях, но и актуализирует проблемы правовой охраны объектов авторских прав при применении технологий мультимедиа. Мультимедиа доходят до потребителя с помощью электронных или оптических носителей: автономно — путем использования дисков CD-ROM, CD-I, CD-G, Data-Diskman, либо в оперативном режиме — через обращение к местной или международной сети (сверхскоростной информационной магистрали).

И в том и в другом случаях надлежит принять меры для обеспечения защиты авторских прав (права на воспроизведение, сообщение публике, цифровую передачу данных или трансляцию, защиту моральных прав и т.п.). Режим охраны должен распространяться и на произведения, используемые в традиционных средствах сообщения, поскольку развитие технологии обработки данных с помощью сканера, программ оптического распознавания (OCR) и даже принтеров позволяет любому лицу отсканировать книгу дома, предоставить ее, например, в Интернет, в которой 20 миллионов пользователей могут манипулировать ею по своему усмотрению: распечатывать, видеоизменять, заново заводить ее в сеть и т.д.

Самым распространенным средством в настоящее время является диск CD-

ROM.

Что входит в это понятие? Если приравнять продукцию мультимедиа к другим профессиональным сферам, то, по мнению некоторых авторов, больше всего здесь обнаруживается сходство с кинематографией. Продюсеры разрабатывают генеральный план работы, определяют подлежащие обсуждению финансовые затраты и осуществляют контроль за ними, принимают решения по маркетингу и политике продажи и распространения. Авторы «содержания» приносят ранее созданные произведения интеллектуального творчества для их включения в фильм или адаптации. Привлекаются актеры, художники-графики, фотографы, видеооператоры и т.п., программисты разрабатывают новые или совершенствуют старые программы, необходимые для создания продукта.

Правовые проблемы в связи с мультимедиа возникают большей частью из-за того, что при создании данного продукта в его содержание весьма щедро включаются уже опубликованные и охраняемые фотографии, кино- и видеоклипы, архивные и иные записи звуковых эффектов и т.п., что связано с выяснением состояния охраны входящих в такое содержание произведений, получением в необходимых случаях разрешений, проверкой круга правомочий наследников и прочих правопреемников авторов и т.д., а также определением того, не является ли данное произведение общественным достоянием и на какую территорию данный юридический факт распространяется.

Авторы и исполнители высказывают озабоченность по поводу использования их авторских прав в средствах мультимедиа в связи с нередкими потерями в результате невыплаты авторского вознаграждения за использование произведений в такой форме, а в ряде случаев искажениями произведений, имеющими место как в сущностном плане, так и по техническим причинам (обусловленным ограниченными возможностями микрокомпьютеров в том, что касается выбора цвета, плотности элементов изображения, технических параметров колонок и т.п.).

Все это вместе взятое вызывает необходимость рассмотрения данных вопросов в юридической плоскости. Поскольку явление, о котором здесь идет речь, для многих стран достаточно новое, их законодательная и судебная практика еще не определилась с выработкой соответствующих решений. Неопределенность в плане правовых подходов, безусловно, усугубляется расхождениями в авторско-правовых конструкциях, используемых в различных национально-правовых системах. Это касается норм по кино- и аудиовизуальной продукции, авторство на которую, например, в англо-американском праве принадлежит в основном изготовителям (продюсерам), в отличие от других объектов, исключительное право на которые принадлежит авторам. В иных случаях, скажем, в части защиты авторских прав на компьютерные программы в некоторых странах (прежде всего континентальной системы) охрана предоставляется самим создателям, причем не только в отношении личных неимущественных прав, но и исключительных прав использования. В их рамках не допускаются обычно принятые в авторском праве исключения применительно к ограниченному копированию для частного

пользования.

Произведение мультимедиа — как правило, сложный продукт, сочетающий в себе несколько видов объектов охраны (фотографического, кинематографического, музыкального, литературного, живописного, программного и т.д. произведения), вследствие чего суду, рассматривающему дело, трудно, к примеру, определить, с каким жанром он имеет дело — аудиовизуальным, так как в нем имеются изображение и звук, либо с программным обеспечением, поскольку объект состоит из файлов информации и компьютерных программ; следует ли подчинять решение вопроса общим правилам (в частности, как отмечено выше, допускающим частное использование) или же целесообразно исходить из специального запрета распространения произведения путем любого копирования, и т.д.

Вследствие изложенного становится очевидной необходимость урегулирования возникших проблем так называемым встречным порядком — путем создания национально-правовых норм, предназначенных регламентировать новые разновидности отношений, а также посредством разработки соответствующих правил на международном уровне. В части первой составляющей регулирования следует отметить обновление авторского права в таких государствах, как Китай, Япония, Индонезия, Шри-Ланка, Республика Корея, Бразилия, Колумбия; в двух последних проведены изменения, позволяющие им присоединиться к Соглашению ТРИПС и Бернской конвенции. Особого внимания заслуживают США, в которых активизирована деятельность законодательных и исполнительных органов в рассматриваемой области: в частности, по имплементации упомянутого Соглашения ТРИПС. Кроме того, 1 ноября 1995 г. там принят Закон о праве исполнения звукозаписей с использованием цифровой технологии, 29 февраля 1996 г. — Закон о телекоммуникациях; в тот же период был подготовлен законопроект об охране авторского права в национальной информационной инфраструктуре. С февраля 2001 г. действует директива ЕС, предусматривающая охрану авторских прав на литературные, музыкальные и кинематографические произведения, размещенные в глобальной сети «Интернет».

Действующее законодательство Японии не признает никаких прав в отношении цифрового воспроизведения. Согласно ее авторскому праву произведение можно свободно использовать через 15 лет после смерти автора.

Таким образом, если в этой стране обратиться с иском о незаконном копировании (воспроизведении произведения) с помощью цифровой передачи, можно ожидать, что дело будет проиграно, так как нет зафиксированного в законе правового основания защитить данный иск. А поскольку отсутствует нормативное решение данного вопроса, любое произведение может быть свободно размножено благодаря легкой и качественной технологии цифрового копирования.

Подобная ситуация и ее перспективы, если не будут произведены необходимые изменения на законодательном уровне, вызывают отрицательную реакцию исследователей. Вот как оценивает существующую и эвентуальную практику в данной области японский автор Масауки Мацуда: «В случае книгопечатания данные проблемы почти никогда не возникают. Если вы захотите напечатать то же произведение, что и другая компания, все равно это вам обошлось бы примерно в такую же сумму и, следовательно, шанс получения прибыли был бы невелик. С цифровой же

технологией воспроизведение материала становится быстрым, дешевым и простым. Сегодня можно сделать бизнес либо на хорошо подобранной уже имеющейся информации, которая больше не охраняется авторским правом или перешла в разряд общественного достояния, либо с помощью кражи информации, которую другие тщательно собирали и преобразовывали в цифровую форму. Если будут происходить такие вещи, никто не захочет утруждать себя первичным сбором и обработкой информации. Более того, все большее число людей предпочтут скрытно накапливать информацию и делиться ею только с теми, кто заплатит высокую цену за привилегию обладать ею».

Применительно к решению проблем мультимедиа в Японии в 1990 г. был учрежден подкомитет Совета по авторскому праву в сфере мультимедиа под эгидой Агентства по вопросам культуры, который в рамках специальной рабочей группы разработал в феврале 1995 г. доклад, состоящий из 23 разделов, содержащих предложения и мнения специалистов всех профилей. По оценкам экспертов, работа над соответствующим нормативным актом потребует не менее пяти лет.

Аналогичный подход и практика прослеживаются в Испании. Частное копирование разрешено, хотя и требует оплаты сбора при покупке аудио- или видеокассеты. Однако пока в стране не разрешен вопрос: а подходит ли этот термин для обозначения такого воспроизведения, которое может осуществляться тысячами или миллионами пользователей в сети.

В аспекте второго элемента регулирования следует обратить внимание на деятельность двух специализированных учреждений ООН — ЮНЕСКО и ВОИС, а также других межправительственных и неправительственных международных организаций, которые в течение уже достаточно длительного времени уделяют внимание этим проблемам. Так, проанализировав образовательные, научные и культурные аспекты новых информационных и коммуникационных технологий, Генеральная ассамблея ЮНЕСКО на своей 28 сессии (25 октября — 16 ноября 1995 г.) приняла решение об изучении на региональном уровне и в рамках Программы действий на 1996—1997 гг. влияния электронных мультимедийных коммуникационных технологий (информационных магистралей) на охрану и распространение интеллектуальных произведений и организацию различных сфер коммуникаций в новом контексте цифровой технологии. В соответствии с упомянутым решением был созван Комитет экспертов по коммуникациям и авторскому праву в информационном обществе. По инициативе ЮНЕСКО проведен Международный симпозиум по авторскому праву и коммуникации в информационном обществе (11—14 марта 1996 г., Мадрид). На региональном уровне данными вопросами занимался, например, Комитет экспертов стран Азии, Тихоокеанского бассейна и Ближнего Востока по коммуникациям и авторскому праву в информационном обществе (25—29 ноября 1996 г., Нью-Дели). Другие международные встречи регионального масштаба проходили для Латинской Америки и Канады — в 1996 г. в Боготе, для Европы и Африки — соответственно в 1997 и 1998 гг. Имелось в виду в ходе этих встреч побудить государства урегулировать внутреннее законодательство по такого рода вопросам с целью приведения его в соответствие друг с другом.

Комитетом по праву и законодательству СИЗАК (Международной конфедерации обществ авторов и композиторов) 29—31 мая 1996 г. в Торонто



(Канада) обсуждался доклад Рабочей группы, созданной в 1995 г., по новым технологиям и законодательству, в котором рассматривались вопросы правовой классификации передачи в режиме он-лайн, определении законодательства, применимого к случаям цифровой передачи, отнесения мультимедийных средств к той или иной категории.

Доктрина разных стран, включая США, Японию и государства—члены Европейского союза, заостряет внимание на общих проблемах. Но до сих пор не выработано единого мнения о путях их решения. К примеру, согласование концепций в отношении копирования наталкивается на разногласия по одному из аспектов. Все согласны с тем, что использование копировального устройства, копирование данных на гибком диске или загрузка компьютерных программ на жестком диске являются формами воспроизведения, следовательно, при несанкционированном использовании представляют собой нарушения авторского права. В то же время специалисты спорят, является ли воспроизведение на экране формой копирования, если действующая программа охраняется авторским правом. В США, странах Европы и ВОИС утверждается, что подобные промежуточные копии следует рассматривать как воспроизведение, в Японии защищается другая позиция.

Комитет СИЗАК высказался, в частности, за то, чтобы относить цифровую передачу к воспроизведению, когда в результате ее создаются копии, и к показу, если она просто выводит произведение на экран монитора. При этом предлагалось по—новому подойти к определению понятий «публика», «выпуск в свет», «передача в эфир или распространение по проводам», по крайней мере на уровне законодательств отдельных стран. Такая позиция близка той, которую заняла ЮНЕСКО в ходе работы экспертных комитетов ВОИС над протоколом к Бернской конвенции и новым документом о смежных правах.

Проблема применения законодательства, которому должна подчиняться трансграничная передача информации в цифровой форме, не урегулирована ни в одном из международных соглашений в области охраны авторских прав, что ставит вопрос об автономии воли в договорных отношениях, характерной для определения применимого права, а следовательно, для установления конкретных объема и характера ответственности при нарушениях авторских прав, согласно положениям национального права определенного государства. Разработка экспертных докладов и их обсуждение в рамках различных международных форумов не помогли снять остроту некоторых из этих проблем, а также устранить «белые пятна», которые возникают в дополнение к уже имеющимся в результате той или иной квалификации (например, в случае отнесения мультимедийных произведений к аудио-, видеопродукции, «совместным произведениям», «коллективным произведениям» и т.д.), и задача создания нормативных регламентов по этому и иным вопросам остается по-прежнему актуальной.

### **Контрольные вопросы:**

1. Какими средствами преодолевается территориальный характер авторского права?
2. Что понимается под «смежными правами»?
3. Каковы международно-правовые основы регулирования авторского права и смежных прав?
4. Каковы особенности и отличия Бернской конвенции по охране

литературной и художественной собственности и Всемирной конвенции об авторском праве?

5. Какие акты регулируют сотрудничество стран СНГ в области охраны авторских и смежных прав?

6. Каковы авторские права иностранных авторов на территории Российской Федерации?

7. В чем состоят особенности правового регулирования авторских прав в киберпространстве?

## **Раздел пятый. Право наследования в международном частном праве**

### **Глава 28. Наследственные отношения**

**Литература:** *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 173—187; *Раане Л.* Международное частное право. М., 1960. С. 379—423; *Рубанов А.А.* Применение советских законов о наследовании в международном частном праве//Очерки международного частного права. М., 1962. С. 137—152; *Он же.* Заграничные наследства: отношения между социалистическими и капиталистическими странами. М., 1975; *Луниц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 410—440; *Гольская Д.Х.* Правовые проблемы сотрудничества социалистических и капиталистических стран в делах о наследовании. М., 1980; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 153—173; Сборник договоров об оказании правовой помощи. М., 1996; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 358—371; *Он же.* Международное частное право: Практикум. М., 1999; *Кох Х. Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. М., 2001. С. 119—150.

#### **§ 1. Коллизионные вопросы наследования**

В международном частном праве едва ли можно найти еще такую же область, которая обладала бы столь устойчивым «международным» характером и длительной историей, как право наследования. О том, насколько велика роль данного института вообще, свидетельствуют слова Рудольфа Иеринга, который отмечал, что «право наследования есть условие всего прогресса человеческого общества в аспекте истории цивилизации». В наиболее ранних дошедших до нас памятниках материальной культуры, относящихся к МЧП, получили закрепление именно правила, регулирующие наследственные отношения. Так, договор князя Олега с греками 911 г. применительно к русским, находящимся на службе в Греции у греческого царя, предусматривал: «Если кто из них умрет, не завещав своего имущества, а своих родственников у него в Греции не будет, то пусть возвратят все его имущество ближайшим родственникам на Руси. Если же он составит завещание, то пусть тот, кому он написал распоряжение наследовать имущество, — устанавливал далее договор, — возьмет имущество и наследует в нем».

В силу того обстоятельства, что данный вид отношений как никакой другой испытывает на себе влияние исторических, этнических, религиозных и других факторов, нормы, регламентирующие право наследования в различных

государствах, принципиально разнятся, и поэтому унификация материально-правовых предписаний в данной сфере не только существенно затруднена, но и вообще вряд ли возможна. Подобные различия касаются основополагающих факторов: круга лиц, могущих претендовать на наследование по закону, формы завещательного распоряжения, прав и обязанностей наследополучателей и т.д.

Однако унификация коллизионных норм в рассматриваемой сфере МЧП представлялась актуальной еще в конце XIX — начале XX в., поэтому одними из первых международных соглашений, попытавшихся закрепить единообразное регулирование международных частно—правовых отношений, стали именно конвенции, посвященные вопросам наследственного права. В частности, в 1900 г. на Гаагской конференции были сделаны конкретные шаги по разработке конвенции о порядке разрешения коллизий в области наследования, основным принципом которой провозглашалось единство наследования на основе привязки к национальному закону наследодателя (что было подтверждено и позднее, на конференциях 1904, 1925, 1928 гг.), применяемого как к движимому, так и недвижимому имуществу. И хотя конвенция так и не вступила в силу, сам факт ее создания говорит о многом.

На смену феодальному отрицанию наследования после иностранца (фр. *droit d'aubaine*), в результате чего все имущество, принадлежащее иностранцу, после его смерти захватывалось местным феодалом, вместе с буржуазными революциями пришли окончательная отмена *droit d'aubaine* и уравнивание в правах иностранных наследодателей с отечественными гражданами (подданными).

Развитие коллизионного наследственного права в течение веков сводится, в сущности, к борьбе трех коллизионных начал: личного закона (гражданства или закона местожительства), закона места составления акта (завещания) и закона местонахождения вещи. Для наследственных отношений чрезвычайно важное значение имеет разделение вещей на движимые и недвижимые. Известное разграничение подходов к коллизионному регулированию на основе принципа местонахождения вещи применительно к недвижимостям и личного закона — в отношении движимого имущества, характерное для вещно-правовых отношений, сказывается и в наследственном праве. На основе такого разграничения можно провести соответствующую классификацию существующих в мире систем разрешения конфликтов законов в области регулирования наследственных отношений.

Это, во-первых, правовые системы, разделяющие наследственную массу на недвижимое и движимое имущество и соответственно этому подчиняющие наследование недвижимых вещей закону места их нахождения, а движимых — личному закону наследодателя. К государствам, которые их придерживаются, относятся Франция, Бельгия, Англия, США, КНР.

В отношении Китая следует сказать, что правовые подходы этого государства к решению коллизионных проблем наследования в течение последних десятилетий претерпели существенное изменение. С принятием Общих принципов гражданского права и Закона о наследовании 1985 г. традиционный метод разрешения коллизий, выраженный некогда в ст. 20 Советско-китайской консульской конвенции 1959 г. и устанавливающий, в частности, «национально-территориальный принцип» («движимое и недвижимое имущество, составляющее наследство наследодателя — гражданина одной Договаривающейся Стороны и находящееся на территории другой Договаривающейся Стороны, регулируется правом того государства, где находится такое имущество»), был заменен коллизионными нормами более

общего характера, практикуемыми в большинстве стран мира, а именно — раздельного подхода и подчинения наследования в движимом имуществе закону постоянного места жительства (*lex domicilii*), а наследование в недвижимой собственности — закону места ее нахождения.

Во-вторых, системы регулирования наследственных отношений, которые исходят из единства наследственной массы и устанавливают применение общей для всех видов вещей коллизионной привязки — к закону гражданства наследодателя или его последнего места жительства. В числе применяющих их государств — Чехия (закон гражданства), Польша (закон гражданства), Монголия (закон постоянного места жительства), Венгрия (закон, который на момент смерти лица может считаться его личным законом), Австрия, Япония, Германия, Греция, Италия, Португалия, Египет, Сирия, Алжир и др. Статья 1224 ГК РФ в противовес предшествующей регламентации дифференцирует наследственный статут в зависимости от принадлежности наследственного имущества к движимым или недвижимым вещам.

Статья 16 Гражданского кодекса Алжира подчиняет наследование, содержание и форму завещания или иного распоряжения закону гражданства наследодателя, действующему на момент смерти лица. Эта норма, как пишет М. Иссад, берет свое начало в мусульманской традиции, согласно которой наследование включается в категорию личного статуса и в силу этого подчиняется закону гражданства. В шариате положение лица, включая его личные и имущественные отношения, определяются законом сообщества, к которому оно принадлежит.

Привязка наследования к закону гражданства, будучи частью формально включенного в испанский Гражданский кодекс принципа определения широкого диапазона прав и статуса личности (ст. 9), рождает тем не менее немало различных проблем, в частности в случаях изменения гражданства. Исследователи испанского права (Бернд Хофманн и Антонио Ортис-Арсе) подчеркивают, что внесенные в ГК этой страны в 70-е гг. соответствующие дополнения направлены на учет региональных особенностей, действующих в стране. Например, в силу презумпции, что распоряжения, сделанные в завещании и завещательных документах, регулируются законом гражданства лица, действующим в момент составления завещания, в качестве действительных должны рассматриваться и так называемые «соглашения о наследовании», принятые в каталонском праве, но запрещенные в общем праве (ст. 658 и 1271.2 ГК Испании). В том что касается формы завещаний, то согласно ст. 11.2 ГК расширяется спектр правопорядков, которыми могут регулироваться вопросы формы выражения воли завещателя. Помимо закона гражданства, сфера которого, как видно из вышеприведенного, ограничена, применяется также и *lex causae*. Однако даже допуская эквивалентность форм и видов завещаний, наследственный статут (*lex causae*) может воспретить испанским гражданам, на которых распространяется действие общего права, составлять «принудительные завещания» или завещания через представителя за рубежом (ст. 699, 670, 733 ГК), а также исключить другие виды завещательных распоряжений, совершенных в Испании. В частности, иностранный наследственный статут как закон гражданства лица может, например, угрожать недействительностью завещаниям, которые составляются в определенной форме, специфически известной праву Испании (например олографическим завещаниям).

Устанавливая единую коллизионную привязку, согласно которой вся наследственная масса должна в принципе регулироваться одним правопорядком

(правом одного государства), некоторые из перечисленных стран все же отводят здесь место и собственному закону. Это происходит в отношении недвижимой собственности, расположенной на их территориях. Например, монгольский закон предусматривает императивное применение национального права в случаях, когда речь идет о содержании наследования, круге наследников, их правах и обязанностях, форме завещания и т.д., касающихся строений и другого недвижимого имущества, находящегося соответственно на территории МНР.

При определении закона гражданства законодательства некоторых стран используют довольно многозначные понятия и конструкции. Так, Закон Японии, касающийся применения законов вообще, 1898 г. (в редакции 1989 г.) указывает, что наследование подчиняется «отечественному закону» наследодателя (ст. 26). Что же подразумевается под этой категорией? Статья 28 специально посвящена ответу на данный вопрос. «В случае, если лицо обладает гражданством двух или более государств, таковым будет право страны, в которой это лицо имеет свое постоянное место жительства, либо, если такой страны не имеется, будет действовать право того государства, с которым данное лицо наиболее тесно связано. При этом предусматривается, что если одним из таких гражданств является японское гражданство, в качестве отечественного закона будет выступать право Японии».

Закон о международном частном праве Швейцарии в принципе предусматривает единую привязку к закону domicilia наследодателя. Так, к наследованию после лица, имеющего последнее место жительства в Швейцарии, будет применяться швейцарское право, а к наследственным отношениям лица, последний domicilio которого находится в иностранном государстве, должно применяться право, к которому отсылают коллизионные нормы страны его последнего места жительства (ст. 90, 91).

На позициях единой коллизионной привязки стоит и Кодекс Бустаманте. В соответствии с его ст. 144 «наследование по закону и по завещанию, в частности, круг наследников, объем их прав и действительность содержания завещательных распоряжений, регулируется, кроме отдельных случаев, личным законом наследодателя, вне зависимости от характера имущества и места, где оно находится».

Пока не была принята третья часть Гражданского кодекса РФ, российские нормы, регулировавшие наследственные отношения, были представлены Основами ГЗ Союза ССР и республик 1991 г. (разделом VI «Наследственное право» и разделом VII «Правоспособность иностранных граждан и юридических лиц. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров»), а также соответствующими статьями ГК РСФСР 1964 г.

Сегодня третья часть ГК РФ содержит масштабное материально-правовое (разд. V «Наследственное право») и коллизионное регулирование (ст. 1224). В том, что касается коллизионных норм следует обратить внимание на некоторые детали, вносящие элементы существенных новелл. Например, выделяется институт наследования недвижимых вещей в особую категорию наследственных отношений: «наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится имущество». Причем в статье говорится не только о строениях и другом недвижимом имуществе, находящемся на территории РФ, как это зафиксировано в Основах 1991 г., а вообще о «недвижимом имуществе», что свидетельствует об отходе от общего принципа единства наследственной массы, свойственного прежнему регулированию. Указанное обстоятельство получило соответствующее

выражение в общей коллизионной норме (п. 1 ст. 1224): «Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее постоянное место жительства, *если иное не предусмотрено настоящей статьёй*» (выделено мною. — Л.А.). Кроме того, отражая специфику российского права в части отнесения к категории недвижимого имущества и некоторых видов движимых вещей — транспортных средств (морских, воздушных и речных судов, а также космических объектов и т.д.), ГК предусматривает, что наследование имущества, которое внесено в реестр в Российской Федерации, подчиняется российскому праву. Способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, а также форма такого завещания или акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания или акта. Тем не менее сохраняется ранее существовавшее положение о том, что 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 (п. 2 ст. 1224).

Модельный кодекс стран СНГ предлагает более развернутую регламентацию наследственных отношений. Так, в нем выделены специальные разделы: «Отношения по наследованию», «Наследование недвижимого имущества, подлежащего внесению в государственный реестр» и «Способность лиц к составлению и отмене завещания, форма завещания и акта его отмены». Кроме того, модельное регулирование исходит из двух возможностей подчинения наследственных отношений: праву страны, где наследодатель имел последнее постоянное место жительства, с учетом иных норм, касающихся особых видов наследственного имущества (объектов недвижимой собственности), а также избранному самим наследодателем в завещании правопорядку государства, гражданином которого он является (ст. 1233). Аналогично этому выбор наследодателя между двумя правопорядками (законом постоянного места жительства или законом гражданства) распространяется и на вопросы определения способности лица к составлению и отмене завещания, а также его формы либо актов его отмены. При этом завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если последняя удовлетворяет требованиям места составления акта.

## **§ 2. Правоспособность иностранцев в отношениях по наследованию. Способность быть участниками производства в наследственных делах**

Как уже отмечалось, в конкретных государствах правовое положение иностранцев в имущественной сфере, в том числе в области наследственных отношений, не всегда уравнивалось с гражданским статусом собственных граждан и их правами даже формально. Рассмотренные выше ведущие принципы коллизионного регулирования позволяют получить должную картину правового регулирования отношений по наследованию в совокупности

с анализом действия материально-правовых норм, касающихся их существа, а также практики их применения в некогда имевшихся и существующих ныне условиях ряда стран.

Например, во Франции существует специфический институт «права отчисления» (*droit de rййvement*), т.е. если наследство частично находится на французской территории, а частично в других государствах, то французские граждане, которые не являются наследниками в силу иностранного закона, применимого к наследованию, но которые могли бы ими стать, будь применимым правом французский закон, имеют право получить из наследственной массы, расположенной на территории Франции, долю, на которую они могли бы претендовать, если бы наследственным статутом являлось французское право.

По старому Вводному закону к ГГУ гражданин ФРГ вправе предъявить домицилированному в Германии иностранцу-наследнику претензии, основанные на праве ФРГ, даже если они и не могут иметь места по закону того иностранного государства, которому подчинено отношение по наследованию. Это правило, однако, не применялось в обстоятельствах, когда по закону страны, к которой принадлежит наследодатель, наследство домицилированного в этой стране немца подчиняется германскому праву (ст. 25 Вводного закона ГГУ). Фактически здесь предусматривалось требование взаимности, т.е. требование о том, чтобы правопорядок страны, в которой домицилирован немец, допускал обращение к закону ФРГ как к закону гражданства наследодателя. Изъятие же из общего коллизионного правила, установленного рассматриваемыми положениями права ФРГ, — возможность обращения претензий к наследнику — представляет собой не что иное, как ответную меру в тех случаях, когда право Германии не применяется к постоянно проживающим на территориях соответствующих стран немцам. А это имеет место только в ситуациях, когда местный закон определяет статут наследования на основе принципа домицилия.

Подобного рода ограничение, как видно, закреплено в законе. Между тем в исторической ретроспективе нередко можно найти примеры обращения к самым разнообразным приемам и методам. Не столь далеко ушли времена, когда в писаном праве и в правоприменительной сфере некоторых стран всемерно использовались либо изъятия из общих подходов и принципов, либо соответствующее их толкование для целей ограничения в наследственных правах иностранцев (преимущественно отдельных их категорий), с одной стороны, и установления особых привилегий для национальных субъектов и соответственно умаления прав иностранных граждан, а также более широкого распространения на иностранцев собственного законодательства и т.д., — с другой.

Во время «холодной войны» и в периоды, ей предшествующие, нередкими были случаи, когда при рассмотрении западными судами дел с участием советских граждан либо граждан других социалистических стран выносились решения не в пользу наследников, принадлежащих к указанным государствам, без какого бы то ни было формального обоснования, вытекающего из закона, а только в силу принадлежности к таким государствам.

Для упомянутых целей судебные учреждения прибегали к различным средствам. Поскольку в современной жизни какая бы то ни было дискриминация противоречит международному публичному праву, явное ее использование было бы противоправным и потому недопустимым. С учетом же легального закрепления в большинстве

случаев многими государствами принципа национального режима, согласно которому все иностранцы приравниваются к собственным гражданам, поставить наследников из социалистических или иных «нежелательных» стран в неравноправное положение можно было только с помощью казуистических методов в разрешении соответствующих дел в рамках судебных процессов.

Дискриминационные по существу меры состояли и в требовании личной явки в суды наследников из стран «железного занавеса», и в установлении для них особых правил доказывания, а также средств идентификации личности, применении оговорки о публичном порядке и т.п.

Наиболее распространенным правилом, направленным на ограничение прав наследников-иностранцев, является требование об их личной явке. В некоторых из штатов США подобные правила устанавливались судами самостоятельно (Висконсин), в других — законом (Массачусетс, Монтана).

Например, в штате Монтана правило о личном присутствии комбинируется с требованием о взаимности, вследствие чего наследственные суммы, причитающиеся иностранцам—гражданам тех стран, которые предоставляют американцам «взаимное субъективное право наследовать», но ограничивают перевод денежных сумм в США (а в прошлые времена это было реальностью в восточно-европейских странах и СССР), превращались судом в доверительную собственность. Наследник может требовать от суда прекращения доверительной собственности и выдачи ему суммы только в том случае, если он находится в штате Монтана.

Требование о личной явке выдвигалось судебными учреждениями даже в случаях, когда в качестве наследников выступали лица, не располагавшие физическими возможностями явиться в суд (например, в деле, рассматриваемом итальянским судом г. Сан-Ремо, было потребовано, чтобы в суд явилась наследница, которой было... 80 лет).

При рассмотрении наследственных дел главными обстоятельствами, требующими доказывания, являются факты родства и подтверждение личности наследника, иные обстоятельства, обосновывающие требования и возражения сторон. Суды нередко выносили отрицательные решения, отказывая наследникам из восточных стран по мотивам недоказанности тождественности их личности.

Например, суд по наследственным делам округа Филадельфия (штат Пенсильвания) в деле Григория М. отрицательно решил вопрос о тождественности наследников, несмотря на то что они лично были у американского консула в Москве и он написал, что они себя идентифицировали, а затем и бывший вице-консул США непосредственно в суде подтвердил их идентичность, суд тем не менее пренебрег исчерпывающим характером представленных подобным образом доказательств и постановил, что наследники должны лично удостоверить свою тождественность. Указанное осуществлялось на основе презумпции нетождественности, которую при необходимости можно сделать неопровержимой.

Кроме того, в практике американских судов иногда встречались невообразимые допущения. Так, суд округа Уэйн штата Мичиган в ряде решений заявил, что все наследники, место жительства которых находится на территории социалистических государств, должны считаться (!) «лицами,



пропавшими без вести». Это дает возможность судам объявить, что наследственные претензии поданы ненадлежащими лицами, даже если в материалах дела присутствуют документы и факты, подтверждающие обратное.

Презумпция нетождественности использовалась судами и в европейских странах. Так, известно дело греческой подданной Жаннетты М., оставившей завещание в пользу советского гражданина.

Однако на наследство претендовали также и лица, жившие в Греции, которые подали в суд г. Аргостоли заявление о том, что лицо, участвующее в деле, и гражданин, в пользу которого сделано завещательное распоряжение, — разные люди. Греческий суд вынес соответствующее решение, в результате чего презумпция нетождественности стала основной в практике греческих судов.

Последние отклоняли все доказательства, в том числе и письменные, подтверждающие личность заявителей.

В одних случаях судебная практика англо-американских стран прибегала к такому средству, как завышение требований к формальным доказательствам, в других — к усложнению процедуры доказывания, если речь шла об участии в производстве граждан из восточно-европейских и иных бывших социалистических государств. Так, по англосаксонскому праву обязанность установить основания возникновения прав наследников лежит на администраторе наследства. Именно последний собирает доказательства, исследует их и представляет свои выводы в отчете, направляемом в суд. Распространенной является позиция судов в отношении того, что включение администратором лица в список наследников освобождает его от необходимости доказывать перед судом соответствующие факты, которые фигурируют в отчете, для обоснования наследственных притязаний. Вследствие этого имеет место презумпция (например в Пенсильвании), что лицо, включенное администратором в список, при отсутствии спора, является наследником. Тем не менее прямо противоположная гипотеза формулировалась тогда, когда таким лицом выступал гражданин из некапиталистических стран. Обращение же к оговоркам о публичном порядке в рамках судебной практики американских, английских и европейских судов при рассмотрении дел по наследованию характеризовалось экстремизмом и отсутствием какого бы то ни было юридического обоснования.

В частности, сиротский суд Пенсильвании в решении по делу Билимисича (Югославия) подчеркнул: «Поступление наследственных сумм жителям Югославии нарушит цели публичного порядка нашего штата, как они провозглашены законодательным собранием». В деле *Danish vs. «Guardian Life Insurance Company of America»*, разрешенном судом Нью-Йорка, отказ вынести решение в пользу польских граждан-наследников мотивирован тем, что «общие условия, существующие в коммунистической стране, ...фундаментально противоположны публичному порядку нашей собственной страны».

Таким образом, юрисдикционные органы западных государств прибегали и к «позитивной», и к «негативной» конструкциям оговорки о публичном порядке (подробнее об этом см. в гл. 12) в целях обоснования своих решений, выносимых против интересов наследников из социалистических стран. К тому же обращение к «публичному порядку» в условиях наличия двусторонних консульских конвенций в отношениях между рассматриваемыми категориями стран не выдерживает критики, поскольку, помимо прочего, в них

регламентируются формы участия и пределы полномочий консулов в наследственных делах при представлении интересов граждан страны, направившей консула.

В результате обстоятельства нередко складывались таким образом, что граждане социалистических государств, формально располагавшие правом быть участниками производства по наследственным делам, фактически не могли осуществлять свою правоспособность ввиду тенденциозного и дискриминационного по самой сути подхода, проявлявшегося в необоснованных ограничениях или неправомерных требованиях либо допущениях и презумпциях, предъявляемых к ним в судах западных государств.

### § 3. Форма завещания

Форма завещательного распоряжения определяется статутом, применимым к наследованию, — таково общее правило. Вместе с тем большинство стран мира предусматривает и возможность альтернативного решения коллизионного вопроса в этой сфере. В венгерском законе, например это осуществляется следующим образом: «К завещательным распоряжениям применяется правопорядок, который был последним личным законом наследодателя. Завещание и его отмена будут считаться действительными с точки зрения формы, если они удовлетворяют требованиям венгерского закона или: а) того закона, который действовал в момент и в месте совершения или отмены завещательного распоряжения, либо б) личного закона наследодателя в момент составления или отмены завещания либо смерти лица, или в) того закона, который действовал в стране domicilia наследодателя или его обычного местопребывания в момент составления или отмены завещательного распоряжения или смерти, либо г) закона местонахождения недвижимости в случае завещания такого имущества (п. 2 ст. 36).

Аналогичны по отношению друг к другу постановления российского и монгольского законов по данному поводу: «...форма и содержание завещания и его изменения подчиняются праву того государства, где наследодатель имел свое постоянное местожительство в момент составления акта или его изменения. Однако если завещание или его изменение удовлетворяют требованиям права места их совершения или таковым монгольского права, они не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы» (п. 2 ст. 436 ГК МНР).

Чешский и польский законодатели иначе подходят к затронутому вопросу и не распространяют отечественное право на регламентацию действительности завещания с точки зрения формы с помощью альтернативной привязки. В § 18 Закона о международном частном праве и процессе Чехии и ст. 35 польского закона предусматривается, что форма завещания определяется правом государства, гражданином которого был наследодатель в момент составления завещания; достаточно, однако, если был соблюден закон государства, на территории которого было составлено завещание. «Это правило, — добавляется в чешском акте, — действует и в отношении отмены завещания».

Весьма характерным с позиций, предложенных в нормативном акте привязок, регулирующих форму завещания, предстает японский Закон о праве, применимом к форме завещания от 10 июня 1964 г. № 100. В частности, его ст. 2 устанавливает: «Форма завещательного распоряжения будет считаться

действительной, если она соответствует: 1) праву места совершения акта (*lex loci actus*); 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, в которой наследодатель имел постоянное место жительства в момент составления завещания или смерти; 5) в отношении недвижимости — закону страны, на территории которой находится недвижимое имущество (*lex situs*)».

Следует отметить, что приведенное регулирование воспроизводит нормы Гаагской конвенции 1961 г. о праве, применимом к форме завещания, участницей которой наряду с другими странами является и Япония (для нее Конвенция вступила в силу со 2 августа 1964 г.).

Согласно действующему Вводному закону ГГУ, содержащему новое регулирование о международном частном праве, решение вопросов наследственных отношений сходно с вышеприведенным, поскольку ФРГ также участвует в Гаагской конвенции и так же, как и Япония, инкорпорировала ее в свое внутреннее право (ст. 25, 26 Вводного закона ГГУ с изменениями и дополнениями 1986, 1991, 1992 гг.).

Весьма широкий спектр коллизионных привязок для определения закона, которому подчиняется форма завещательного распоряжения, сформулирован в некоторых двусторонних договорах о правовой помощи. Например, примечательна статья 22 советско-кипрского Договора о правовой помощи по гражданским и уголовным делам от 19 января 1984 г.: «Завещание гражданина договаривающейся стороны по своей форме признается действительным, если при его составлении было соблюдено: 1) законодательство государства, на территории которого завещание было составлено; или 2) законодательство договаривающейся стороны, гражданином которой наследодатель был в момент составления завещания или в момент своей смерти, или законодательство государства, на территории которого наследодатель имел в один из указанных моментов местожительство» (п. 1). В части, касающейся недвижимого имущества, завещание признается действительным, если соблюдено законодательство договаривающегося государства, на территории которого находится недвижимое имущество (п. 2). Приведенные положения относятся и к отмене завещания. Аналогичны постановления ст. 25 советско-финляндского Договора, датируемого 12 августа 1982 г.

#### **§ 4. Конвенционное регулирование отношений по наследованию**

Одним из немногочисленных документов в области наследования многостороннего характера является Гаагская конвенция о коллизиях законов, касающихся формы завещательного распоряжения, от 5 октября 1961 г. Она, помимо указанной выше ассоциации коллизионных норм, содержит нетрадиционное положение о совместном завещательном распоряжении двух или более лиц (ст. 4), форма которого подчиняется тем же коллизионным правилам, что и в обычных случаях завещания, сделанного одним наследодателем (ст. 3). При этом вопрос о том, имеет ли конкретное лицо domicilio в данном государстве, решается по праву этого последнего (ст. 7). В ней содержится также и положение, отменяющее применение иностранного права в случае его противоречия публичному порядку данного государства (ст. 8).

Из многосторонних международно-правовых соглашений в области наследственных отношений следует упомянуть еще одну конвенцию, также посвященную форме завещания, — Вашингтонскую, — заключенную на дипломатической конференции 26 октября 1973 г., которая установила единую форму международного завещания.

Весьма специфичному вопросу посвящена Гагская конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц от 2 октября 1973 г. Российская Федерация в данной конвенции не участвует. В силу ее положений договаривающиеся государства учреждают международный сертификат, определяющий лицо или лица, уполномоченные управлять движимым имуществом умершего лица, и указывающий его или их полномочия (ст. 1). Такой сертификат, составленный по определенному в Конвенции образцу в одном договаривающемся государстве, признается в других участвующих в международном соглашении странах. Сертификат составляется компетентным органом в государстве обычного проживания умершего. Для определения владельца сертификата и указания его полномочий компетентный орган применяет свое внутреннее право, за исключением следующих случаев, когда он применяет национальное право того государства, гражданином которого являлся умерший: 1) если и государство обычного проживания, и государство его гражданства сделали заявление, предусмотренное в статье 31; 2) если государство его гражданства, но не государство его обычного проживания, сделало заявление, предусмотренное в статье 31, и если умерший жил в государстве органа, выдавшего сертификат не менее 5 лет непосредственно до его смерти (ст.3). Перечень возможных полномочий владельца сертификата, упомянутых в Конвенции, устанавливает, например, следующие действия: получение информации о наследственной массе и долгах, принятие к рассмотрению завещаний и других документов относительно наследственного имущества, принятие превентивных или срочных мер, инкассирование долга и выдача расписок, продажа, назначение цены, предъявление иска, оспаривание требований, заключение мировых соглашений, раздел имущества и т.п.

В региональном масштабе проблемы «трансграничного» наследования в отношениях, скажем, между странами СНГ разрешаются посредством многосторонней Конвенции 1993 г. о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. В ней отражен весь спектр направлений правового регулирования наследственных отношений: от закрепления принципа равенства в наследовании по закону и по завещанию граждан договаривающихся государств в сравнении с их собственными гражданами (ст. 44) до урегулирования вопросов принятия компетентными учреждениями мер по охране наследства (ст. 50).

К примеру, наследование имущества (квартиры, принадлежащей наследодателю на праве личной собственности и расположенной в г. Москве, и дачи, находящейся в пригороде города Акмолы, а также денежных средств, хранящихся на счетах в банках г. Киева и Женевы (Швейцария), оставшегося, допустим, после гражданина Казахстана, последним постоянным местом жительства которого была Москва, его двумя детьми — гражданами Украины будет подчиняться российскому праву в том, что касается денежных средств на банковских счетах и квартиры, находящейся на территории РФ, и праву Республики Казахстан в отношении дачи, расположенной в Казахстане, поскольку согласно Конвенции право наследования имущества определяется по законодательству

договаривающейся стороны, на территории которой наследодатель имел последнее место жительства. Однако право наследования недвижимого имущества подчиняется законодательству договаривающейся стороны, на территории которой находится имущество (п. 2 ст. 45 Конвенции).

При этом споры, которые могут возникать по подобного рода делам, будут рассматриваться соответственно: в отношении недвижимого имущества в учреждениях страны, на территории которой находится недвижимость, а движимого — судами государства, на территории которого наследодатель имел место жительства в момент своей смерти (ст. 48). Компетентные учреждения государств—участников Конвенции обязаны принимать в соответствии со своим внутренним законодательством меры, необходимые для обеспечения охраны наследства, оставленного на их территориях гражданами других государств, или управления им.

**Регулирование наследственных отношений в двусторонних договорах и соглашениях.** Помимо многосторонних соглашений, вопросы правового регулирования наследственных отношений получают отражение и в двусторонних документах: договорах о правовой помощи, консульских конвенциях. Административно-финансовые аспекты подобных отношений, т.е. налогообложение наследственной массы, разрешаются в соглашениях об устранении двойного налогообложения, число которых в настоящее время неуклонно растет. Причем это касается не только России, но и мировой практики вообще.

Согласно Консульской конвенции, заключенной между РФ и Республикой Корея 18 марта 1992 г., в число функций консула в государстве пребывания входит «охрана интересов граждан (физических и юридических лиц) представляемого государства в случае преемства («mortis causa») на территории государства пребывания в соответствии с законами и правилами государства пребывания» (ст. 37). В соответствии с Консульской конвенцией, заключенной с США, консул имеет право принимать во временную опеку собственность, оставленную умершим гражданином страны, направившей консула, если умерший не оставил наследника, исполнителя завещания, при условии, однако, что такая временная опека должна быть передана должным образом назначенному администратору (ст. 10).

Консульские учреждения и консульские представители играют чрезвычайно важную роль в реализации гражданами различных государств своих наследственных прав. Не случайно в консульских конвенциях и договорах о правовой помощи содержатся конкретные предписания о функциях, которые обязаны осуществить консульские власти того округа, на территории которого скончался гражданин представляемого государства.

Так, согласно Договору о взаимном оказании правовой помощи между СССР и Ираком, подписанному 22 июня 1973 г., соответствующее дипломатическое или консульское представительство договаривающейся стороны должно быть без промедления уведомлено, если на территории одной из сторон умрет гражданин другого договаривающегося государства. Такому учреждению должно быть также сообщено все, что известно о возможных наследниках, их местожительстве или пребывании, об объеме и стоимости наследства, а также о том, имеется ли завещание (ст. 38). Если местным учреждениям страны пребывания консула становится что-либо известно об имуществе умершего, оставленного им на территории третьего государства, они также должны уведомить об этом консульское представительство государства, направившего

консула. Если суд или иное компетентное учреждение договаривающейся стороны узнает, что в деле о наследстве, которое им ведется, заинтересован гражданин другой стороны, оно известит об этом дипломатическое или консульское представительство этого государства (п. 2 ст. 38).

Особыми случаями, подлежащими решению с помощью двусторонних межгосударственных инструментов, являются ситуации, когда гражданин одной договаривающейся стороны умирает во время поездки по территории другой договаривающейся стороны, где он не имеет постоянного местожительства. В подобных обстоятельствах находящиеся при нем вещи по описи передаются дипломатическому представительству или консульскому учреждению договаривающейся стороны, гражданином которой был умерший. Таковы правила многих двусторонних соглашений (ст. 46 договора с Чехословакией, ст. 39 договора с Монголией, ст. 39 договора с Ираком, ст. 48 договоров РФ с Эстонией, Республикой Молдова, Литвой, Кыргызстаном и др.).

Общим правилом в международно-правовой практике по наследственным делам с участием консула выступает положение о том, что консул представляет гражданина направившего его государства без особой доверенности. Право консула без доверенности представлять своих граждан на территориях других государств вытекает из постановлений Консульского устава СССР, сохраняющего свое действие в РФ (ст. 29). Консул выдает свидетельства о праве на наследство, принимает наследства для передачи находящимся в РФ наследникам, предпринимает меры по охране наследственного имущества, находящегося на территории его консульского округа или в целом государства пребывания. Вследствие этого и двусторонние соглашения о правовой помощи предусматривают соответствующие предписания. Так, на основании ст. 47 Договора между РФ и Республикой Албания о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанного 30 октября 1995 г., дипломатическое представительство или консульское учреждение одной договаривающейся стороны имеет право представлять интересы своих граждан по вопросам наследования перед органами другой договаривающейся стороны без особой доверенности, если эти граждане из-за своего отсутствия или по другим уважительным причинам не в состоянии своевременно защищать свои права и интересы и не назначили уполномоченного.

В связи с этим следует обратить внимание на то, что в судебной практике некоторых штатов Соединенных Штатов Америки, имеющих в рамках отечественного правопорядка требование о личном участии наследника при рассмотрении наследственных дел, принималось как соответствующее представление интересов наследников, проживающих за границей, именно консулами, осуществляемое. В частности, по законодательству штата Висконсин требуется, чтобы наследники, проживающие за границей, в течение четырех месяцев подали в суд прошение, касающееся наследства (в закона указано: «by heirs»). Суды интерпретировали это положение таким образом, что ходатайство должно быть предъявлено лично наследником. В противном случае наследство рассматривалось как незавещанное.

Например, Верховный суд штата (Висконсин) в деле Рейда при разбирательстве прошения, поданного в интересах болгарского гражданина консулом Болгарии, признал его отвечающим требованиям закона. В то же время суд округа Шибойген в деле о наследстве А. потребовал от советского гражданина личного присутствия, поскольку не считал возможным квалифицировать в

качестве его представителя американского адвоката, а прошение счел неподанным.

Для регулирования, имеющегося в двусторонних соглашениях о правовой помощи, характерна еще одна особенность. Закрепляя общий принцип национального режима в наследственных отношениях, такие договоры по-разному определяют сферу его действия, а в ряде случаев содержат соответствующие уточнения. Так, Договор с Финляндией, как и многие другие соглашения по аналогичным вопросам, устанавливает, что «граждане одной договаривающейся стороны приравниваются в правах к гражданам другой договаривающейся стороны, проживающим на ее территории». Сравним указанное с положениями Минской конвенции стран СНГ, где зафиксировано следующее: «Граждане каждой из договаривающихся сторон могут наследовать на территории других договаривающихся сторон имущество или права по закону или по завещанию на равных условиях и в том же объеме, как и граждане данной договаривающейся стороны» (ст. 44). Из сопоставления приведенных норм становится ясно, что двусторонние договоры о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам имеют в виду приравнивание не просто граждан договаривающихся сторон, а именно те их категории, которые проживают на их территориях. Иными словами, они предъявляют дополнительное требование о домицилировании соответствующих лиц на своих территориях, чтобы данный принцип национального режима мог быть к ним применен.

В новейших договорах о правовой помощи стали выделять особые случаи «коллизий» — в области оглашения завещаний. Несмотря на то что здесь необходимо вести речь не о коллизионной по своей юридической природе норме, представляется целесообразным обратить на это внимание. Так, в Договоре между РФ и Польшей 1996 г. 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 (ст. 43).

Еще один комплекс вопросов, по которым специально формулируются правила для включения в договоры о правовой помощи, все чаще присутствующие в них, касается выдачи наследства. В частности, во всех двусторонних соглашениях РФ со странами СНГ, а также в договоре с Египтом 1997 г. имеются подробно разработанные положения о выдаче. Соглашение устанавливает, что в случаях, когда движимое наследственное имущество или денежная сумма, вырученная от продажи движимого или недвижимого наследственного имущества, подлежат после окончания наследственного производства передаче наследникам, местожительство или местопребывание которых находится на территории другой стороны, они должны быть переданы дипломатическому представителю или консульскому учреждению этой стороны. Подобная передача происходит на основании соответствующего распоряжения, изданного компетентным органом страны пребывания дипломатического представителя или консула. Она может быть осуществлена при соблюдении следующих условий: все требования кредиторов наследодателя, заявленные в срок, предусмотренный законодательством стороны, где находится наследственное имущество, оплачены или обеспечены; уплачены или обеспечены все связанные с наследованием сборы; компетентные учреждения выдали, если это было необходимо, разрешение на вывоз наследственного имущества. Перевод денежных сумм должен удовлетворять требованиям законодательства обоих государств (ст. 36 договора с Египтом).

## § 5. Выморочное имущество

Если после смерти иностранного гражданина или лица без гражданства, у которого нет наследников ни по закону, ни по завещанию, остается какое-либо имущество (выморочное имущество), оно переходит в казну. Таково общее правило, свойственное всем правовым системам. Однако в этом случае сразу же возникает вопрос: какому из двух или более, в зависимости от ситуации, государств отойдет такое имущество: государству, гражданином которого является данное лицо; государству, в котором оно было домицилировано; или государству, на территории которого имущество находилось в момент смерти лица? При этом можно предположить варианты, когда имущество будет находиться на территории нескольких государств. Решение этой проблемы в разных государствах опирается на различные принципы.

Во Франции имущество иностранного гражданина переходит к государству на основании принципа публичного порядка, суть которого воспрепятствовать завладению иностранным государством таким имуществом, если оно находится на территории Франции. Статья 773 алжирского ГК содержит прямое правило о режиме выморочного имущества — оно принадлежит государству. Алжирское государство, таким образом, приобретает имущество не в порядке наследования, а в силу предписаний, действующих в Алжире как территориальный закон.

В других государствах практика иная. Суды Бельгии, ФРГ, напротив, применяют наследственный статут. В Австрии и США имущество переходит к государству не в порядке наследования, а по праву «оккупации». Следует сказать, что в известном смысле и Англия использует категорию наследственного статута, несмотря на то что общая концепция перехода выморочного имущества к государству обосновывается здесь с помощью теории «оккупации». Согласно сложившемуся в Англии порядку, основанному на судебной практике и доктрине, к выморочному имуществу в виде движимых вещей, которое после смерти лица осталось в Англии, применяется закон домициля: если лицо домицилировано в Англии — по ее правопорядку, если оно домицилировано за границей, — по закону того государства, к праву которого коллизионная норма страны домициля отсылает решение вопроса о том, как переходит имущество в казну государства.

Предположим, что по такому закону государство получает данное имущество в порядке наследования. Следовательно, оно отойдет к нему на праве наследования. Если же имущество рассматривается как бесхозяйное, то все находящееся на территории Англии должно перейти в британскую казну. В итоге английские суды применяют для определения основания перехода выморочного имущества к государству квалификацию не по закону суда (как, скажем, во Франции), а по закону наследования (*lex causae*).

Таким образом, различия, сопровождающие указанные конструкции перехода выморочного имущества к государству, в действительности имеют далеко идущие последствия. Так, если имущество переходит к государству на праве наследования, то это означает, что государство может претендовать на всю наследственную массу, где бы она ни находилась и в чем бы ни заключалась. Иными словами, в рассматриваемом случае собственность умершего лица, находящаяся за рубежом, также будет принадлежать данному



государству-наследнику. Если же имущество становится собственностью государства по праву оккупации, то к нему перейдет только то имущество, которое находится на территории этого государства. Собственность же иностранцев, расположенная в других государствах, должна отойти этим последним. Помимо того, переход имущества в порядке наследования порождает правопреемство, поскольку это производный способ приобретения права собственности (такова, например, позиция, закрепленная в отечественном правопорядке, а также в ряде других государств), вследствие чего к государству переходят и обязательства наследодателя. Напротив, при оккупации, представляющей собой первоначальный способ возникновения права собственности, презюмируется, что имущество свободно от каких-либо обременений.

Отечественная практика в данном вопросе исходит из концепции наследования. Соответствующее его решение в отношениях со странами СНГ, восточно-европейскими странами, а также некоторыми развитыми и развивающимися государствами Российская Федерация обеспечивает посредством заключения договоров о правовой помощи. Так, согласно ст. 43 Договора о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанного между РФ и Албанией 30 октября 1995 г., устанавливается, что «если по законодательству договаривающихся сторон наследственное имущество как выморочное (наследуемое государством) переходит в собственность государства, то движимое имущество передается государству, гражданином которого в момент смерти являлся наследодатель, а недвижимое имущество переходит в собственность государства, на территории которого оно находится».

Указанное необходимо рассматривать в сопоставлении с иными положениями Договора, посвященными общему подходу к регламентации отношений по наследованию. В частности, его ст. 42 предусматривает несколько иные коллизионные формулы применительно к движимым вещам: «право наследования движимого имущества регулируется законодательством договаривающейся стороны, на территории которой наследодатель имел последнее место жительства»; право же наследования недвижимого имущества подчиняется традиционному принципу закона местонахождения вещи.

В нынешних условиях со всей определенностью можно сказать, что подобный подход является типичным для договорной практики правового регулирования соответствующих отношений. Новейшие соглашения РФ о правовой помощи (многосторонняя Конвенция стран СНГ 1993 г., двусторонние с Кыргызстаном, Республикой Молдова, Азербайджаном, Грузией, с другими странами СНГ и Балтии, заключенные в 1992—1994 гг., а также с Польшей - в 1996 г., Египтом — в 1997 г., Кубой - в 2000 г.), равно как и более ранние (заключенные еще СССР, например, с КНДР 1957 г., Венгрией 1958 г. в ред. Протокола 1971 г., Румынией 1958 г., Югославией 1962 г., Болгарией 1975 г., Вьетнамом 1982 г., Чехословакией 1982 г., Кубой 1984 г., Монголией 1988 г. и др.), свидетельствуют в пользу такого утверждения. И это не случайно. Рассматриваемые принципы, закрепленные в двусторонних и многосторонних соглашениях, базируются на концепциях действующего в перечисленных и некоторых иных странах внутреннего законодательства.

Вместе с тем нормы, оформляющие вышеназванный подход, отражают не только связь между законом, осуществляющим квалификацию перехода права собственности (наследственный статус), и судьбой (распределением) выморочного имущества, но и самую возможность другой квалификации.

Например, ст. 30 Договора о взаимной правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, коммерческим и семейным делам от 23 сентября 1997 г. между РФ и Арабской Республикой Египет гласит: «Если по законодательству Договаривающихся Сторон наследственное имущество как выморочное (наследуемое государством по закону) переходит в собственность государства, то движимое имущество передается государству, гражданином которого к моменту смерти являлся наследодатель, а недвижимое имущество переходит в собственность государства, на территории которого оно находится».

Л.А. Лунц подчеркивает в связи с этим, что «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».

История знает примеры, когда цена вопроса о выборе соответствующего правопорядка могла быть достигнута четырнадцатизначной цифрой. В этом плане наинтереснейшей выглядит иллюстрация, связанная с наследством гетмана Полуботки, приведенная М.М. Богуславским.

Павел Полуботка был гетманом Украины при Петре I. После измены Мазепы новый гетман потерял доверие царя, был арестован и заточен в Петропавловскую крепость, где вскоре умер. Однако еще в 1720 г. он отправил со своим сыном Яковом в Лондон почти все свое золото. Яков в сопровождении трех человек на английской шхуне, которая вышла из Архангельска и благополучно доплыла до берегов Англии, доставил туда бочонок с золотом. В Лондоне по поручению отца он поместил золото (200 тысяч рублей) в банк Ост-Индской компании. При этом были определены следующие условия: 4% годовых с нарастающими процентами; срок хранения - до истребования самим гетманом, лицами, им назначенными, или его наследниками. В XVIII веке никаких сведений о судьбе золота Полуботки не поступало, однако в 1827 г. петербургская газета «Сенатские новости» попыталась найти наследников гетмана, поместив специальное объявление. Известно, что перед началом первой мировой войны в Чернигове состоялось собрание многочисленных наследников гетмана, среди которых был известный писатель В. Короленко. Война, а затем революция помешали дальнейшим поискам наследников и ведению дела о получении вклада. Шаги в этом направлении предпринимались в 1930 г. Затем в 1958 г. Инюрколлегия при Московской коллегии адвокатов, ведущая наследственные дела, пыталась разыскать активы Полуботки в английском банке и в казначействе Англии, однако безрезультатно. По сведениям Книги рекордов Гиннеса, полуботковский вклад в английском банке, с учетом оговорки о реальности его существования, может составить 32 триллиона долларов. На получение вклада, как об этом свидетельствует один из пресс-релизов, распространенных Представительством Украины при ООН, претендует и украинское государство.

### **Контрольные вопросы:**

1. В чем заключаются коллизии в области наследования и каковы сферы их возникновения?
2. Какие коллизионные формулы прикрепления используются государствами в современной практике регулирования наследственных

отношений?

3. Каковы особенности зарубежной судебной практики при установлении способности иностранцев быть участниками производства в наследственных делах?

4. Какими правами в области наследования наделены иностранцы в Российской Федерации?

5. Каковы коллизионные принципы, касающиеся формы завещательного распоряжения?

6. В чем состоят особенности содержания конвенционного регулирования отношений по наследованию (многосторонних международных договоров, двусторонних консульских конвенций, договоров о правовой помощи и др.)?

7. Как решаются коллизионные вопросы, касающиеся выморочного имущества?

## **Раздел шестой. Брачно-семейные отношения в международном частном праве**

### **Глава 29. Правовое регулирование отношений по заключению и расторжению брака с участием иностранцев, имущественных и иных семейных отношений**

**Литература:** Брун М. Гаагские конференции для кодификации международного частного права 1893, 1894, 1900 и 1904 гг. /Брокгауз и Ефрон. Энциклопедический словарь. Доп. том 1-А. СПб., 1905; *Paane J.* Международное частное право. М., 1960; *Орлова Н.В.* Брак и семья в МЧП. М., 1966; *Sefrioui Houcine.* La condition des йtrangers au Maroc. Casablanca, 1973; *Кисиль В.И.* Расторжение иностранных браков в международном частном праве. Киев, 1980; *Галенская Л.Н.* Международное частное право. Л., 1983; Гражданское право Японии. М., 1983; Международное частное право / Под общ. ред. проф. *Г.К. Матвеева.* Киев, 1985; Введение в шведское право. М., 1986; *Mödl F., Vykbs L.* The Law of Conflicts and Foreign Trade. Bud., 1987. P. 301—319; *Хазова О.А.* Брак и развод в буржуазном семейном праве. М. 1988; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; Гражданское и торговое право капиталистических государств: Учебник /Под ред. *Е.А. Васильева.* М., 1993; *Шебанова Н.А.* Семейные отношения в международном частном праве. М., 1995; *Дюжева О.А.* Проблемы законодательства о международном усыновлении// Государство и право. 1995. № 6; *Антокольская М.В.* Семейное право. М., 1996; Семейное право России: проблемы развития. М., 1996; Германское гражданское уложение. Ч. 1. М., 1996; Семейный кодекс Российской Федерации. Комментарий /Под ред. И.М. Кузнецовой. М., 1996; Комментарий к Семейному кодексу РФ /Под ред. *П.В. Крашенинникова и П.И. Седугша.* М., 1997; Международное частное право: Сборник документов /Сост. *К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков.* М., 1997; *Oda Hiroshi.* Basic Japanese Laws. Oxford, 1997; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. идоп. М., 2001. С. 325—357; *Нечаева А.М.* Семейное право: Курс лекций. М., 1998; *Koh X., Magnus U., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. М., 2001. С. 80—118.

## § 1. Сфера возникновения и содержание коллизий законов в области заключения и расторжения браков с участием иностранцев

*Материальные условия вступления в брак.* Брак — один из древнейших институтов частного, в том числе и международного частного права, в котором в наиболее очевидной форме сказываются юридические различия, присутствующие в правовой надстройке разных государств. Пожалуй, здесь, как нигде более, уместно вспомнить выражение Ш. Монтескье о том, что весьма редки случаи, когда законы одного государства могут подойти другому.

В современной жизни брак представляет собой свободный, равноправный и, в идеале, пожизненный союз женщины и мужчины, заключенный с соблюдением порядка и условий, установленных законом, образующий семью и порождающий между супругами взаимные личные, имущественные права и обязанности. В частности, в Дахире № 1-57-343 от 22 ноября 1957 г. Королевства Марокко, оформляющем кодекс законов о личных и наследственных правах, закреплено буквально следующее: «Брак есть юридическое обязательство, в силу которого мужчина и женщина соединяются с целью длительной совместной супружеской жизни» (ст. 1). Даже сегодня данный институт несет на себе печать исторических, экономических, этнографических, культурных, религиозных и иных особенностей, свойственных тому или иному обществу. Так, семейное право некоторых государств закрепляет главенство мужа. В странах, относящихся к мусульманскому миру, характерной правовой чертой выступает полигамия, в то время как остальная часть государств исходит из представлений о браке как о моногамном союзе мужчины и женщины. Во множестве государств законодательно закреплен брачный договор (и его разновидности), который может заключаться до брака и нередко — оформлять права мужа на имущество жены. Не менее существенны для регулирования семейно-брачных отношений расовые ограничения и ограничения религиозного характера, возрастной ценз, «траурный срок» и др.

Так, в соответствии со ст. 733 японского Гражданского кодекса женщина не вправе вступить вторично в брак до истечения шести месяцев с даты расторжения или признания недействительным предшествующего брака. По праву Швейцарии и Германии, равно как и многих других государств, брак признается ничтожным, если заключен с нарушением существенного материального условия об отсутствии другого брака. Как швейцарский закон, так и закон ФРГ, для объявления подобного брака ничтожным требуют судебного решения. Однако по германскому праву брак, заключенный неразведенным лицом с другой стороной, будет признан ничтожным с самого начала — *ex tunc*, а по швейцарскому закону только с момента вынесения судебного решения — *ex nunc*.

При подобных и иных различиях в семейном законодательстве в тех случаях, когда в брак вступают граждане разных государств, решение коллизионного вопроса приобретает существенное значение. Вот почему в брачно-семейном праве достаточно длительный период времени ведется унификация коллизионных, а не материально-правовых норм. Наиболее значительными примерами унификации коллизионных норм в области брачно-семейных

отношений, начавшейся в Европе в рамках Гаагских конференций с 1893 г., служат Гаагские конвенции 1902—1904, 1905, 1906 гг.

В нынешних условиях интенсивных межгосударственных обменов брачно-семейное право, как никакая другая совокупность отношений и правил, их регулирующих, подвержена действию законов международного общения и невозможности регламентации их с помощью правопорядка лишь одного из государств. В области семейного права действует ряд многосторонних соглашений, часть из которых заменила старые Гаагские конвенции конца XIX — начала XX века. Среди универсальных договоров указанного типа следует назвать прежде всего Конвенцию о взыскании за границей алиментов от 21 декабря 1956 г., Конвенцию о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков от 10 декабря 1962 г. (участвуют 49 государств, в т.ч. Россия), серию Гаагских конвенций: Конвенцию о юрисдикции, применимом праве и признании решений об усыновлении от 15 ноября 1965 г., Конвенцию о признании разводов и решений о раздельном жительстве супругов от 1 июня 1970 г., Конвенцию о праве, применимом к алиментным обязательствам от 2 октября 1973 г., Конвенцию о праве, применимом к режимам собственности супругов от 14 марта 1978 г., Конвенцию о заключении и признании действительности браков от 14 марта 1978 г., Конвенцию о защите детей и сотрудничестве в области иностранного усыновления от 29 мая 1993 г.

Процессы миграции населения, развития деловых, культурных, научных, а также обычных человеческих контактов между народами в целом и их отдельными представителями и организациями породили в современную эпоху даже особое понятие — «иностранные браки», к которым относят не только так называемые смешанные браки, т.е. браки, заключенные лицами, являющимися иностранцами по отношению друг к другу, но и браки между гражданами одного и того же государства, однако совершенные за границей. В свою очередь указанные обстоятельства обусловили появление, а иногда и обострение коллизий между законами многих государств, вследствие чего далеко не всегда браки или разводы, оформленные за границей, признаются в третьих государствах. В целях преодоления подобных явлений национально-правовые акты, а также международные договоры предпочитают усложнение коллизионно-правового регулирования внешне простым — жестким, — но не всегда эффективным по своим юридическим последствиям формулам прикрепления.

Скажем, согласно венгерскому праву иностранный гражданин (иностранная гражданка) может вступить в брак на территории Венгрии, если предоставит свидетельство того, что он (или она) не состоит в другом законном (зарегистрированном) браке и не имеется других препятствий к заключению брака, а также что согласно закону государства своего гражданства обладает брачной дееспособностью.

В силу правопорядка Японии брак приобретает законную силу с момента уведомления о его совершении в соответствии с положениями Закона о регистрации брака. Японские подданные, постоянно проживающие за границей, могут заключить там брак при условии, что направят требующееся уведомление послу, консулу или иному должностному лицу Японии, исполняющему официальные полномочия в соответствующей стране. При отсутствии такого извещения, а также его принятия, означающее несоблюдение положений ст. 731—737 Гражданского кодекса

Японии, формулирующих материальные условия для заключения брака, рассматриваемый брачный союз не может считаться отвечающим требованиям закона. Заключенный в таких условиях в иностранном государстве брак может быть действительным с точки зрения местного закона, но не соответствовать японским правовым нормам и тем самым не быть признанным в Японии.

Брак между кузенами — двоюродными братьями и сестрами — рассматривается как действительный, законный по законодательству Венгрии или, например, России, но будет противоречить праву, скажем, штата Нью-Йорк.

Приведенные ситуации достаточно подробно иллюстрируют явление, свойственное международному частному праву и особенно области брачно-семейных отношений, именуемое «хромающими отношениями» — «хромающими браками». Для того чтобы избежать возможностей возникновения «хромающих браков» или хотя бы снизить их число, государства многосторонним или двусторонним договорным путем стараются урегулировать эти проблемы. В частности, многие современные соглашения о правовой помощи устанавливают правило о том, что брак признается действительным на территориях договаривающихся государств в том случае, если он удовлетворяет требованиям материальных условий согласно правопорядкам обоих договаривающихся государств.

Указанный подход был зафиксирован еще в Гаагских конвенциях начала XX столетия, принятых в сфере единообразного коллизионного регулирования брачно-семейных отношений. Так, Гаагская конвенция от 12 июня 1902 г. о конфликтах законов о вступлении в брак устанавливала: право на вступление в брак определяется национальным законом каждого из будущих супругов. Для католических стран была сделана соответствующая уступка, заключающаяся в том, что они могли не только не допускать, но и объявлять недействительными заключенные в пределах их территорий браки иностранцев между собой, противоречащие их законам, воспрещающим разводы и браки духовных лиц.

Каждое государство само устанавливает условия вступления в брак, порядок его оформления. Поэтому не случайно, что в разных странах эти вопросы решаются по-своему. Нет унифицированных актов, единообразно регламентирующих данные отношения, но есть специальные принципы регулирования брачно-семейных отношений, которые все государства обязаны соблюдать.

Эти принципы нашли свое отражение во Всеобщей декларации прав человека, Международном пакте о гражданских и политических правах. Статья 16 Всеобщей декларации прав и свобод человека гласит: «1. Мужчины и женщины, достигшие совершеннолетия, имеют право без всяких ограничений по признаку расы, национальности или религии вступать в брак и основывать семью. Они пользуются одинаковыми правами в отношении вступления в брак, во время состояния в браке и во время его расторжения. 2. Брак может быть заключен только при свободном и полном согласии обеих вступающих в брак сторон. 3. Семья является естественной и основной ячейкой общества и имеет право на защиту со стороны общества и государства. Эти общие принципы нашли свое отражение в

специальных принципах, которых государства обязательно должны придерживаться при регулировании брачно-семейных отношений».

Специальные принципы состоят в том, что, во-первых, мужчины и женщины, достигшие брачного возраста, имеют право на вступление в брак; во-вторых, право на вступление в брак не может быть ограничено на основании расы, национальности и религии; в-третьих, брак может быть заключен только при полном и свободном согласии сторон; в-четвертых, мужчины и женщины должны пользоваться одинаковыми правами при вступлении в брак, во время состояния в браке, при расторжении брака; в-пятых, семья должна пользоваться защитой со стороны государства; в-шестых, особой защитой должны пользоваться дети.

Указанные основные принципы были восприняты многими государствами. В частности, они закреплены в Семейном кодексе РФ 1995 г., Гражданском кодексе Японии (ст. 725—881), Кодексе законов о браке и семье Швеции, Гражданском кодексе Италии и во многих других.

Говоря о международно-правовом аспекте заключения брака, необходимо указать на международные акты, имеющие значение в данной области. Прежде всего к ним можно отнести упоминавшуюся Гаагскую конвенцию для регулирования конфликтов законов о вступлении в брак (так она именовалась в русской литературе по международному частному праву) от 12 июня 1902 г., которая впоследствии была дополнена другими актами и в настоящее время практически не действует; Кодекс международного частного права от 20 февраля 1928 г. (Кодекс Бустаманте), который был подписан в Гаване и явился самой широкой по числу участников региональной конвенцией (в ней участвует 15 стран Латинской Америки); Конвенцию о заключении брака и признании его недействительным 1978 г.; Нью-йоркскую конвенцию о согласии на вступление в брак, минимальном брачном возрасте, регистрации брака от 10 декабря 1962 г. и другие.

Однако в большинстве случаев, как уже отмечалось, материально-правовые нормы содержатся во внутреннем законодательстве стран и проблемой является выбор закона, определяющего те предварительные юридические условия, при которых брак может быть заключен и признан действительным в государствах обоих супругов. Для решения этого вопроса существует ряд специальных коллизионных привязок.

Во-первых, это личный закон, который в разных странах понимается и применяется по-разному. В частности, закон гражданства - *lex patriae* (*lex nationalis*) — действует, например, для граждан Италии, ФРГ, Испании, Греции, Австрии, Бельгии, Египта, Швеции; закон местожительства используется в Австралии, Новой Зеландии, Великобритании. Заметим, однако, что в отношении Великобритании необходимо учитывать следующую особенность. Английский домицилий означает связь не с местом, а с областью действия определенного права. Дж. Чешир в своем труде «Международное частное право» подчеркивает, что английская концепция домицилия ближе к концепции гражданства, нежели к концепции домицилия, господствующей на континенте. Ту же точку зрения высказывает и Л. Раапе: «Принцип домицилия, как его понимает Англия, действительно очень приближается к принципу гражданства». «Свой домицилий меняет лишь тот, кто из области действия одного права переходит в область действия другого права с намерением никогда не возвращаться обратно».

Выделяют также смешанную форму привязок, когда объединяются закон

гражданства и закон домицилия. Такая форма применяется, в частности, в Болгарии и Франции. И еще одна привязка — *lex loci celebrationis* — закон места заключения брака, который действует в США, странах Латинской Америки и является частью более общих привязок — *locus regit formam actus* и *lex loci actus / lex loci contractus* (закон места совершения действия / закона места совершения сделки).

В качестве примера правил выбора закона можно привести Италию, где в Гражданском кодексе 1942 г. отдается предпочтение национальному признаку по сравнению с территориальным. Почти все коллизии подчиняются закону гражданства, вопросы же формы брака определяются по ст. 26 ГК Италии: «Форма сделки определяется по месту ее совершения». Таким образом, брак итальянских граждан, совершенный за границей в форме церковного венчания, только тогда будет считаться действительным в Италии, когда по закону той страны, где он был заключен, такая форма признается порождающей правовые последствия (например, Испании, Бразилии, Португалии, некоторых штатов Соединенных Штатов Америки и др.).

Во Франции в основу судебной практики и ее «писаного» права положено правило *locus regit formam actus* (ст. 170 ФГК). «Брак, заключенный за границей между французскими гражданами, а также между французами и иностранцами, будет действительным, если он заключен по форме, практикуемой в данной стране, при условии, что его совершению предшествовало оглашение, предписанное ст. 63, ...и в отношении французского гражданина не существует никаких препятствий, предусмотренных в положениях предыдущего раздела» (ст. 170 ФГК).

Статья 156 Семейного кодекса РФ содержит норму, по которой форма и порядок заключения брака на территории РФ определяются по российскому праву, а на условия заключения брака на каждого из лиц, вступающих в брак, распространяется законодательство государства, гражданином которого это лицо является в момент его заключения.

Брак с правовой точки зрения рассматривается как разновидность договора, т.е. как гражданско-правовая сделка. Но это не обычный договор, а особый вид договора, где стороны не могут по своей воле определить его последствия, изменить его условия, установленные императивными нормами, произвольно прекратить его действие. Заключение такого договора порождает новый юридический статус для лиц, его заключивших.

Брак как социальное партнерство, как личный статус двух индивидов будет юридически признан только после его надлежащего оформления, которое должно отвечать определенным требованиям. Все правовые системы содержат соответствующие условия, выполнение которых предшествует заключению брака (достижение определенного возраста, иногда согласие третьих лиц, отсутствие установленных степеней родства). В зависимости от действия, которое эти условия оказывают, заключенный брак может быть действительным, хотя и недозволенным (отсутствие согласия родителей или опекунов на брак несовершеннолетнего); недействительным (один из супругов находится в действительном браке с третьим лицом); оспоримым (если он заключен под влиянием существенного заблуждения или обмана).

Все предпосылки действительности заключения брака делятся на условия, относящиеся к форме брака (условия формы), и условия, относящиеся к брачной право-, дееспособности (материальные условия). Условия формы брака — это требования, предъявляемые к процедуре оформления брака. Материальные условия — это обстоятельства, с наличием или отсутствием



которых закон связывает вопрос о действительности брака. Однако следует иметь в виду, что право различных государств может не совпадать даже по вопросу о том, как квалифицируется то или иное требование. Скажем, по праву Англии согласие родителей на вступление в брак несовершеннолетнего лица относится к форме брака, по континентальному же праву данный институт квалифицируется как элемент материальных условий. В США получение разрешения (лицензии) на брак рассматривается как процессуальная составляющая, следовательно, характеризующая форму, в то время как, например, согласие органа исполнительной власти на брак с иностранцем (иностранкой) в Румынии или направление уведомления послу или консулу по японскому праву образует элемент материальных условий.

В основе норм, регламентирующих вопросы заключения брака в большинстве стран мира, за исключением многих мусульманских государств, заложен принцип моногамии. Поэтому неперенным материальным условием заключения действительного брака является отсутствие состояния какого-либо из будущих супругов в другом браке. Статья 147 ГК Франции гласит: нельзя заключить второй брак до расторжения первого. Статья 14 ГК РФ среди обстоятельств, препятствующих заключению брака, называет состояние в другом зарегистрированном браке хотя бы одного лица. В Германском гражданском уложении есть нормы, согласно которым не может вступить в брак лицо, уже состоящее в браке. Такие условия содержатся также в ГК Швеции («лицу, уже состоящему в браке, т.е. находящемуся в нерасторгнутом действительном браке, запрещается заключение нового брачного союза»), ГК Японии («лицо, являющееся на момент заключения брака супругом, не может вступить в него») и многих других стран.

Вторым материальным условием вступления в брак является достижение лицами, вступающими в брак, определенного возраста — брачной дееспособности. Причем такой возраст в разных странах различен: в одних он может быть низким, в других — более высоким, в третьих для заключения брака с лицами, не достигшими совершеннолетия, требуется согласие родителей, опекунов или иных лиц.

Так, например, французский Кодекс Наполеона устанавливает возраст в полные 18 лет для мужчин и 15 лет для женщин (ст. 144 ГК). В исключительных случаях прокурор Республики в месте заключения брака имеет право снижать возраст в силу уважительных причин (ст. 145 ГК Франции). Но при этом необходимо согласие третьих лиц—родителей, опекунов и т.д. — на заключение несовершеннолетними такого брака (ст. 148 ФГК).

В Италии ГК 1942 г. определяет брачный возраст для мужчин в 16 лет и 14 лет для женщин. В исключительных случаях он может быть снижен на два года постановлением государственного прокурора суда по месту жительства заявителя. Несовершеннолетние, т.е. не достигшие 21 года, нуждаются в разрешении на вступление в брак со стороны лица, осуществляющего родительскую власть (отец или опекун).

В гражданском законодательстве Испании устанавливается: «Не могут вступать в брак мужчины до 14 лет и женщины до 12 лет, однако заключенный такими лицами брак будет действительным, если до достижения брачного возраста супруги проживут вместе хотя бы один день и не оспорят действительность брака или если окажется, что жена беременна». Согласно ст. 48 испанского ГК суд

первой инстанции при наличии уважительных причин вправе дать разрешение на вступление в брак несовершеннолетним, не освобожденным от родительской власти, достигшим 14-летнего возраста.

В США единообразный закон «О браке и разводе» 1970 г. предусматривает единый для мужчин и женщин возраст в 16 лет для вступления в брак с согласия третьих лиц и 18 лет без такого согласия. Следовательно, брак российской гражданки, не достигшей 18 лет, с 25-летним американским гражданином, например, штата Калифорния, совершаемый в Лос-Анджелесе, будет нуждаться в получении разрешения на брак с соблюдением процессуальных требований по оформлению такого разрешения (в виде аффидевита согласия родителей несовершеннолетней российской гражданки на получение от властей штата разрешения на брак).

В Англии установлен возраст вступления в брак с 16 лет для мужчин и женщин с согласия родителей (ст. 2 Закона о браке 1949 г.) и с 18 лет без согласия родителей. При этом брачный возраст не может быть снижен.

В ФРГ предусматривается единый брачный возраст для мужчин и женщин — с 18 лет. Несовершеннолетним разрешается вступать в брак с согласия родителей. Если родители отказываются дать такое согласие, допускается обращение несовершеннолетнего в суд.

ГК Швеции устанавливает единый возраст для мужчин и женщин — с 18 лет, однако несовершеннолетний, желающий вступить в брак, может обратиться за разрешением для вступления в брак в управление лена. Согласие родителей требуется, но оно не обязательно. Родители, опекающие несовершеннолетнего, могут обжаловать в административный апелляционный суд разрешение, данное в изъятие общих правил правлением лена.

В Японии в брак можно вступать мужчинам с 18 лет, женщинам с 16 лет (ст. 731 ГК). При вступлении в брак несовершеннолетних требуется согласие третьих лиц.

В Австралии и различных провинциях Канады минимальный срок для вступления в брак не может быть ниже 14 лет: общий возраст в 16 лет для женщин и 18 лет для мужчин в Австралии может быть снижен судом, но не более чем на два года; в провинциях Канады брачный возраст вступления в брак колеблется от 16 до 19 лет, однако заключение брака с согласия родителей возможно с 14-летнего возраста.

В данной связи следует выделить и случаи установления возрастного ценза, так сказать, в противоположном значении. Речь идет о том, что по праву некоторых государств (Иордании, Сирии) в заключении брака, разрешение на который в определенных ситуациях выдается судом, может быть отказано, если в процессе разбирательства обнаруживается, что стороны не подходят другу по возрасту и брак лишен смысла.

Еще одним материальным условием брака является положение об отсутствии между лицами, вступающими в брак, отношений родства или свойства. Закон Швеции 1973 г. запрещает браки между близкими родственниками, хотя на

основании разрешения, выданного правительством, возможно заключение браков между неполнородными братьями и сестрами («сводными», т.е. имеющими лишь одного общего родителя). Такое разрешение может быть выдано только при наличии очень веских причин, при этом вступающие в брак должны были воспитываться в разных семьях.

Английский закон 1949 г. гласит: «...стороны не должны находиться в той степени родства или свойства, которая исключает возможность брака». Запрещаются браки между родственниками по прямой восходящей или нисходящей линиям: между сестрами и братьями; тетями (дядями) и племянниками (племянницами), отчимами (мачехами) и падчерицами (пасынками).

В США действует общее правило об отсутствии между вступающими в брак кровного родства тех степеней, которые предусмотрены законом каждого штата, а по законам некоторых штатов также и свойства.

Во Франции запрещены браки между родственниками и свойственниками по прямой восходящей и нисходящей линиям, а также между братьями и сестрами, дядями и племянницами, тетями и племянниками (ст. 161—163 ФГК). Статья 47 испанского ГК предписывает, что не могут вступать в брак между собой родственники по прямой линии, боковые кровные родственники до третьей степени родства. В рамках рассматриваемой категории условий могут иметься соответствующие разновидности. Так, согласно п. 3 ст. 47 ГК Испании не могут вступать в брак лица, признанные виновными в смерти супруга одного из них.

В этом отношении достаточно строгими правилами характеризуется законодательство Болгарии. В силу ст. 10 ее Семейного кодекса не могут вступить в брак родственники по боковой линии до IV степени родства включительно. При этом ст. 91 устанавливает, что положения ст. 8, 9 и 10 являются обязательными для болгарских граждан, которые заключают браки за границей.

Важнейшим материальным условием вступления в брак выступает взаимное согласие будущих супругов. Статья 46 ГК Франции сформулировала категорическое требование: «Нет брака, если нет согласия». Это согласие должно быть сообщено вступающими в брак лично должностному лицу, ведущему акты гражданского состояния.

Примечательно, что в судебной практике Франции выработаны соответствующие подходы к определению факта, выражено ли согласие явным образом, включая и ситуации заключения браков в чрезвычайных условиях: если во время церемонии заключения брака одна из сторон, вступающих в него, не в состоянии говорить (чтобы выразить свое согласие), должностному лицу, совершающему обряд, надлежит распознать и интерпретировать знаки и жесты (отношение, слезы, взгляды и т.п.), которыми будущая супруга или супруг подтверждают свое волеизъявление.

В статье 12 СК РФ также имеется норма, в соответствии с которой для заключения брака необходимо взаимное добровольное согласие мужчины и женщины. В случае нарушения этого правила брак признается недействительным (ст. 27 СК РФ). Вопрос о согласии может стоять достаточно специфическим образом. В частности, по ст. 56 ГК Испании, если один из вступающих в брак имеет определенные психические отклонения, необходимо соответствующее медицинское заключение о том, что данное лицо *в состоянии* осознанно дать согласие на вступление в брак.

Среди условий, относящихся к брачной правоспособности, выделяют также условие о принадлежности супругов к разному полу. Это требование всегда являлось само собой разумеющимся условием вступления в брак: давая определение браку, практически всегда говорят, что это «союз мужчины и женщины». Тем не менее в настоящее время от этого условия могут допускаться и отклонения. Например, в Голландии разрешены браки между однополыми гражданами.

Наряду с этим нельзя не отметить, что рассмотренный «стандарт» материальных условий больше отражает «американо-европейский» уровень правового регулирования отношений по заключению брака. Взаимное согласие как часть такого «стандарта» не применяется, например, в ряде стран арабского Востока.

В соответствии с нормами семейного права Йемена согласие жениха или невесты не только не является обязательным, но не требуется вообще, вследствие чего несовершеннолетняя гражданка Йемена может быть выдана замуж ее опекуном без какого бы то ни было согласия с ее стороны. Аналогичным образом опекун может женить несовершеннолетнего юношу, если последний достиг 15-летнего возраста. Опекуном же заключается брачный договор невесты и т.п.

Еще одним материальным условием, применяемым, правда, отнюдь не повсеместно, однако известным праву ряда государств, является условие о так называемом траурном сроке, т.е. времени, в течение которого женщине нельзя выйти замуж после развода или смерти супруга. Такой «траурный срок» устанавливается с целью устранения проблем, связанных с отцовством (см. вышеприведенные положения ст. 733 ГК Японии).

В некоторых странах наличие определенных болезней является препятствием для вступления в брак. В нескольких штатах США подобным препятствием является наличие серьезных душевных заболеваний. В РФ запрещается заключать брак с лицом, признанным судом недееспособным вследствие психического расстройства (ст. 14 СК РФ).

**Форма и порядок заключения брака.** Соответственно требованиям, предъявляемым к формам брака, государства мира можно разделить на следующие группы: 1) страны, где официально признается только брак, зарегистрированный в государственных органах (например, Франция, Бельгия, Швейцария, Голландия); 2) страны, в которых признаются и гражданские, и церковные браки: право выбора между ними принадлежит вступающим в брак (Англия, Бразилия, Швеция, Норвегия, Дания, Австралия и др.); 3) страны, где заключение брака возможно лишь в церковной форме (к примеру, Андорра, Лихтенштейн, Кипр, Греция); 4) страны, где возможны «браки по общему праву» — common law marriage (некоторые штаты США, ряд провинций Канады). Для заключения такого брака не требуется каких-либо формальностей. Достаточно лишь, чтобы стороны добровольно изъявили желание стать мужем и женой и в действительности вступили в фактические супружеские отношения.

В то время как, скажем, в Англии брачный обряд может быть совершен через 48 часов после подачи заявления, во многих других странах браку предшествует процедура «оглашения», обеспечивающая гласность брака и представляющая возможность всем заинтересованным лицам заявить свои возражения. Эта процедура состоит в оглашении имен вступающих в брак, которое производится в церкви, если брак церковный, или в государственных органах, осуществляющих государственную регистрацию, если брак заключается в

гражданской форме. В Италии такое «оглашение» производится за восемь дней до церемонии, во Франции — за десять. Законодательство Франции предусматривает не только десятидневный срок, но и опубликование фамилий, профессии, места жительства и места пребывания будущих супругов, а также места, где должен быть совершен брак. Если в течение года с момента окончания срока оглашения брак не был заключен, то он может быть совершен только после новой публикации.

В Японии п. 1 ст. 739 ГК допускает помолвку, как договор о будущем вступлении в брак. В течение срока помолвки действует правило об «оглашении».

В Швеции заключению брака должна предшествовать проверка, устанавливающая, нет ли препятствий для его заключения. С этой целью пара должна обратиться в отдел регистрации актов гражданского состояния, где зарегистрирована женщина, и представить соответствующее заявление. Если отдел приходит к заключению об отсутствии препятствия, он должен по запросу выдать сертификат о разрешении, действующий в течение 4 месяцев, при этом публикации имен вступающих в брак не требуется. Оглашение по законодательству ФРГ действует в течение шести месяцев после даты его совершения. Если в этот период брак не заключен, оглашение теряет силу. Брак может быть заключен и без оглашения, если состояние здоровья одного из будущих супругов внушает опасение и не позволяет откладывать брак.

В некоторых странах для лиц, вступающих в брак, необходимо медицинское освидетельствование. Оно направлено на информирование будущих супругов о его или ее собственном здоровье (ст. 63 ГК Франции). В Российской Федерации условие о медицинском освидетельствовании (ст. 15 СК РФ) является диспозитивной нормой. Однако, если одно из лиц, вступающих в брак, скрыло от другого лица факт наличия венерических болезней или ВИЧ-инфекции, другое лицо вправе обратиться в суд с требованием о признании брака недействительным (п. 3 ст. 15). По законодательству других стран в определенном роде ситуациях медицинское заключение является обязательным (см. ст. 56 ГК Испании).

Впервые гражданская форма брака была введена во Франции Кодексом Наполеона 1804 г., в котором такая форма брака устанавливалась в качестве обязательной и единственно возможной. В Германии гражданская форма была введена в 1875 г., а затем закреплена ГГУ 1896 г., вступившем в силу с 1 января 1900 г. Во Франции и Германии допускается по желанию вступающих в брак осуществление в церкви церемонии бракосочетания. Однако это возможно только после государственной регистрации.

Собственно процедура заключения брака в гражданской форме состоит в его регистрации в государственных органах должностным лицом. Требуется обычно личное присутствие самих вступающих в брак и двух свидетелей, однако в ряде стран возможно заключение брака по доверенности.

Например, согласно Гражданскому кодексу Испании 1889 г. (с последующими изменениями и дополнениями) брак может быть заключен через представителя. Так, ст. 55 устанавливает: «Допускается вступление в брак через специального представителя для лица, не находящегося в месте заключения брака. Однако в таких случаях присутствие второго лица, вступающего в брак, является обязательным». При этом в доверенности на заключение брака непременно должна быть указана другая сторона, вступающая в брак, в целях точной идентификации супругов».

Иначе подходит к вопросу о возможности личного отсутствия при совершении брака французское право. Законом № 93-1027 от 24 августа 1993 г. в Гражданский кодекс 1804 г. введена специальная статья 146-1, в которой четко предусматривается, что «брак француза, даже заключаемый за границей, требует его присутствия». В соответствии со ст. 165 ГК Франции брак заключается публично перед должностным лицом, ведущим акты гражданского состояния в коммуне, где один из супругов имеет место жительства. Брак, заключенный по нормам канонического права или иной религии, предусмотренной положениями испанского гражданского права, имеет гражданско-правовое значение, если соблюдены правила материальных условий действительности брака, установленные соответствующим разделом ГК Испании. В случае совершения брака в светской форме вступающие в брак подают чиновнику заявление. На основании заявления судья делает объявление о предстоящем браке. Если в течение 15 дней на имя прокурора не поступит возражений, судья оформляет брак при обязательном (под страхом недействительности брака) участии двух совершеннолетних свидетелей.

В США в каждом штате действуют собственные правила о процедуре вступления в брак. Единым для всех штатов является требование о получении разрешения на брак (лицензии) чиновника муниципалитета. При выдаче лицензии проверяется достижение лицами, вступающими в брак, брачной дееспособности (брачного возраста), наличие согласия третьих лиц, если оно требуется по закону штата (например, в Техасе такое согласие требуется для женщин с 14 до 18 лет, для мужчин с 16 до 21 года). В большинстве штатов бракосочетание совершается на основании лицензии, выданной судьей, чиновником муниципалитета, священником — по выбору вступающих в брак. Однако есть штаты, где браки совершаются только духовными лицами (Делавэр, Мэриленд, Виргиния).

В некоторых странах требуется специальное разрешение на заключение брака с иностранцем. Такие разрешения необходимы, например, по законам Венгрии, Индии, Ирака, Италии, Швеции.

Следует, кроме того обратить внимание и на такое обстоятельство, как расхождение в оценках (квалификации), которые даются правом различных государств тому или иному фактору. В частности, согласие родителей на вступление в брак для несовершеннолетних во Франции, Японии, России и других странах расценивается как материальное условие, в Англии же — как процессуальный аспект, т.е. квалифицируется в качестве элемента формы брака.

## **§ 2. Заключение брака. Признание браков, заключенных за рубежом. Консульские браки**

*Коллизионно-правовое регулирование заключения брака. Коллизионные вопросы формы брака.* Приведенный обзор положений национального права государств, относящихся к самым разным правовым системам, позволяет судить, насколько не совпадающими являются соответствующие решения, касающиеся определения материальных и формальных условий для вступления в брак, в разных странах. Данное обстоятельство, следовательно, делает актуальной постановку задачи отыскания надлежащих средств разрешения коллизий, возникающих на почве продемонстрированных расхождений.

В брачно-семейных отношениях, по свидетельству некоторых авторов, исторически не было создано большого количества коллизионных норм. Это

объясняется тем, что в эпоху создания теории коллизионного права рассматриваемую область отношений регулировал единый закон — каноническое право. Всякая возможность коллизий была исключена. И лишь в новое время государства стали допускать возможность применения иностранных законов на своей территории.

Основной коллизионной нормой в области формы брака является привязка к праву того государства, на территории которого он заключается, — *lex loci celebrationis*. Например, ст. 156 Семейного кодекса РФ устанавливает: «Форма и порядок заключения брака на территории Российской Федерации определяется законодательством Российской Федерации». Наряду с этим в РФ признаются браки между иностранными гражданами, совершенные за пределами РФ с соблюдением законодательства государства, на территории которого они заключены. Браки же граждан России и браки между российскими гражданами и иностранцами или лицами без гражданства, заключенные за пределами РФ с соблюдением законодательства государства, на территории которого они были заключены, будут считаться действительными, в том числе и с точки зрения формы, если при этом не были нарушены требования ст. 14 СК РФ (ст. 158). Польский закон о международном частном праве от 12 ноября 1965 г. также исходит из данного принципа: «Форма заключения брака определяется законом государства, в котором заключается брака» (§ 1 ст. 15). В Венгрии «при рассмотрении формальных условий действительности брака следует руководствоваться законодательством, действующим в момент и в месте заключения брака» (п. (2) ст. 37 венгерского Указа о международном частном праве 1979 г.). В японском Законе о праве, касающемся применения законов вообще, 1898 г. (в ред. 1989 г.), как и в законодательстве других стран, действительность брака связывается с удовлетворением требований закона по форме и по существу. Требования действительности брака, говорится в ст. 13, подчиняются личному закону каждой из сторон. Форма определяется по правопорядку места совершения брака. В то же время форма брака, удовлетворяющая праву того государства, которое является личным законом одной стороны, будет считаться надлежащей. Предусматривается, однако, что эти положения не применяются, если одной из сторон заключаемого на территории Японии брака является японец (п. 3 ст. 13).

Коллизионная формула *lex loci celebrationis* применительно к форме брака закреплена также и во всех двусторонних договорах о правовой помощи последнего десятилетия, связывающих Россию и другие государства (Армению, Азербайджан, Грузию, Киргизию, Латвию, Литву, Молдову, Эстонию, Польшу, Египет и др.).

Исторически интересным и важным документом в смысле определения того, что форма брака подчиняется закону места его заключения, является Кодекс Бустаманте, устанавливавший следующее: «Брак будет считаться везде действительным в отношении его формы, если он был заключен в той форме, которая признается действительной законами страны, где он заключен. Однако государства, законодательство которых требует совершения религиозного обряда, могут отказать в признании действительным браков, заключенных их гражданами за границей без соблюдения этой формы» (ст. 41).

Статья 19 ГК Алжира содержит еще более общее положение: форма актов подчиняется закону места их совершения или закону общего гражданства сторон. Такому подходу соответствует и французская судебная практика — она признает совершенные в гражданской форме на территории Франции браки между иностранцами независимо от предписаний их личного закона, и

наоборот, браки, совершенные во Франции в соответствии с религиозными ритуалами, допускаемыми иностранным правом, считает недействительными. Здесь следует обратить внимание на то, что в ряде случаев форма брака (например, церковная) может стать элементом существа брака.

Французский Кассационный суд признал действительным брак, зарегистрированный должностным лицом французских органов записи актов гражданского состояния в нарушение греческого личного закона, требующего заключения брака в церковной форме. Доктрина подвергла критике это решение, поскольку оно не считается с тем, какое значение в данном случае придается иностранным правовым порядком форме брака. Такая форма заключения, — пишет М. Иссад, — может иметь для брака большее значение, чем власть, призванная зарегистрировать акт.

**Коллизионные нормы, регулирующие материальные условия вступления в брак и его действительность.** Характеризуя нынешнее положение дел в коллизионных вопросах регулирования брачно-семейных отношений, отметим следующее. Международное частное право в анализируемой сфере, особенно в современный период, в большинстве государств с достаточной отчетливостью различало и различает коллизии законов в области формы и коллизии, относящиеся к материальным (существенным) условиям заключаемых «иностраных» браков. В этом смысле по-разному подходят к выбору права, подлежащего применению для обстоятельств, характеризующих форму брака, и к его материальным условиям. Так, традиционный принцип регулирования коллизий в брачных отношениях *lex loci celebrationis*, в течение веков использовавшийся как единый коллизионный принцип, в настоящее время применяется практически безусловно к отношениям формы, но не к существу. Например, Чехия, Венгрия, другие страны континентальной Европы определяют действительность брака с точки зрения его существа по закону гражданства или domicilia (личному закону) вступающих в брак. Большинство стран Латинской Америки, Дания, Южно-Африканская Республика и некоторые штаты США из соображений публичного порядка формулируют правила о том, чтобы заключаемые на их территории смешанные браки удовлетворяли некоторым основным требованиям местных законов, отдавая известную часть регулирования личному закону. Лишь немногие из стран полностью остаются на позициях закона места совершения брачного обряда. К их числу относится КНР. Статья 147 Общих принципов обязательственного права Китая, касаясь смешанных браков, устанавливает, что юридическая действительность брака определяется по закону места его заключения. Как признают китайские ученые, подобный анахронизм существенно облегчает положение китайских органов ЗАГС при оформлении международных браков, так как не нужно входить в подробности содержания иностранного права для определения брачной дееспособности лица или лиц; кроме того, это защищает китайских граждан-супругов, поскольку гарантирует им применение китайского стандарта для юридической безупречности брака с точки зрения законодательства Китая. Однако ст. 147 обходит молчанием вопрос о «смешанных» браках, т.е. таких, в которых участвуют два иностранца, когда они вступают в брак на территории КНР. В этом случае китайские органы проявляют определенную долю гибкости, уделяя внимание определенным материальным условиям, имеющимся в соответствующем праве (возраст, степень кровного родства и т.д.), являющемся личным законом сторон или стороны, в той мере, в какой это не противоречит китайскому публичному



порядку.

Институт брака тесно связан с экономикой, политикой, культурой и историей каждой данной страны. Следовательно, ее закон наилучшим образом подходит для регулирования брака ее граждан. Исходя из этого в отношении материальных условий определяющим является личный закон. Так, «возможность заключения брака решается в отношении каждой из сторон законом ее гражданства», — гласит ст. 14 польского Закона. Испанский Гражданский кодекс устанавливает: «Если оба лица, вступающие в брак, являются иностранцами, то брак может быть заключен ими в соответствии с испанским законодательством или в соответствии с личным законом любого из них» (ст. 50). Более сложная конструкция используется в венгерском акте: «...Материально-правовые условия действительности брака следует рассматривать согласно общему личному закону лиц, вступающих в брак, который действовал в момент и в месте заключения брака. Если личные законы лиц, вступающих в брак, разные, то брак является действительным лишь в случае, если он удовлетворяет материально-правовым условиям действительности, существующим в законах обеих сторон» (п. (1) ст. 37). При этом, если лицо, не являющееся венгерским гражданином, желает заключить брак в Венгрии, оно должно удостоверить, что согласно его личному закону нет препятствий к заключению данного брака. От подобной обязанности по удовлетворению в обоснованных случаях может освободить министр юстиции. Равным образом в случаях, когда венгерский гражданин или лицо без гражданства, проживающее на территории Венгрии, желают заключить брак за границей, со стороны компетентных органов может потребоваться удостоверение отсутствия препятствий для заключения брака с точки зрения венгерского законодательства (ст. 38). В данном случае нельзя не заметить определенного сходства приведенных норм венгерского Закона с положениями Кодекса Бустаманте, который аналогичным образом подчиняет заключение брака в качестве основного коллизионного принципа «личному закону» и требует, чтобы иностранцы до вступления в брак представили доказательства, что ими выполнены условия, предусмотренные этими правовыми актами в соответствии с положениями Кодекса, касающимися их способности к вступлению в брак, согласия или совета родителей, препятствий к браку и их устранения (ст. 36). Вместе с тем выраженный в праве Венгрии подход сочетания, объединения коллизионных привязок отношения (о *кумуляции* см. далее) к нескольким правовым системам одновременно в целях обеспечения действительности брака выступает характерной его чертой.

Подход, основанный на принципе личного закона, а также закона, свойственного каждому из супругов, известен в настоящее время многим правовым актам. В частности, ст. 11 ГК Алжира вслед за ст. 97 Ордонанса о гражданском состоянии 1970 г., требующей, чтобы «алжирец при вступлении в брак соблюдал материальные условия, предписанные его личным законом», подчиняет действительность брака личному закону «каждого из вступающих в брак».

Нередки случаи, когда рассматриваемая коллизионная привязка действует одновременно и как закон, применяемый к форме брака, и в качестве права, определяющего материальные условия его действительности. Тот же закон о международном частном праве Польши предусматривает, что если брак заключается не в Польше, то достаточно, чтобы была соблюдена форма, предусмотренная законом гражданства обоих супругов (§ 2 ст. 15). Из смысла приведенных выше положений испанского ГК со столь же явной

однозначностью вытекает, что они исходят из той же презумпции действия соответствующих норм как в отношении формы, так и материальных условий брака.

В Российской Федерации регистрируются браки между российскими гражданами и иностранцами, между иностранцами, в том числе между гражданами разных государств на основе коллизионных принципов закона гражданства для лиц, являющихся гражданами какого-либо государства, и закона постоянного места жительства (домицилия) — для лиц без гражданства. Согласно п. 2 ст. 156 СК РФ «условия заключения брака на территории РФ определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого является лицо в момент заключения брака». Таким образом, на основании этой нормы условия заключения браков с иностранными гражданами определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является. Кроме того, должны быть соблюдены требования семейного законодательства России в отношении установления обстоятельств, препятствующих заключению брака (в частности ст. 14 СК РФ), как закона места совершения брачной церемонии (*lex loci celebrationis*). Это явление получило название в доктрине международного частного права *кумуляции* коллизионных привязок.

Подобное решение закреплено ныне в национально-правовом регулировании всех стран, подписавших и ратифицировавших многостороннюю Минскую конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях от 22 января 1993 г., действующую в редакции Протокола от 28 марта 1997 г., а также двусторонние соглашения о правовой помощи (Азербайджана, Армении, Беларуси, Грузии, Казахстана, Кыргызстана, Молдовы, Таджикистана, Туркменистана, Узбекистана, Украины, Латвии, Литвы и Эстонии).

В свете всего сказанного возникает вопрос общего характера: каковы предпосылки действительности в России браков, заключенных за рубежом? В частности, будет ли признан брак 17-летней гражданки Российской Федерации, заключенный ею с 23-летним американским гражданином в штате Калифорния? Вправе ли российская гражданка, проживающая с ребенком в Самаре, подать в российский суд требование к американскому гражданину, постоянно проживающему в Америке, о взыскании алиментов на ребенка, родившегося в браке, заключенном в церкви штата Делавэр, предъявив в суд церковное свидетельство о браке? Будет ли квалифицироваться как ничтожный брак, если он заключен в государстве, имеющем более низкий, чем в России, брачный возраст?

Отвечая на все эти вопросы, надлежит руководствоваться статьей 159 Семейного кодекса РФ, согласно которой недействительность брака, заключенного за пределами РФ, определяется законодательством, которое в соответствии с его ст. 156 и 158 применялось при заключении брака.

Следовательно, если брак между 17-летней гражданкой РФ и американцем заключался на территории штата Калифорния, к форме и материальным условиям должно было применяться право этого штата. По законодательству, действующему в нем, на брак с несовершеннолетним лицом требуется разрешение графства и согласие родителей. Если такое согласие имело место и вступающие в брак не являются кровными родственниками, брак должен быть признан действительным как в США, так и в РФ, поскольку в данном случае не наличествуют обстоятельства, перечисленные в ст. 14, которые в соответствии со ст. 158 СК РФ

образуют материальные препятствия для его действительности.

В другом примере брак между российской гражданкой и американским гражданином в штате Делавэр, совершенный духовным лицом, является соответствующим по форме и порядку заключения законодательству штата. Следовательно, его действительность, с точки зрения американского и российского права с учетом положений п. 1 ст. 158 СК, не вызывает сомнений. Таким образом, исковое требование о взыскании алиментов на ребенка, родившегося в подобном браке, основывается на обязанности отца доставлять содержание ребенку, и российский суд компетентен его рассматривать.

В третьей из указанных ситуаций брак, заключенный российской гражданкой, скажем, в Канаде или во Франции — странах, где установлен более низкий брачный возраст для женщин, чем в России, — также не может быть признан недействительным, поскольку недостижение брачной дееспособности — 18 лет — не упомянуто в ст. 14 в качестве условия, препятствующего браку. На основании же ст. 158 для признания недействительности в РФ браков российских граждан, заключенных за пределами России, принимаются во внимание именно положения ст. 14, если по закону государства совершения брака были соблюдены предъявляемые им требования к браку. В этом плане следует обратить внимание на не вполне верные выводы, которые иногда встречаются в юридической литературе.

С другой стороны, каковы должны быть в нынешних условиях РФ действия работников органов ЗАГС при оформлении брака 25-летнего американского гражданина с 16-летней гражданкой Беларуси на территории России? Какие документы будут потребованы от сторон? Достаточным ли актом будет представление американским гражданином справки из посольства или консульства США о том, что данное лицо не состоит в браке, или, скажем, предъявление лицензии на брак, выданной муниципалитетом города Нью-Йорк, штата Нью-Йорк? Очевидно, что сегодня подобные документы не смогут удовлетворить должностных лиц ЗАГС, применяя право штата Нью-Йорк как личный закон вступающего в брак, необходимо потребовать у американского гражданина свидетельство (сертификат), выданное муниципальными властями Нью-Йорка, представляющее собой соединение в одном документе аффидевита и заявления о разрешении на заключение брака за пределами юрисдикции Соединенных Штатов Америки, нотариально удостоверенное и апостилированное. К тому же данный акт должен быть предъявлен в российские органы в пределах указанного на сертификате срока. Истечение срока сделает необходимым для лица повторное его получение в соответствии с установленной процедурой.

Подчинение вопросов действительности брака личному закону каждого из вступающих в брак лиц является в настоящее время одной из важных тенденций коллизионно-правового регулирования семейных отношений в части заключения брачного союза. Подчеркивание этого обстоятельства тем

более принципиально, что во многих странах, в том числе и в РФ, а ранее в СССР, преобладала «территориальная» привязка, т.е. прикрепление отношения к закону места совершения брака. В Основах законодательства о браке и семье СССР, кодексах союзных республик (Кодексе о браке и семье РСФСР) действительность брака, заключаемого на территории СССР (соответственно — какой-либо из союзных республик), подчинялась исключительно законодательству последних, что в многочисленных ситуациях не обеспечивало возможностей его признания за рубежом. В свете этого качественный поворот коллизионно-правового регулирования, зафиксированный в Семейном кодексе РФ 1995 г., к применению личного закона вступающих в брак означал не только включение российской национально-правовой системы в сферу действия данной тенденции, но и вообще пересмотр некоторых доминировавших ранее основ коллизионного права.

В данном случае, давая общую оценку новому коллизионному регулированию, введенному в настоящее время в нашей стране, следует быть предельно объективным. Многолетняя, в течение десятилетий, «закрытость» советского общества, устраненная лишь в недавнем прошлом, не позволяла перейти к более адекватным эпохе принципам. Достаточно отметить, что, скажем, в такой стране, как Марокко, в Дахире от 12 августа 1912 г., содержащем нормы о правовом положении в этой стране французов и граждан других государств, закреплялась нынешняя коллизионная формула прикрепления применительно к отношениям по вступлению в брак: «Право заключить брак регулируется законом гражданства каждого из будущих супругов» (ст. 8). В судебной практике Марокко после достижения независимости также строго поддерживался данный принцип: Верховный суд в своем решении от 28 июня 1968 г. констатировал, что дееспособность французских граждан на территории Марокко согласно ст. 3 Дахира о правовом положении иностранцев определяется их законом гражданства, в силу чего Апелляционный суд Рабата правомерно заключил, что дееспособность замужней женщины подчиняется ее личному закону — закону гражданства.

Если же вспомнить о том, что территориальный принцип *locus regit actum* (*lex loci celebrationis*) пришел на смену «патерналистским» концепциям, свойственным древнему римскому праву с его главенством мужа и отца, которое оказало существенное влияние и на современное регулирование, то станет понятным, какой значительный путь развития преодолели коллизионные принципы регулирования брачных отношений.

В этом отношении требование французского автора П. Леребур-Пижоньера о том, чтобы в случае различий в личных законах вступающих в брак они применялись в действительном смысле *кумулятивно*, т.е. с одновременным соблюдением условий, предусмотренных личным законом не только одной стороны, но и законом другой, могло рассматриваться как шаг назад и подвергалось объективной критике за чрезмерную жесткость и нереалистичность. Согласно его позиции, если личный закон одного лица устанавливает брачный возраст в 18 лет, а личный закон другого — в 21 год, брак может быть признан действительным, если он удовлетворяет требованиям и того, и другого законодательств, — скажем, брак между двадцатидвухлетней

девушкой и двадцатитрехлетним молодым человеком.

В этом отношении показательно дело Шанли Аззопорди, рассмотренное 5 января 1959 г. Апелляционным судом Рабата (Марокко), в котором, в частности, утверждалось следующее: «Международное частное право Марокко базируется на целостности соблюдения и уважения личных статутов индивидуумов, а дуализм супружества в браке требует, чтобы к его действительности применялось право государства гражданства каждого из обоих супругов».

Нередко вопросы признания действительности заключенных иностранных или «смешанных» браков зависят от положений брачно-семейного права, формулирующих оговорку о публичном порядке. Например, классическое мусульманское право запрещает браки между мусульманами и «неверными» — немусульманами. Право Европы и Америки, а также многих государств Азии не принимает во внимание препятствия для заключения брака, хотя бы и существующие в личном законе кого-либо из вступающих в брак, но которые устанавливаются иностранным правом по расовому или религиозному признаку, и т.д.

Так, вряд ли суд Испании или Франции, Швейцарии, Бельгии или Люксембурга и др. признает в качестве препятствия для действительности брака и статуса незаконнорожденности появившихся в нем детей вследствие применения норм марокканского Дахира № 1-57-343 от 22 ноября 1957 г., учреждающего кодекс законов о личных и наследственных правах, который устанавливает следующее: «Зап решен брак мусульманки с немусульманином» (ст. 29 гл. 4). Брак, заключенный в нарушение этого императивного правила, является в Марокко недействительным. Поскольку марокканское право не допускает в этом отношении «предполагаемую действительность» брака, единственным способом устранения недействительности подобного брака является обращение немусульманина в мусульманскую веру. Аналогичным образом будут оцениваться и правила, предусматривающие, что марокканец-еврей не вправе заключить брак с иностранкой, не являющейся израэлиткой.

**Консульские браки.** «Иностранные» браки могут совершаться не только в органах регистрации актов гражданского состояния брака данного государства, но и в дипломатических либо консульских учреждениях стран, направивших дипломатического агента или консула. Браки, совершенные в таких представительствах, именуется «консульскими браками». Их заключение ныне представляет собой довольно распространенное явление. В РФ согласно ст. 157 СК РФ браки между иностранными гражданами, совершенные на территории РФ в посольствах или консульствах иностранных государств, признаются на условиях взаимности действительными в РФ, если лица в момент вступления в брак являлись гражданами государств, назначивших консула или посла.

Закон Венгрии 1979 г. предусматривает, что если оба лица, заключающие брак, являются венгерскими гражданами, то они могут заключить брак за границей перед органами венгерского дипломатического представительства при условии, что Совет министров уполномочил орган дипломатического представительства действовать при заключении браков (п. (3) ст. 37).

Упомянутое в приведенной норме венгерского акта требование об

«уполномочении» дипломатического органа на практике реализуется либо посредством соответствующего указания в национальном праве, либо с помощью заключения международно-правовых документов — консульских конвенций. Данные договоры, заключенные РФ с другими странами, допускают регистрацию консулом браков граждан своей страны. В большинстве консульских конвенций предусматривается, что консул имеет право регистрировать брак согласно закону представляемого им государства (Болгария, Румыния, Швеция, Германия). Предусматривается уведомление местных органов о произведенной в консульстве регистрации брака. Для того чтобы обеспечить возможность заключения, действительность и признание консульских браков, совершенных на территории государства пребывания консула, между гражданами страны, направившей консула, и гражданами страны аккредитации консула либо гражданами третьего государства, необходимо наличие в консульской конвенции прямо предусмотренного на то согласия договаривающихся государств. Консульский брак как особый институт международного частного права известен также и многосторонним документам. Так, Кодекс Бустаманте гласит: «В странах, где это дозволено законом, браки, заключаемые перед дипломатическими или консульскими агентами обоих супругов, регистрируются согласно их личному закону...» (ст. 42).

Наличие соответствующей договоренности между конкретными государствами, зафиксированной в международном соглашении, может придать действительность на территориях договаривающихся государств и так называемым «смешанным» бракам, т.е. юридическим фактам совершения брака в консульстве или дипломатическом представительстве государства, назначившего консула или дипломата, в которых одним лицом, вступающим в брак, выступает гражданин государства, направившего консула, а другим — гражданин третьего государства.

Из вышеизложенного следует, что консульские браки в силу постановлений консульских и иных конвенций, а также норм национального права соответствующих стран признаются действительными как в государстве, направившем консула, так и в государстве его пребывания.

Однако категория консульских браков в реальной жизни иногда может порождать некоторые нетипичные обстоятельства юридического порядка. Например, применительно к российской действительности, когда граждане РФ имеют два вида паспорта — общегражданский и заграничный, — заключение в консульском учреждении брака российскими гражданами на основании предъявления заграничного паспорта сопровождается выдачей документа о заключении брака, но не проставлением соответствующего штампа в паспорте, что всегда имеет место в случаях заключения брака в органах ЗАГС. Вследствие этого супруги, вернувшись на Родину, должны «трансформировать» консульский брак в «обычный» и обратиться в органы ЗАГС для соответствующего «завершению» его оформления. Если брак продолжает существовать и стороны заинтересованы в его «легализации» в РФ, они осуществляют все необходимые действия. Однако нередко брачные отношения либо обеими сторонами, либо одной из них уже не рассматриваются как надлежащие, у сторон отсутствует намерение их продолжать. Тогда для них нет смысла производить «легализацию», поскольку это обусловит неизбежность последующих процедур по расторжению брака. В результате стороны по консульскому браку предпочитают не производить соответствующего оформления в органах ЗАГС. Между тем факт заключения брака в консульстве

не может не считаться основанием, образующим препятствие для последующего заключения брака с другим лицом. В конечном итоге пренебрежение подобными моментами в соответствующих обстоятельствах может привести к двубрачию (многоженству) и возникновению множества так называемых предварительных коллизионных вопросов.

Так, гражданин Болгарии заключил на Кубе брак с кубинской гражданкой в консульстве Болгарии. Однако супруг не оформил данный брак в органах ЗАГС Болгарии. По прошествии времени, проживая в Российской Федерации, он вступил в брак с российской гражданкой в г. Москве. В браке родились дети. Через несколько лет кубинская гражданка, к тому времени проживавшая в Испании и не приобретшая подданства этой страны (а значит, и права на социальное обеспечение), попав в автомобильную катастрофу и получив серьезные увечья, обратилась к своему мужу, по-прежнему проживавшему в России, за алиментами как полностью нетрудоспособная. Возникла проблема определения оснований и размера алиментов, разрешение которой упиралось в действительность и недействительность соответствующего брака.

В этом плане прежде всего возникает необходимость решения главных вопросов — во-первых, о семейном статусе кубинской гражданки и болгарского гражданина, и во-вторых, о законе, применимом к заключению брака и имущественным отношениям между супругами.

### **§ 3. Имущественные правоотношения между супругами. Брачный договор**

Как и в других аспектах, брачно-семейные отношения имущественного характера обладают существенными особенностями правового регулирования в зависимости от того, о какой системе права и о каком государстве идет речь. Наиболее типичными различиями в юридическом плане являются режим общности имущества супругов, с одной стороны, и режим их раздельной собственности — с другой, а кроме того, установленный законом или предусматриваемый договором. В ряде стран предпринимаются попытки создать более совершенную конструкцию, в основе которой лежит концепция «раздела нажитого супругами имущества», которая должна соединить достоинства обоих режимов и в то же время устранить сопутствующие каждому из них недостатки. Концепция зародилась в Швеции, была воспринята польским законодательством, присутствует в практике других стран. Суть рассматриваемой конструкции состоит в том, что каждый супруг сохраняет самостоятельность при осуществлении имущественных прав, индивидуально управляет своей собственностью, независимо от времени ее приобретения. Каждый супруг ответствен за свои долги, за исключением долгов, обусловленных содержанием дома, хозяйства, а также воспитанием детей. При разделе имущества чистые активы обоих супругов объединяются и делятся на две равные части. Супруг, обладающий большим имуществом, должен передать другому половину разницы. Подобная схема, именуемая «выравниванием долей», существует и в ФРГ.

В Российской Федерации с обновлением брачно-семейного законодательства регламентация имущественных отношений между супругами подверглась существенному пересмотру.

Ранее Кодекс о браке и семье РСФСР не содержал нормы о законодательстве, подлежащем применению к имущественным правам и обязанностям супругов (режиме совместного имущества, взаимном алиментировании и т.п.). При отсутствии регулирования суды, независимо от гражданства супругов и места их жительства, применяли российское законодательство.

Новый Семейный кодекс РФ, вступивший в силу с 1 марта 1996 г., восполняет пробел в законодательстве, предписывая применение к указанным правам и обязанностям законодательства государства, на территории которого супруги имеют совместное место жительства (*lex domicilii*): «Личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства, а при отсутствии совместного места жительства законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства. Личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов, не имевших совместного места жительства, определяются на территории Российской Федерации законодательством Российской Федерации» (п. 1 ст. 161).

Предполагается, что отношения супругов наиболее тесно связаны с правом государства, где протекает брак. Таким образом, даже к отношениям супругов — иностранных граждан, если они совместно проживают в Москве, подлежит применению российское законодательство.

Примером может служить рассмотрение в российском суде спора о выделении доли супруга в общем имуществе супругов, один из которых, белорусский гражданин, проживает в Германии, а другая, российская гражданка, — в Москве. Брак был заключен в Москве, здесь же супруги несколько лет проживали совместно, оба имеют здесь имущество. Однако за некоторое время до предъявления иска ответчик уехал в Германию, и супруги стали жить отдельно. В этом случае при отсутствии у них на момент предъявления иска совместного места жительства применению подлежит в соответствии с п. 1 ст. 161 СК российское законодательство.

Пункт 1 ст. 161 СК устанавливает дополнительные коллизионные нормы на случай, когда супруги не имеют или никогда не имели совместного места жительства. При его отсутствии применяется законодательство государства, на территории которого супруги имели последнее совместное место жительства; если же супруги никогда его не имели, российские суды применяют российское законодательство — *lex fori*. При отсылке коллизионных норм к российскому законодательству применению подлежат нормы гл. 7 СК о законном режиме имущества супругов.

Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам стран СНГ 1993 г. содержит разветвленную систему коллизионных норм, регламентирующих имущественные и личные неимущественные права супругов, в том числе и в случаях так называемого разногражданства супругов и проживания их в различных государствах, не являющихся странами их гражданства: «Если одни из супругов является гражданином одной Договаривающейся Стороны, а второй — другой Договаривающейся Стороны и один из них проживает на территории одной, а второй — на территории другой Договаривающейся Стороны, то их личные и имущественные правоотношения определяются по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой они имели свое последнее совместное место жительства» (п. 3 ст. 27 Минской конвенции). Если лица, о



которых идет речь выше, не имели совместного жительства на территории стран—участниц Конвенции, применяется законодательство того Договаривающегося государства, чье учреждение рассматривает спор (п. 4 ст. 27). В то же время отношения супругов, касающиеся принадлежащего им недвижимого имущества, подчиняются законодательству государства, на территории которого находится это имущество (п. 5 ст. 27).

Коллизионные нормы об имущественных отношениях супругов, содержащиеся в праве иностранных государств, сложны и весьма разнообразны. Во многих странах эти отношения определяются по законодательству государства, гражданами которого являются оба супруга (Польша, Португалия, Чехия и т.д.). При разном гражданстве супругов в ряде стран в вопросах их личных отношений применяется отсылка к законодательству последнего общего гражданства, а при его отсутствии — к личному закону (гражданства) мужа (ст. 14 греческого ГК, ст. 18 итальянского ГК и др.), либо к праву обычного местопребывания супругов, а при его отсутствии — к национальному праву мужа (ст. 52 португальского ГК), либо, наконец, — прямо к национальному правопорядку мужа (§ 21 тайландского Закона).

Применительно к регулированию имущественных отношений супругов во многих странах используются иные коллизионные привязки, чем те, которые применяются к личным отношениям, причем часто предписывается подчинение отношений законодательству, действовавшему в момент заключения брака (*lex loci celebrationis*). Таковы положения греческого ГК, итальянского ГК, португальского ГК и др. Указанное правило допускает, однако, исключения. Режим супружеского имущества обычно может быть изменен брачным договором (*lex voluntatis*). Для недвижимого имущества супругов в ряде законодательств делается исключение, которое, как правило, подчиняется закону места его нахождения (*lex rei sitae*). В Польше, Чехии и ряде других стран действует общая коллизионная норма для личных и имущественных отношений супругов — закон гражданства или закон суда. В то же время в сфере имущественных прав допускается выбор законодательства супругами. В Польше вопрос о допустимости такого выбора, его изменении и отмене решается по национальному закону супругов.

В некоторых странах значение договорного урегулирования имущественных отношений супругов особенно велико. Так, согласно ст. 52 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г. режим имущественных отношений супругов определяется, согласно общим нормам, правом, избранным супругами (*lex voluntatis*). Если супруги не избрали права, режим их имущественных отношений подчиняется праву государства, в котором супруги имеют совместное место жительства (*lex domicilii*), а если они имеют его в разных государствах, — правом государства, где они имели последнее совместное место жительства; если супруги никогда не имели такового, применяется право их общего гражданства (*lex patriae*), а при отсутствии и последнего — швейцарское право (ст. 54 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г.).

Коллизионные вопросы личных и имущественных отношений супругов отражены в ряде договоров России (ранее — СССР) о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам (такие договоры заключены с более чем 40 странами), а также в конвенции стран СНГ «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» от 22 января 1993 г.

Так, по ст. 25 российско-польского Договора о правовой помощи и правовых

отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1996 г. (не вступившего пока в силу) личные и имущественные правоотношения супругов определяются законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой супруги имеют совместное место жительства. Если супруги проживают в разных странах, то при наличии у них общего гражданства применяется законодательство страны их гражданства, а при разном гражданстве — законодательство страны, суд которой рассматривает дело. Обращает на себя внимание в данном случае изменение содержания коллизионных норм, относящихся к определению права, применимого к имущественным отношениям супругов в случае отсутствия у них совместного места жительства. В частности, по советско-польскому Договору 1957 г. с изменениями, введенными Протоколом от 23 января 1980 г., предусматривалось использование закона того государства, на территории которого супруги имели последнее общее местожительство (ст. 29 Договора 1957 г.). Близки к приведенному правилу и нормы других двусторонних договоров о правовой помощи, а также ст. 27 Конвенции СНГ.

К личным и имущественным отношениям супругов при расхождении в регулировании правил международного договора и положений ст. 161 СК применяются правила международного договора. Например, если супруги — польские граждане — проживают одна в России, а другой в Польше, ранее никогда не проживали вместе, но имели в Швейцарии денежные вклады, то при рассмотрении иска о разделе их имущества российский суд должен применять не российское законодательство, как это вытекает из ст. 161 СК РФ, а польское, в соответствии со ст. 29 Договора с Польшей (который продолжает действовать вплоть до вступления в силу нового соглашения в области правовой помощи), так как, во-первых, это обусловлено конституционными положениями Основного закона РФ, а во-вторых, Договор содержит специальную норму на рассматриваемый случай (т.е. на случай общего гражданства спорящих сторон): «Если один из супругов проживает на территории одной Договаривающейся Стороны, а второй — на территории другой Договаривающейся Стороны и притом оба супруга имеют одно и то же гражданство, то их личные и имущественные правоотношения определяются законодательством Договаривающейся Стороны, гражданами которой они являются» (п. 2 ст. 29).

Договоры России о правовой помощи и Конвенция стран СНГ от 22 января 1993 г. не содержат специальной нормы о признании и исполнении иностранных решений, вынесенных по правоотношениям супругов. Но они подпадают под действие общих правил договоров о признании и исполнении решений (ст. 51—55 Конвенции и соответствующие статьи договоров). При этом должны быть соблюдены предусмотренные Конвенцией (иными договорами) условия признания и исполнения.

Например, при исполнении в России решения украинского суда о разделе имущества супругов согласно ст. 52 Конвенции стран СНГ от 22 января 1993 г. должно быть установлено, что отсутствуют следующие основания для отказа в признании и исполнении: а) в соответствии с законодательством государства, на территории которого вынесено решение (т.е. Украины), оно не вступило в законную силу или не подлежит исполнению, за исключением случаев, когда решение подлежит исполнению до вступления в законную силу; б) ответчик не принял участия в процессе вследствие того, что ему или его уполномоченному не был своевременно и надлежаще вручен вызов в суд; в) по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию на территории государства, где должно быть признано и исполнено решение (т.е. России),

вступившее в законную силу решение уже вынесено ранее или имеется признанное решение третьего государства (например Белоруссии), либо если учреждением этого (в данном случае российского) государства ранее было возбуждено производство по данному делу; г) согласно положениям Конвенции, а в случаях, не предусмотренных ею, — в соответствии с законодательством государства, на территории которого решение должно быть признано и исполнено, дело относится к исключительной компетенции ее учреждения (если, например, украинским судом вынесено решение о недвижимом имуществе, находящемся в России); д) отсутствует документ, подтверждающий соглашение сторон по делу договорной подсудности; е) истек срок давности принудительного исполнения, предусмотренный законодательством государства, суд которого исполняет решение.

Коллизионные аспекты имущественных отношений между супругами стали предметом внимания международного сообщества еще в начале века. Так, в 1904 г. в Гааге на одной из Гаагских конференций была предложена к подписанию Конвенция о личных и имущественных отношениях супругов, положившая в основу личный закон супругов, но закрепившая исключения в отношении определенных категорий недвижимости на базе закона места нахождения вещи (*lex rei sitae*). Конвенция допускала, что отдельные государства могут применять особые правила для защиты интересов третьих лиц, однако устанавливала их обязанность сообщать другим участникам, какие именно правила оно будет применять. Общая же ссылка на интересы третьих лиц запрещалась. В практическом плане география этого международного соглашения была достаточно узкой. К тому же его действие было прервано Первой мировой войной.

Желая вновь установить общие положения, касающиеся права, применяемого к режимам собственности супругов, уже в современную эпоху ряд государств признали целесообразность заключения подобного международного договора. Вследствие этого была разработана Гаагская конвенция «О праве, применимом к режимам собственности супругов», подписанная 14 марта 1978 г. (Россия в ней не участвует).

Данная Конвенция локализует автономию воли супругов при выборе права. Согласно ст. 3 этого документа режим собственности супругов регулируется внутренним правом, определенным ими до брака. Вместе с тем супруги могут определять только один из нижеследующих правопорядков: право любого государства, гражданином которого является один из них во время такого определения; право такого государства, в котором один из них имеет свое обычное местожительство во время такого определения; право первого государства, в котором один из супругов приобретает новое обычное местожительство после брака. Однако, кроме того, они могут предусмотреть, чтобы недвижимость, которая может быть впоследствии приобретена, подчинялась правопорядку того места, где такая недвижимость находится (*lex rei sitae*). В случае, если супруги не определили применимое право, режим их собственности определяется внутренним правом государства, в котором оба приобретают свое первое обычное местожительство после вступления в брак.

Эта конвенция открыта для подписания государствами, являвшимися участниками Гаагской конференции по международному частному праву во время ее сессии. СССР участвовал в этой конференции, но не подписал ее. Российская Федерация до сих пор также не связана данным документом.

**Брачный договор.** Институт брачного договора, распространенный во многих странах мира (а с принятием в 1994—1995 гг. Гражданского и Семейного

кодексов ставший известным и российскому праву), имеет своим содержанием установление режима собственности супругов, а в случаях, допускаемых диспозитивными нормами законодательства, — его изменение.

В разных странах этот институт обладает своей спецификой, но суть его всюду одна: предоставление вступающим в брак возможностей отступления от того режима супружеского имущества, который предусмотрен в праве данной страны и автоматически начинает действовать с момента заключения брака при отсутствии договора. В большинстве случаев супруги достаточно свободны в выборе варианта, которому будут подчиняться их имущественные отношения. Единственным ограничением выступает обязательность его непротиворечия требованиям закона, действующего в стране.

Подчинение имущественных отношений режиму, согласованному между обоими супругами, представляет бесспорное завоевание современного этапа развития брачно-семейных отношений. В этом плане достаточно указать, что по праву ряда мусульманских государств имущественные отношения иногда рассматриваются в качестве вопроса личного статуса и подчиняются закону, регулирующему брак. Так, в силу ч.1 ст. 12 ГК Алжира применим личный закон мужа, действовавший в момент заключения брака, а раздел имущества в рамках расторжения брака подчиняется на основании ч. 2 его ст. 12 закону гражданства мужа, действовавшему в момент подачи искового заявления. В некоторых обстоятельствах сделки имущественного характера индийской замужней женщины, совершенные ею в соответствии с положениями Закона о договорах 1872 г., и касающимися договорных отношений, судебными прецедентами могут обязывать не ее, а мужа (например, в случаях острой необходимости осуществить обеспечение заемных обязательств мужа и т.п.). Вместе с тем нельзя не подчеркнуть, что в восточных странах еще с конца XIX века существовали предпосылки для закрепления в праве раздельной собственности супругов. В частности, индийский Закон III о собственности замужней женщины 1874 г. зафиксировал для индуистских, мусульманских, буддистских, сикских и джайн браков принцип раздельности имущества замужней женщины и провозгласил, что заработная плата, доходы, приобретенные ею в результате трудового найма, профессиональной деятельности, торговли или занятий науками, искусством, ремеслами и т.д., принадлежат ей на праве раздельной собственности (ст. 4).

В некоторых странах законодатель предлагает супругам ряд вариантов на выбор. В частности, французский Гражданский кодекс (в редакции Закона № 65-570 от 13 июля 1965 г., полностью изменившего положения Кодекса Наполеона) закрепляет возможность выбора супругами любого из шести вариантов режимов: 1) режим общности движимых вещей и доходов от них; 2) режим договорной общности имущества, на которую не будут распространяться правила, относящиеся к управлению имуществом, общность на которые установлена законом; 3) режим договорной общности, из которой один из супругов имеет право изымать определенные вещи в счет возмещения ущерба; 4) режим общности имущества с правом одного из супругов на

преимущественную долю; 5) режим, в соответствии с которым супруги имеют неравные доли; 6) режим всеобъемлющей общности имущества (ст. 1497). В то же время, если супруги оговорят в брачном контракте, что их имущество будет разделено, то каждый из них сохраняет за собой управление, пользование и свободное распоряжение своим собственным имуществом (ст. 1536). Не случайно поэтому в законодательстве некоторых государств, особенно исповедующих дуализм гражданского права, предусматриваются специальные правила, четко регламентирующие права физических лиц — коммерсантов в сфере торговой деятельности, когда это связано с супружеским имуществом. «Если торговая деятельность, — говорится в ст. 6 Торгового кодекса Испании — осуществляется лицом, состоящим в браке, то риски по результатам этой деятельности распространяются на собственное имущество данного супруга и на имущество, приобретенное на доходы от торговой деятельности. Для использования в торговой деятельности совместного имущества супругов, необходимо согласие обоих супругов».

Новое семейное законодательство РФ предоставляет возможность супругам самостоятельно определить свои имущественные права и обязанности в период брака и на случай его расторжения. В современных условиях, когда в составе имущества супругов может быть недвижимость, средства производства, правовое регулирование их имущественных отношений часто требует иных решений, чем те, которые предусмотрены общими нормами семейного законодательства о правовом режиме имущества супругов, что и достигается заключением между ними брачного договора. Содержанием брачного договора является установление того или иного правового режима имущества супругов. Индивидуальное право собственности какого-либо из них на имущество, закрепленное в договоре, не может препятствовать включению в него положений о выделении второму супругу ренты на данное имущество и пр. В том же договоре может быть предусмотрено и решение вопросов наследования, с той лишь оговоркой, что положения соглашения не могут отменять обязательных требований действующего законодательства в соответствующей области (например, об обязательной доле в наследстве нетрудоспособного супруга, несовершеннолетних детей, детей-инвалидов и лиц иных категорий).

Альтернативой режиму общности имущества супругов, которую можно избрать для установления в договоре, объективно выступает принцип раздельности. Однако супруги могут установить ограниченный режим общности либо скомбинировать раздельность и общность в зависимости от видов и характера имущества. В ряде случаев брачные договоры подлежат регистрации (например, в торговых реестрах, когда это касается коммерсантов). Так, ст. 12 ТК Испании устанавливает, что брачные договоры, надлежащим образом зарегистрированные в Торговом реестре, могут включать

условия, отличные от предусмотренных в предшествующих его разделах. Стороны вправе также предусмотреть в брачном договоре формы управления совместным и раздельным имуществом, определить порядок его осуществления.

Однако наличие договорной свободы не наделяет супругов правом изменять императивные, т.е. обязательные нормы, предписанные законодательством, соблюдения которых нельзя обойти, и, кроме того, включать в него ряд других требований, относящихся к семейным отношениям или личным правам. Так, в числе подобного рода примеров необходимо указать на недопустимость определения в брачном договоре стороны, с которой будут проживать дети в случае развода, или обусловливание последствий для виновного в эвентуальном разводе супруга в том, что касается необходимости получения разрешения другого супруга на свидание с детьми, согласие на вторичный (последующий) брак, изменение местожительства и т.д.

Согласно Семейному кодексу РФ супруги обязаны материально поддерживать друг друга. Такая обязанность возлагается только на лиц, состоящих в зарегистрированном браке. Супруги имеют право заключить соглашение о предоставлении содержания. Условия, порядок и размер содержания, предоставляемого одним из супругов другому, определяются этим соглашением. Положение об уплате супругу алиментов также может быть включено в брачный договор. При отказе от такой поддержки и отсутствии соглашения между супругами об уплате алиментов в предусмотренных законодательством случаях один из супругов имеет право требовать от другого, обладающего необходимыми для этого средствами, предоставления алиментов в судебном порядке.

В соответствии с п. 2 ст. 161 СК при заключении брачного договора или соглашения об уплате алиментов друг другу супруги, не имеющие общего гражданства или совместного места жительства, могут избрать законодательство, подлежащее применению для определения их прав и обязанностей по брачному договору или по соглашению об уплате алиментов. В случае, если супруги не избрали подлежащее применению законодательство, к брачному договору или соглашению об уплате алиментов применяются положения п. 1 ст. 161 Семейного кодекса РФ. Это значит, что, например, при составлении брачного договора супруги могут условиться, что их права и обязанности будут определяться не тем законодательством, на которое указывают коллизионные нормы российского СК, а каким-либо иным (*lex voluntatis*).

Например, если брачный договор заключают супруги, один из которых проживает в России, а другой в Германии, но ранее они жили совместно в России, то согласно п. 1 ст. 161 СК их права и обязанности по брачному договору должны были бы подчиняться российскому законодательству как законодательству страны последнего совместного места жительства. Но при соответствующей договоренности супругов их права и обязанности по брачному договору могут подчиняться германскому праву или праву какого-либо другого избранного ими иностранного государства. В этом случае коллизионная норма п. 1 ст. 161 СК применяться не будет. Следует иметь в виду, что согласно п. 2 ст. 161 СК право избрания

применимого права принадлежит не всем супружеским парам, а лишь тем, которые не имеют общего гражданства или совместного места жительства.

Если будет установлено, что применение норм избранного иностранного семейного права противоречит основам правопорядка России, возможно ограничение его применения (ст. 167 СК). Статья 161 СК не говорит о форме избрания сторонами законодательства. Следовательно, в этих случаях должны применяться соответствующие коллизионные правила о форме сделки, содержащиеся в ст. 1209 ГК РФ, и общие нормы о форме брачного договора. Заключаемые в России соглашения супругов об избрании законодательства могут быть включены в сам текст брачного договора (соглашения об уплате алиментов) либо образовывать отдельные документы. Соглашение, как и сам брачный договор (соглашение об уплате алиментов), излагается в письменной форме и требует нотариального удостоверения.

Если выбор супругами законодательства осуществляется за пределами России, достаточно того, что он был оформлен согласно требованиям соответствующего иностранного государства. Однако выбор российского законодательства не может быть признан недействительным вследствие несоблюдения формы, если соблюдены его требования.

Решая в определенных случаях вопрос о форме соглашений супругов подчинения брачного договора законодательству того или иного государства, следует иметь в виду и коллизионные нормы ст. 1209, 1213 ГК о том, что форма сделок и содержание договоров по поводу недвижимого имущества, находящегося в России, подчиняются российскому праву.

#### **§ 4. Расторжение брака в МЧП**

Вопрос о возможности расторжения брака в разных странах решается по-разному. При этом четко прослеживается три основных подхода. В ряде государств (Испания, Ирландия, Аргентина, Колумбия) развод запрещен. В других развод допускается при наличии строго определенных оснований, при этом взаимное согласие супругов в число таких оснований не включается (Италия). В третьих развод допускается при наличии легальных условий и оснований, в том числе и по взаимному согласию супругов (Англия, Бельгия, Дания, Германия, Норвегия, Российская Федерация).

Развитие общества привело в XX веке к расширению свободы разводов. В Европе дольше других сопротивлялись этому. Однако в Италии с 1970 г. стал действовать закон, который разрешил расторжение брака по строгому перечню оснований, исключая взаимное согласие супругов. Основаниями для развода здесь считаются: осуждение одного из супругов к серьезному уголовному наказанию, раздельное проживание супругов не менее пяти лет по условиям сепарации, неспособность к брачной жизни, получение развода за границей. Во Франции с 1975 г. в качестве основания к разводу признано взаимное согласие супругов при сохранении тем не менее такой причины развода, как виновное поведение одного из супругов. В Англии с 1971 г. также признано взаимное согласие супругов на развод после двухлетнего раздельного жительства (сепарации, так называемого отлучения от стола, судебного

разлучения — separation, sйparation de corps). Правом Германии, Японии и многих других развитых странах допускается расторжение брака по взаимному согласию супругов в случае «окончательного и непоправимого расстройств брачной жизни». Нормы в области регулирования бракоразводных отношений в Швеции характеризуются значительной степенью либеральности и не требуют от суда выяснения причин, побудивших стороны прекратить брак, и осуществления примирительных процедур.

Законодательство США не отличается единообразием. В ряде штатов расторжение брака допускается по единственной причине — непоправимый его распад, в других необходимо наличие иных оснований, предусмотренных законом (совершение доказанного правонарушения и т.д.). Во многих штатах установлено требование оседлости в штате — от нескольких часов (что нередко используется для обхода закона в целях более легкого получения развода) до нескольких лет.

Иначе обстоит дело в государствах Азии и Африки, где господствует мусульманское право. Здесь определяющую роль играет волеизъявление мужчины. По шариату допускаются следующие основные виды расторжения брака: развод «баин» — окончательный развод; развод «раджаа» — возвращение мужем жены; «хаал» — подкуп женой мужа за предоставленный ей развод; «мубарат» — отречение от жены. В 15 немусульманских странах Азии и Африки существуют тенденции к расширению свободы разводов по европейскому варианту, но реальной силой здесь обладает обычное право, которое решает этот вопрос иначе.

Различия в законодательстве стран по вопросу расторжения брака порождают ряд противоречий, юридических трудностей и, как следствие, «хромающих разводов».

**Коллизионные вопросы расторжения брака в МЧИ. Признание разводов, совершенных за границей.** Законодательство различных стран разнообразно решает и вопрос о порядке расторжения брака. Большинство государств признает судебный порядок (США, Франция, ФРГ, Англия и др.).

При этом в Англии, например, суд должен выяснить, возможно ли воссоединение сторон. Если на любой стадии разбирательства суду станет ясно, что появилась возможность примирения и воссоединения сторон, то он вправе приостановить процесс на любой срок, который сочтет необходимым для попыток такого примирения. Если в результате оценки доказательств суд придет к выводу о непоправимости брака, он выносит решение о разводе.

Есть ряд стран, в которых по взаимному согласию супругов допускается внесудебный порядок развода (Япония, Российская Федерация). В Дании и Норвегии брак расторгается решением короля или административного органа; в Ирландии и канадской провинции Квебек — решением парламента. Исходя из различий в законах можно выделить ряд коллизионных проблем расторжения брака в МЧИ.

Проблема выбора права в разрешении дел о прекращении брака стоит одной из первых: прежде чем приступить к процедуре расторжения брака, необходимо отыскать закон, который будет ее регулировать. При разрешении данного вопроса большинство стран применяют национальный закон



разводящихся супругов, другие — закон места проживания супругов, третьи — закон страны суда. Например, в Англии и США используется закон постоянного места жительства супругов, во Франции — закон общего домицилия либо личный закон каждого супруга. Во многих странах данные привязки дополняют друг друга: если у супругов нет общего гражданства (личные законы не совпадают), то применяется закон общего места жительства в данный период времени, либо, если и его нет, — правопорядок последнего общего места жительства, если же у супругов не совпадают ни гражданство, ни место жительства, то применяется закон суда.

Например, решением от 27 ноября 1934 г. Кассационный суд Франции отклонил кассационную жалобу на постановление Апелляционного суда Рабата (Марокко), которое было вынесено по разводу двух швейцарских граждан. Согласно этому постановлению супругу было запрещено вторично вступать в брак до истечения одного года с даты прекращения рассматриваемого брака на основании применения его личного закона — права Швейцарии. Французский суд заявил следующее: «Оспариваемое решение, которым запрещалось мужу, виновному в распаде брака, на основании ст. 150 Гражданского кодекса Швейцарии вступление в новый брак до истечения срока в один год с даты вынесения решения, является окончательным, без какого бы то ни было нарушения принципов применимого права».

Привязка отношения по расторжению брака к закону гражданства разводящихся супругов часто квалифицируется в литературе как принцип коллизионного права, свойственный «континентальной» системе права. Напротив, в странах англосаксонской системы отмечается преимущественное действие коллизионной формулы прикрепления к закону места жительства (*lex domicilii*) и закону суда (*lex fori*).

Центральным вопросом для многих последствий юридического порядка расторжения «смешанного» или «иностранного» брака является действительность решения о расторжении брака, вынесенного иностранным органом, в пределах другой юрисдикции. Иными словами, главным средством устранения «хромящих разводов» выступает признание решения органа, постановившего расторжение брака, в другом государстве или государствах.

Например, будет ли в Германии признано расторжение брака между российской гражданкой и немецким гражданином, совершенное российским судом, если по праву ФРГ требуется, чтобы стороны обязательно были представлены адвокатами, а в российском процессе такого императивного правила не существует? При этом следует учесть, что в соответствии с нормами российского Семейного кодекса расторжение брака между российским гражданином и иностранным супругом на территории РФ подчиняется требованиям российского права, которое не знает, к примеру, такого института, как решение вопроса о выравнивании долей супругов при разводе вне зависимости от заработка во время брака (которое существует вследствие законно закрепленного в ФРГ обязанности супругов взаимно содержать друг друга) в рамках судебного расторжения брака. В обстоятельствах, когда российская гражданка постоянно проживает в Германии, но бракоразводный процесс осуществлен в России, исполнение решения в Германии не

сможет, таким образом, затронуть указанную часть взаимоотношений между бывшими супругами, что было бы сделано, если бы вопрос рассматривался семейным судом ФРГ.

Есть государства, которые вообще не признают иностранных решений о разводе своих граждан, поэтому в публикациях по МЧП на эту тему часто отмечается, что на практике супруги, получив развод за границей, потом долго добиваются его признания у себя на родине или в третьих государствах. В то же время более простой и менее дорогостоящий развод в России, естественно, привлекает российских граждан, пусть даже и проживающих постоянно за рубежом, произвести необходимые судебные процедуры по прекращению брака в РФ; при этом они не задумываются о стоимости признания и исполнения вынесенного российским судом решения в иностранном государстве (например в Англии, США, во Франции и др.).

Для целей непризнания разводов, совершенных за рубежом, используется еще одно препятствие — публичная оговорка. В признании прав иностранца, основанных на законе гражданства, может быть отказано по правилам «публичного порядка». Применение оговорки о публичном порядке полностью зависит от суда, который рассматривает дело. Речь идет о расхождении между иностранным правом, на применение которого указывает коллизионная норма, и правом страны суда. В одних государствах нерасторжимость брака считается основой публичного порядка, и поэтому не допускается развод по национальному закону супругов, если он запрещен в стране суда. Другие страны принцип нерасторжимости брака к основам публичного правопорядка не относят, хотя личный закон супругов может его не допускать.

Возникает и проблема обхода закона, когда супруги стараются, обойдя свой личный строгий закон, получить развод. Например, испанская супружеская пара для того чтобы получить развод, который в Испании запрещен, переехала во Францию, приобрела французское гражданство, оформила развод по закону этой страны, затем вернулась в Испанию. Там уже разведенные вновь получили испанское гражданство.

Известны и другие, менее «громоздкие» пути обхода закона. В частности, по закону штата Алабама (США) можно возбудить дело о разводе, если хотя бы один из супругов непродолжительное время проживает в этом штате. Супруг-истец получает развод в Алабаме всего лишь после нескольких часов пребывания на территории штата. Для ответчика приезжать в суд необязательно—достаточно присутствия доверенного лица или адвоката. Доказательством проживания в Алабаме служит клятва без дальнейшего подтверждения. Поскольку решение, вынесенное в одном штате, подлежит признанию и исполнению в другом штате, то подобная легкость разводов в Алабаме служит настолько привлекательным моментом, что существующая система получила название «бракоразводной мельницы».

Продемонстрированные затруднения, вызванные расхождениями материального, коллизионного и процессуального права различных государств в области расторжения брака, обуславливают поиски вариантов преодоления создавшегося положения с «хромающими» разводами, непризнанием фактов расторжения брака в иностранном государстве и их юридических последствий. Традиционным средством в решении данной

проблемы выступают международные договоры.

Так, некоторые латиноамериканские страны с 1928 г., т.е. с года принятия Кодекса Бустаманте, единообразно решают вопросы допустимости и недопустимости развода, его оснований и компетенции суда. По этому кодексу применяется кумуляция коллизионных привязок. Согласно ст. 1 супруги могут предъявить иск о разводе в том случае, если одновременно допускается развод и по закону страны суда, и по национальному закону разводящихся супругов.

Ряд стран принял в 1978 г. Гаагскую конвенцию о признании развода и судебного разлучения супругов, в силу которой признается любая форма развода, если она является законной в стране, где совершен развод. Но любое государство может не признать развод между супругами, если их национальный закон на момент развода не допускал такового.

Наряду с указанными источниками правового регулирования рассматриваемых отношений нормы, касающиеся разводов между гражданами, являющимися иностранцами по отношению друг к другу, или между гражданами одного и того же государства, но проживающими на территориях различных государств, содержатся также и в договорах о правовой помощи. Практика таких договоров исходит из принципа национального режима — безусловного предоставления гражданам договаривающихся государств таких же прав, как и собственным гражданам.

***Расторжение брака между иностранными гражданами и лицами без гражданства по российскому праву.*** Российский Семейный кодекс предусматривает две процедуры расторжения брака: при отсутствии несовершеннолетних детей и материальных требований друг к другу в условиях взаимного согласия супругов — через органы записи актов гражданского состояния, при отсутствии согласия одного из супругов либо при наличии детей до 18 лет — через суд.

В разделе VII Семейного кодекса устанавливаются следующие особенности расторжения брака «с иностранными характеристиками»: если брак расторгается между гражданином России и иностранным гражданином либо между гражданами иностранного государства на территории РФ, то применяется российское законодательство. При расторжении брака между гражданами РФ и иностранными гражданами за пределами РФ расторжение будет признано действительным, если соблюдено законодательство страны, в которой производится расторжение брака. Признание в России иностранных решений о расторжении браков, допускаемых п. 3 ст. 160 СК РФ, обуславливается соблюдением законодательства соответствующего иностранного государства, во-первых, о компетенции органов, вынесших решение о расторжении брака, и во-вторых, о подлежащем применению при расторжении брака праве. Таким образом, существенным обстоятельством согласно указанной статье является факт принятия решения компетентным органом. В действующем семейном праве РФ, следовательно, возникла конкретизация того, что понимается под соответствующими законами государств, ссылка на которые имела в КоБС РСФСР. Граждане России могут расторгать браки с иностранными гражданами и в том случае, если оба супруга проживают за пределами территории РФ.

В случае, если брак расторгается на территории РФ, применяется законодательство России. При этом, естественно, речь идет о соблюдении как материальных норм, установленных Семейным кодексом, так и процессуальных норм, предусмотренных гражданско-процессуальным правом Российской Федерации.

Если заявление о расторжении брака подается в российский суд, вне зависимости от места жительства истца и ответчика, гражданин, проживающий за границей, должен быть надлежащим образом извещен о всех обстоятельствах дела, о месте и времени его рассмотрения. Для этого ему пересылаются копии документов и повестка о явке в суд. Порядок пересылки и вручения документов регулируется действующими международными соглашениями (Гаагской конвенцией по вопросам гражданского процесса 1954 г., договором о правовой помощи в случае, если между государством, в которое пересылаются документы, и РФ заключен такой договор). Вручение судебных документов в России осуществляется через Министерство юстиции. Если эти требования соблюдены, начинается рассмотрение дела по правилам, которые установлены для граждан России, т.е. согласно принципу национального режима. В случае неявки надлежащим образом извещенной стороны дело может быть рассмотрено и в ее отсутствие. Законодательство РФ применяется при расторжении брака, если иное не установлено международным договором. Ввиду того что, кроме случаев, предусмотренных международным договором, применение иностранного закона фактически исключено, расторжение брака, произведенное в РФ, может быть, как уже отмечалось выше, не признано за рубежом.

Согласно действующим национально-правовым нормам специального перечня оснований для развода в российском праве, как известно, не содержится, поэтому суд расторгает брак, если установит, что дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи невозможно. Однако специальные положения о расторжении брака содержатся в договорах о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенным Россией с другими странами. Например, по договору с Болгарией при расторжении брака применяется закон гражданства супругов. Если гражданство у лиц, расторгающих брак, разное, то применяется закон государства того учреждения, которое обладает компетенцией в области расторжения браков на данной территории. По договору с Вьетнамом коллизионные нормы идентичны тем, что содержатся в договоре с Болгарией.

Согласно положениям нового Договора о правовой помощи, заключенного между Россией и Польшей и подписанного 16 сентября 1996 г., по делам о расторжении брака применяется законодательство и компетентны органы той Договаривающейся стороны, гражданами которой супруги являются на момент подачи заявления. Если супруги имеют местожительство на территории другой Договаривающейся стороны, то компетентны также органы этой стороны (п. 1 ст. 26). При «разногражданстве» супругов главенствующее значение имеет их общее местожительство, так как именно закон этого государства будет определять условия расторжения брака. В таком случае и его суды также объявляются компетентными рассмотреть иск о расторжении брака. Если же стороны проживают в различных государствах, то применяется право того государства, судебное учреждение которого рассматривает дело о разводе. Данное международное соглашение предоставляет супругам возможность выбора форума (суда) для разрешения дела и признает компетенцию судов обоих договаривающихся государств, если супруги проживают в разных государствах и не имеют общего гражданства договаривающихся сторон (п. 3 ст. 26).

По договору с Финляндией решение о расторжении брака признается на территории другого государства, если оба супруга являлись гражданами государства, компетентный орган которого произвел развод; если оба супруга

имели совместное место жительства в таком государстве; либо если супруги имеют разное гражданство и место жительства, но один из них имел место жительства на территории государства, где произведен развод. По этому же договору в признании решения может быть отказано, если на территории государства, которое должно признать решение, вынесенное о расторжении брака органом другого государства, уже состоялось решение своих органов, а также если ответчик не был надлежащим образом извещен о расторжении брака.

В многосторонней Конвенции о правовой помощи странам СНГ 1993 г. при расторжении брака применяется закон страны общего гражданства супругов в момент подачи заявления, если же общего гражданства нет (один супруг является гражданином одного, а второй — другого государства), то применяется закон страны, орган которой рассматривает дело о расторжении брака (ст. 28).

Во многих двусторонних договорах о правовой помощи, заключенных между Россией и другими государствами, предусмотрены общие правила о признании судебных решений. С помощью международно-правовых инструментов создаются в таких случаях гарантии признания решений судов договаривающихся государств о расторжении брака.

Кроме форм расторжения брака, предусмотренных в Семейном кодексе, нашему праву известна еще одна — консульское расторжение брака. Материальные условия для расторжения брака в консульском учреждении аналогичны тем, которые должны наличествовать при осуществлении развода в органах ЗАГС. Институт расторжения брака консулом закреплен Консульским уставом СССР 1970 г., Положением РФ о консульском учреждении Российской Федерации от 5 ноября 1998 г. (п. 8) и консульскими конвенциями, которые заключаются Россией с конкретным государством. Например, в конвенции, заключенной с Республикой Эквадор, предусмотрена только возможность регистрировать браки консулом между гражданами страны представления, а возможности расторгать их нет. В конвенции же с Греческой Республикой предусмотрена только возможность расторжения браков между гражданами страны представления. В конвенции с Лаосской Народной Демократической Республикой, с Демократической Республикой Сан Томе и Принсипи, с Болгарией предусмотрены возможности и заключать, и расторгать браки между гражданами страны, направившей консула. В Консульской конвенции между Российской Федерацией и Республикой Корея от 18 марта 1992 г. раздел «Консульские функции в целом» предусматривает исполнение консулом обязанностей нотариуса, регистратора актов гражданского состояния и других подобных обязанностей, что позволяет сделать вывод: консул вправе не только регистрировать браки, но и расторгать их при наличии соответствующих материальных условий.

В любом случае право расторгнуть брак между гражданином своей страны и иностранцем консул имеет только тогда, когда это предусмотрено в консульской конвенции. При этом российский консул вправе расторгать брак между супругами — гражданами РФ, если хотя бы один из них постоянно проживает за границей. Таким образом, в принципе регистрацию актов расторжения брака ведут органы ЗАГС и консулы.

## **§ 5. Правоотношения, касающиеся международного усыновления, опеки и попечительства**

Как и в других вопросах брачно-семейных отношений международного характера, в рассматриваемой области имеется большое разнообразие материально-правовых норм во внутреннем праве государств, что закономерно обуславливает появление коллизий. Брак и семья — это один из ярких примеров наслоений исторических, культурных, этнических, религиозных и др. традиций и особенностей, отразившихся в правовом регулировании соответствующих отношений.

Немало их возникает и в области усыновления, опеки и попечительства: с какого возраста разрешается усыновление; кто может быть усыновителем; возможно ли усыновление совершеннолетнего; необходимо ли согласие на усыновление между усыновителем и усыновляемым или его законным представителем; сохраняется ли правовая связь усыновляемого с кровными родственниками; каковы конкретные обстоятельства и основания, которые могут составить правовые предпосылки для установления опеки и попечительства и т.д.?

Отмечая особенности отечественного законодательства в этой области, следует сказать, что Семейный кодекс РФ являлся значительной вехой на пути создания развитой правовой системы, соответствующей складывающимся в нашей стране иным, чем прежде, экономическим и социальным отношениям. Действовавший ранее КоБС РСФСР перестал в полной мере удовлетворять современным потребностям регламентации семейных отношений с учетом произошедших изменений в международном и внутригосударственном социальном, экономическом и политическом климате.

Расширение сферы международных контактов коснулось в первую очередь такого института, как усыновление, и именно «иностранное» усыновление. Если исходить из общих представлений о том, что есть «усыновление (удочерение)», которое определяется в юридической литературе как «юридический акт, в силу которого между ребенком (усыновленным) и лицом, принявшим его на воспитание, устанавливаются правовые (личные и имущественные) отношения, существующие между родителями и детьми», то необходимым дополнением для дефиниции «иностранного», или «международного», усыновления должно стать включение в рассматриваемое понятие основного фактора — юридической связи данного отношения с несколькими правопорядками. Иными словами, усыновитель (усыновители) и усыновляемый должны быть иностранцами по отношению друг к другу, либо факт усыновления должен иметь место за границей в соответствии с правопорядком иностранного государства. Аналогичным образом обстоят дела и с предпосылками для квалификации международных по своему характеру попечительства или опеки.

Характеризуя отечественное законодательство в части общих норм, касающихся данных институтов, необходимо отметить, что в прежнем ГК РСФСР 1964 г. соответствующих разделов, содержащих специальные нормы, посвященные опеке и попечительству, не существовало. Эти понятия упоминались в ст. 15 «Признание гражданина недееспособным» и ст. 16 «Ограничение дееспособности граждан, злоупотребляющих спиртными напитками или наркотическими веществами». Согласованные с ними коллизионные нормы были помещены в Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (п. 2—5 ст. 160,

соответственно трактующие выбор права при признании иностранцев и лиц без гражданства ограниченно дееспособными или недееспособными).

В ходе разработки и принятия Гражданского кодекса РФ в него впервые включены нормы об опеке и попечительстве. (До этого они содержались в Кодексе о браке и семье). Правовая регламентация соответствующих отношений ныне содержится в ст. 31—40 ГК РФ, которые не дают определения «опеки» и «попечительства», а лишь регулируют общие вопросы: цели опеки и попечительства, правовое положение и функции опекунов и попечителей (ст. 31—33); органы опеки и попечительства (ст. 34); назначение опекунов и попечителей, а также освобождение или отстранение их от обязанностей (ст. 35, 39); исполнение опекунами и попечителями своих обязанностей (ст. 35, 36); прекращение опеки и попечительства (ст. 40). Таким образом, нормы ГК РФ ограничиваются перечислением условий, при которых данные институты имеют место.

Нормы, посвященные опеке и попечительству, которые содержатся в Семейном кодексе РФ, распространяют свое действие только на ту часть общественных отношений, в которой они регулируют права и обязанности опекунов и попечителей по воспитанию несовершеннолетних (п. 1 ст. 31 ГК РФ). Правовая регламентация указанных институтов содержится в главе 20 (ст. 145—150 СК РФ), а также в некоторых других нормах, в частности в ст. 121 СК РФ, обеспечивающих материально-правовое регулирование отношений по опеке и попечительству. Коллизионные нормы, касающиеся этого института, помещены в ст. 1199 ГК РФ. В то же время правила выбора законов, относящиеся к усыновлению, содержатся в Семейном кодексе РФ.

Опека устанавливается над малолетними (до 14 лет); гражданами, признанными судом недееспособными вследствие психического расстройства. Попечительство устанавливается над несовершеннолетними в возрасте от 14 до 18 лет, а также гражданами, ограниченными судом в дееспособности вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими веществами. Из сказанного становится очевидным различие между категориями «опека» и «попечительство»: разграничение между этими понятиями возможно провести именно по субъектному составу. Решения, зафиксированные в российском праве, в принципе отражают мировую практику регулирования. Известные отличия могут состоять в установлении возраста для разграничения рассматриваемых двух категорий лиц, подпадающих соответственно под тот или другой институт. Существуют также и определенные различия в круге оснований, по которым над лицом объявляются опека или попечительство. Так, практике западных государств хорошо известны такие основания признания совершеннолетних лиц ограниченно дееспособными и в силу этого установления опеки или попечительства, как расточительство, иные отклонения в поведении (подробнее см. об этом выше, в гл. 14).

Говоря о специфике отношений, характеризующихся проявлением юридической связи с правопорядками различных государств, следует подчеркнуть, что чаще всего подобная связь бывает очевидной даже с внешней точки зрения: иностранное гражданство субъектов отношения, либо постоянное местожительство за рубежом, либо установление юридического факта судом или иным юрисдикционным органом иностранного государства и т.д.

Усыновление детей гражданами другого государства является широко распространенным во всем мире. Масштабным оно стало после окончания

Второй мировой войны. Ни одно государство в то время не имело специального законодательства, регулирующего «иностранные» усыновление, вследствие чего его процедура не могла быть законодательно оформлена и зачастую осуществлялась стихийно, с массой нарушений как моральных, так и правовых норм. Усыновление могло быть оформлено у нотариуса как обычная гражданско-правовая сделка, а об этических нормах такой «продажи» говорить не приходится. Роль своеобразного «фактора упорядочения» процедуры усыновления в разное время играли и играют созданные для этих целей организации, в частности: Национальный комитет по усыновлению (Румыния), лицензированные агентства (Северная Корея), независимые посредники (Италия), суды (Южная Корея). В России деятельность иностранных общественных и частных организаций, не получивших аккредитацию, запрещена. В то же время в РФ органами, дающими разрешение на усыновление детей, являющихся гражданами России, выступают органы исполнительной власти субъекта РФ, на территории которого проживает ребенок.

С течением времени в различных странах стали появляться первые специальные законодательные акты об усыновлении. В целях же противодействия созданию предпосылок для коммерческой деятельности, связанной с иностранным усыновлением, и пресечения противоправных действий по похищению детей 25 октября была заключена Гаагская конвенция о гражданских аспектах похищения детей, в которой участвуют Франция, Канада, ФРГ, Швейцария, США, Испания, Польша, Греция, Израиль, Грузия, Туркменистан и др., согласно положениям которой обеспечивается немедленное возвращение детей, незаконно перемещенных или удерживаемых в любом договаривающемся государстве, а также гарантируется, чтобы права опеки или доступа согласно праву одного договаривающегося государства эффективно соблюдались в других договаривающихся государствах (ст. 1).

Наиболее общей тенденцией в развитии международного частного права в области иностранного усыновления стало судебное производство соответствующих дел. Согласно, например, Закону Финляндии об усыновлении 1979 г. его порядок разделяется на два этапа: консультации и подтверждение усыновления решением суда. Целью консультаций является наблюдение за интересами ребенка и помощь ему, его родителям и усыновителям путем переговоров и действий до того, как суд подтвердит усыновление. Однако в случае необходимости консультация может быть дана и после того, как усыновление произошло окончательно (§ 16).

В Шотландии по Закону 1978 г. суд соответствующей юрисдикции по заявлению усыновителей выносит приказ о передаче им родительских прав и обязанностей. Подобный приказ аннулирует все права и обязанности биологических родителей и опекунов, все взаимные права и обязанности родителей и детей. Однако он не прекращает прав и обязанностей опекуна, если в договоре или ином документе специально отмечено, что права опекуна не уничтожаются приказом об усыновлении. Заявление об усыновлении может быть подано как супругами, каждый из которых достиг 21 года и имеет местожительство в Великобритании, так и одним лицом, не состоящим в браке. Для усыновления необходимо согласие каждого из родителей или опекунов ребенка. Согласие родителей не требуется, если они не выполняют своих родительских обязанностей.



В Российской Федерации в семейном кодексе впервые в интересах детей был установлен судебный порядок усыновления, в рамках которого действует ряд материально-правовых правил. Усыновление считается правомерным, если: 1) ребенка не усыновили либо другие родственники, либо иная российская семья; 2) соблюдены все формальные процедуры (получено разрешение и т.п.); 3) осуществляется дееспособным лицом (усыновителем) в отношении несовершеннолетнего (усыновляемого) в целях его воспитания; 4) учтены правила о «близости» языка, культуры, обычаев и т.д.; 5) существуют условия для содержания детей и т.д. Как и ранее КоБС РСФСР российский закон допускает усыновление детей-граждан РФ иностранными гражданами и лицами без гражданства. Такое усыновление производится на общих основаниях, однако с соблюдением ряда требований, которые с учетом п. 3 ст. 62 Конституции РФ установлены непосредственно федеральным законом — СК РФ.

До начала 90-х гг. в РФ случаи «иностранного» усыновления были достаточно редки; впоследствии они заметно участились. В результате из-за интереса иностранных граждан к усыновлению российских детей в этой сфере наметился сдвиг в сторону корректировки российского законодательства и практики, сначала в форме ненормативных разъяснений Министерства образования и Министерства здравоохранения РФ о том, что в семьи иностранных граждан могут быть переданы дети, которых по тем или иным причинам не взяли под опеку (попечительство) российские граждане: это дети-инвалиды, дети с отклонениями в развитии, с отягощенной наследственностью, старшие школьники, затем — о порядке обязательного централизованного учета детей-сирот, подлежащих усыновлению; и наконец, о форме включения в ведущий акт семейного права — Семейный кодекс — специальных норм, регламентирующих иностранное усыновление. Собственно «иностранному» усыновлению отведена статья 165 СК РФ, часть 1 которой отправляет нас к национальному законодательству, в котором устанавливаются порядок, условия осуществления этой процедуры, определяется круг лиц, имеющих право быть усыновителями, обозначается орган — суд, который занимается рассмотрением данной категории дел, устанавливаются обязанность соблюдения тайны усыновления, условия и порядок отмены усыновления.

Касаюсь развития правовой базы, используемой для регламентации данного вида отношений, кроме вышеуказанных актов, можно выделить постановление Верховного Совета РФ от 18 декабря 1992 г. № 4132-1 «О неотложных мерах по упорядочению усыновления детей, являющихся гражданами РФ, гражданами других государств». Данный документ закрепляет принцип, согласно которому «усыновление ограничивается исключительными, не терпящими отлагательства случаями, когда это необходимо в интересах здоровья ребенка». Все должностные лица обязывались указывать основания принимаемого решения. 31 августа 1994 г. издается приказ Минобразования и Минздравмедпрома РФ «О документах, предоставляемых при усыновлении детей иностранными гражданами» за №№ 342, 184. Данный ведомственный акт был призван стать одним из шагов на пути приведения актов в этой области в соответствие с действующим законодательством.

13 сентября 1995 г. в РФ принят специальный акт, содержащий материальные нормы по иностранному усыновлению, — «Положение о порядке передачи детей, являющихся гражданами Российской Федерации, на

усыновление гражданам Российской Федерации и иностранным гражданам», которым подтверждались ранее установленные принципы усыновления (интересы ребенка, ненарушение прав ребенка), передачи детей на усыновление иностранным гражданам только в случаях, если не представилась возможность передать их на усыновление, опеку или попечительство гражданам Российской Федерации, и т.д. Особо выделялись случаи иностранного усыновления, если ребенок проживает за границей. В подобных обстоятельствах усыновители должны обращаться в орган исполнительной власти субъекта Федерации, на территории которого ребенок (или его родители) проживали до выезда за пределы РФ. В таких случаях заключение об обоснованности и соответствии усыновления интересам ребенка дает дипломатическое или консульское представительство Российской Федерации (п. 43). Усыновление также производится в дипломатическом или консульском учреждении.

В Постановлении Правительства РФ от 1 мая 1996 г. № 542 определяется перечень заболеваний усыновителя, при наличии которых лицо не может усыновить ребенка, принять его под опеку (попечительство), взять в приемную семью. 3 августа 1996 г. было принято Постановление Правительства РФ № 919, содержащее Положение о порядке передачи детей, являющихся гражданами РФ, не усыновленных гражданами РФ, иностранным гражданам и (или) лицам без гражданства.

Ст. 21 Конвенции ООН о правах ребенка рассматривает усыновление в другой стране в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если он не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая в состоянии была бы обеспечить его воспитание или усыновление, и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным. Ввиду указанного ст. 124 СК отдает приоритет при усыновлении российским гражданам, постоянно проживающим на территории РФ. В этих целях вводится централизованный учет детей, оставшихся без попечения родителей, которые могут быть переданы на воспитание в семьи граждан России (см. ст. 122 СК и комментарий к ней). Иностранцы граждане и лица без гражданства могут усыновить российских детей только по истечении 3 месяцев со дня их постановки на такой учет, независимо от возраста детей и состояния их здоровья. Этот порядок усыновления распространяется и на российских граждан, постоянно проживающих за границей. Исключение составляют только родственники ребенка, желающие его усыновить. Они вправе усыновить ребенка на общих основаниях, наравне с российскими гражданами, независимо от их гражданства и места жительства.

Усыновление иностранными гражданами детей, являющихся гражданами России, производится российским судом с соблюдением как норм гл. 19, так и ст. 165 СК, содержащей коллизионные нормы о подлежащем применению при таком усыновлении праве (см. комментарий к ней). Кроме того, в Постановлении Правительства РФ от 3 августа 1996 г. № 919 «Об организации централизованного учета детей, оставшихся без попечения родителей» определяются процедуры оформления усыновления детей иностранными гражданами (учет иностранных усыновителей, подбор детей и т.п.).

Одним из немногочисленных многосторонних международно-правовых документов, специально регламентирующих международное усыновление, является Гагская конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления от 29 мая 1993 г. Россия в ней не участвует, хотя и являлась наблюдателем в работе Юбилейной сессии Гагской конференции в 1993 г. (подробнее об этом международном соглашении см. далее в настоящем

параграфе).

**Коллизионные нормы РФ по усыновлению, отношениям между родителями и детьми, опеке и попечительству.** Ранее говорилось о том, что правоотношения по опеке и попечительству регулируются главой 20 Семейного кодекса РФ. Надо отметить, что цели усыновления, опеки и попечительства общие — защита прав и интересов детей. Согласно п. 1 ст. 121 и п. 1 ст. 145 СК РФ опека и попечительство устанавливается над детьми, оставшимися без попечения родителей, в целях их содержания, воспитания и образования, а также для защиты их прав и интересов. Эта глава регламентирует права детей, находящихся под опекой (попечительством) (ст. 148), а также права и обязанности опекуна и попечителя (ст. 150).

Семейный кодекс РФ содержит и систему коллизионных норм по усыновлению, опеке и попечительству.

В тексте статьи 163 СК РФ «Права и обязанности родителей» можно вычлени три коллизионные нормы. Первая: «Права и обязанности родителей и детей определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства» (*lex domicilii*). Данную коллизионную привязку следует рассматривать как генеральную (основную), по форме — двустороннюю, по способу регулирования — императивную. Условием, дифференцирующим правоотношение, является указание на отсутствие совместного места жительства. В этом случае следующая норма формулируется: «При отсутствии совместного места жительства родителей и детей права и обязанности родителей и детей определяются законодательством государства, гражданином которого является ребенок» (*lex nationalis* ребенка). Данная коллизионная привязка является субсидиарной, по форме — двусторонней, по способу юридического воздействия — императивной. В третьей коллизионной норме условием, дифференцирующим правоотношение, является «требование истца в алиментном обязательстве». В подобных случаях может быть применено законодательство государства, на территории которого постоянно проживает ребенок» (*lex domicilii* ребенка). Данная коллизионная привязка также является субсидиарной, по форме — двусторонней, по юридической силе — диспозитивной.

В силу части первой п. 1 ст. 165 СК РФ «усыновление (удочерение), в том числе отмена усыновления, на территории РФ иностранным гражданином или лицом без гражданства ребенка, являющегося гражданином РФ, производится в соответствии с законодательством государства, гражданином которого является усыновитель... на момент подачи заявления об усыновлении (удочерении) или об отмене усыновления». Таким образом, если гражданин какой-либо страны подал заявление в российский компетентный орган с просьбой об усыновлении российского ребенка, усыновление будет происходить по законодательству той страны, гражданином которой он является, при соблюдении, однако, требований и российского законодательства.

Главной (основной) коллизионной привязкой при регулировании усыновления (удочерения), а также отмене усыновления ребенка, являющегося гражданином РФ, выступает личный закон усыновителя.

При усыновлении (удочерении) на территории Российской Федерации гражданами РФ ребенка, являющегося гражданином иностранного государства, закон ставит условием получение согласия законного представителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого является ребенок, а также, если это требуется по законодательству соответствующего государства, согласие самого ребенка на усыновление. Как видно, отечественный закон

оставляет без ответа вопрос, по какому же правопорядку должно производиться усыновление ребенка на территории Российской Федерации, если последний является лицом без гражданства. Следует признать, что в нынешних условиях лавинообразных движений мигрантов и вынужденных переселенцев, беженцев и т.д., подобные фактические обстоятельства довольно часто могут возникать в международном усыновлении (удочерении).

Усыновление детей, являющихся гражданами РФ и проживающими за пределами России, произведенное компетентным органом иностранного государства, гражданином которого является усыновитель, признается действительным в Российской Федерации при условии получения предварительного разрешения на усыновление или удочерение от органа исполнительной власти РФ, на территории которого ребенок либо его родители проживали до выезда за пределы Российской Федерации.

Так, баварский суд ФРГ с разрешения органа опеки и попечительства администрации Нижнего Новгорода, на территории которого проживали родители и ребенок, вынес решение об усыновлении проживающими на территории Германии супругами Н. — гражданами ФРГ — девочки пяти лет, являвшейся гражданкой РФ. Разрешение было дано в полном соответствии с требованиями ст. 124—126, 127 и др. Семейного кодекса РФ, поскольку супруги Н. являлись бабушкой и дедушкой ребенка, родители которого погибли в автокатастрофе. Такое удочерение подлежит признанию в Российской Федерации.

***Международные конвенции по вопросам усыновления, опеки и попечительства.*** Одними из первых конвенций в анализируемой области, как уже отмечалось в разделе, посвященном гражданской дееспособности физических лиц, были Гаагские конвенции: Конвенция 1902 г. об опеке над несовершеннолетними и Конвенция 1905 г. о попечительстве над совершеннолетними. Однако они не получили широкого распространения. К тому же их действие было прервано Первой мировой войной.

В более позднее время указанные вопросы получили свое отражение как в масштабе двустороннего сотрудничества между различными государствами, так и на региональном и ином уровне. Общее количество таких договоров не слишком велико. Так, в 1965 г. была принята Гаагская конвенция «О юрисдикции, применимом праве и признании решений об усыновлении», которую ни СССР, ни впоследствии РФ не ратифицировали. В нем, в частности, излагались процессуальные аспекты усыновления, в частности критерии разграничения компетенции соответствующих органов государств-участников в области разрешения дел по усыновлению, а остальные проблемы своего освещения не получили. Конвенция устанавливает требования к усыновителям и усыновляемым. Общее правило — применение государствами, органы которых обладают юрисдикцией, своего внутреннего законодательства к условиям, регулирующим усыновление (ст. 4). Имеются изъятия: должно учитываться любое положение о запрещении усыновления, содержащееся в национальном законе усыновителя (усыновителей), если применение такого запрещения предусмотрено законодательством государства гражданства усыновителей при ратификации Конвенции; в отношении вопроса о согласии на усыновление лиц, не являющихся членами семьи усыновителя, применяется закон гражданства ребенка. Согласно конвенции отмена усыновления возможна по любым основаниям, предусмотренным законом государства, компетентным решать этот вопрос.

Европейская Конвенция об усыновлении детей 1967 г. действует между странами—участницами Европейского совета и содержит в основном унифицированные материальные нормы об усыновлении и правовых последствиях усыновления.

Вышеупомянутая Гаагская конвенция 1993 г. «О защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления», также формулирующиеся нормы «прямого действия» провозглашает незаконность любых средств обогащения при решении указанного вопроса и разрешает лишь оплату необходимых издержек и расходов, включая гонорары лиц, участвующих в организации усыновления.

Для того чтобы упорядочить процесс подбора детей и усыновления, Конвенция предлагает ратифицирующим ее государствам создать центральный государственный орган, который следил бы за соблюдением положений Конвенции, а также специальные институты, занимающиеся этим вопросом, — агентства по устройству детей в семьи, частных лиц, прошедшие аккредитацию.

Как указано в самом тексте Конвенции, она имеет целью создать гарантии того, чтобы иностранное усыновление осуществлялось в интересах ребенка, обеспечить признание усыновлений в договаривающихся государствах, совершенных в соответствии с этим документом. Она применяется, когда ребенок, постоянно проживающий в одном Договаривающемся государстве («государстве происхождения»), переехал, переезжает или должен переехать в другое Договаривающееся государство («принимающее государство») либо после его усыновления в государстве происхождения супругами или лицом, обычно проживающим в принимающем государстве, либо в целях такого усыновления в принимающем государстве или в государстве происхождения (ст. 2). Конвенция исходит из того, что лица-усыновители, компетентные власти и учреждения соответствующих государств дали добровольное согласие на усыновление, а ребенок должным образом информирован о последствиях усыновления и его согласия, если последнее требуется соответствующим законодательством. Конвенция распространяется только на те усыновления, которые создают постоянную связь между родителями и детьми.

В двустороннем масштабе нормы, предназначенные для единообразного коллизионного регулирования отношений по усыновлению, содержатся в договорах о правовой помощи. В новейших их образцах положения, посвященные международному усыновлению, характеризуются достаточной полнотой. Практически все договоры о правовой помощи, принятые в 1992—1995 гг. странами СНГ и Балтии, содержат соответствующие разделы. Эти акты фиксируют преимущественно принцип прикрепления к праву того государства, гражданином которого является усыновитель. Кроме того, российско-эстонский Договор, например, использует кумуляцию коллизионных привязок, предусматривая, что если усыновители ребенка являются гражданами разных государств, то усыновление должно удовлетворять требованиям обоих законодательств. Российско-польский Договор 1996 г. еще более дифференцирует и специфицирует регламентацию рассматриваемых отношений. Так, для усыновления применяется также законодательство Договаривающейся стороны, гражданином которой является ребенок, если решается вопрос его согласия, согласия законного представителя, разрешения компетентного органа, а также ограничений по усыновлению в связи с переменой места жительства усыновляемого (ст. 30).

Кроме вышеперечисленных международных документов, существует Конвенция о правах ребенка, одобренная Генеральной

Ассамблеей ООН 20 ноября 1989 года. Для Российской Федерации она вступила в силу 15 сентября 1990 года. Согласно ей государства-участники признают, что ребенок должен вести полноценную и достойную жизнь в условиях, которые обеспечивают его достоинство, способствуют его уверенности в себе и облегчают его активное участие в жизни общества, напоминают, что дети имеют право на особую заботу и помощь. Хотя содержащиеся в документе нормы носят больше публично-правовой, а не частно-правовой характер, было бы неправильным обойти его полным молчанием, поскольку его положения во многом способствовали прогрессивному развитию общих норм национального семейного права многих государств, в том числе и РФ, «дух и буква» Семейного кодекса которой в соответствующих разделах ощутили на себе влияние этого международного соглашения. В частности, ст. 21 Конвенции признает существование системы усыновления, а также подчеркивает основную цель — отстаивание интересов ребенка. Она устанавливает, что «усыновление ребенка разрешается только компетентными властями, в соответствии с применимым законом и процедурами», усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью, которая может обеспечить его воспитание или усыновление, что «...в случае усыновления ребенка в другой стране применяются такие же гарантии и нормы, которые применяются в отношении усыновления внутри страны...». Статья 25 Конвенции признает попечение с целью ухода за ребенком, ст. 35 призвана предотвратить похищение детей, торговлю детьми, их контрабанду.

Существует ряд актов, в которых с той или иной степенью детализации затрагиваются вопросы усыновления, опеки и попечительства: Женевская декларация прав ребенка 1924 г., Декларация прав ребенка 1959 г., Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Международный пакт о гражданских и политических правах, Международный пакт о социальных, экономических и культурных правах и др. В своей основе эти документы имеют отличный от документов международного частного права характер, но все же стоит упомянуть применительно к затронутому предмету правового регулирования.

Что касается регионального правового сотрудничества в данной сфере, в том числе и стран СНГ, то оно выражается в функционировании двух видов международно-правовых инструментов: многосторонних и двусторонних договоров, регламентирующих оказание правовой помощи.

Основным актом по этому вопросу в рамках СНГ является Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г., вступившая в силу для РФ 10 декабря 1994 года. В ней содержатся специальные статьи, посвященные рассматриваемой проблематике: ст. 33—36 «Опека и попечительство», ст. 37 «Усыновление».

Статья 33 в ч. 1 содержит коллизионную норму о приоритете законодательства опекаемого (закон гражданства опекаемого — передаваемого на попечение). Часть 2 также содержит коллизионную норму о правоотношении между опекуном (попечителем) и опекаемым (лицом, переданным на

попечение) — закон места нахождения учреждения, которое назначило опекуна (попечителя). Часть 4 этой статьи сужает круг участников данного правоотношения: это только «договаривающиеся стороны», т.е. государства, подписавшие договор (Конвенцию).

Применительно к усыновлению здесь фигурирует закон гражданства усыновителя (усыновителей), а также устанавливается необходимость получения согласия законных представителей и компетентных государственных органов, в отдельных случаях — согласие ребенка (если это требуется по законодательству усыновляемого).

Надо отметить, что в отличие от названной Конвенции СНГ и ряда двусторонних соглашений о правовой помощи, в VII разделе СК РФ ничего не говорится о подходах к коллизионно-правовому регулированию отношений опеки и попечительства.

Коллизионные нормы, касающиеся отыскания права, подлежащего применению к опеке и попечительству, помещены в ст. 1199. Поскольку подобные правила в отечественное законодательство включены впервые, имеет смысл привести положения упомянутой статьи полностью: «1. Опека или попечительство над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности совершеннолетними лицами устанавливается и отменяется по личному закону лица, в отношении которого устанавливается либо отменяется опека или попечительство. 2. Обязанность опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство) определяется по личному закону лица, назначаемого опекуном (попечителем). 3. Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица».

Таким образом, с учетом дифференциации объемов (круга общественных отношений, а также условий, при которых действуют определенные правила поведения), установленных в приведенных коллизионных нормах, спектр формул прикрепления к соответствующему правопорядку подразумевает как личный закон лица, в отношении которого учреждаются опека или попечительство, так и личный закон опекуна (попечителя). В то же время не исключается и обращение к закону места совершения акта (*lex loci actus* либо *lex fori*). Нельзя не отметить крупное нововведение в действующее право в этой части — при наличии указанных в положениях п. 3 ст. 1199 обстоятельств осуществление сравнения содержания материальных норм иностранного и российского (если последний выступает в качестве *lex domicilii* субъекта, над которым устанавливается опека или попечительство) правопорядков, в ходе отыскания надлежащего права и окончательного его выбора на основе критерия большей благоприятности для опекаемого лица.

Следовательно, существующее регулирование со всей масштабностью демонстрирует отход от выраженных в самой общей форме в Основах ГЗ Союза ССР и республик 1991 г. правил по ограничению дееспособности либо признанию недееспособности в СССР, закреплявшихся с помощью односторонней коллизионной привязки: «Признание в СССР лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется советскому праву (п. 5 ст. 160). Это характеризуется, во-первых, расширением сферы регулируемых отношений (т.е. имеет место формулирование предписаний не только для целей признания недееспособности лица или ограничения его

дееспособности в России, но и вообще для решения коллизионных вопросов установления опеки и попечительства где бы то ни было в мире), а, во-вторых, широким использованием двусторонних коллизионных норм при разграничении отдельных аспектов соответствующих отношений, равно как и обращением к новым приемам и формулам.

Предписания аналогичного характера содержатся и в договорах о правовой помощи применительно к данным отношениям. Если же речь идет о лице без гражданства, то надлежит руководствоваться законодательством государства его постоянного места жительства. Кроме того, в КоБС РСФСР имелись коллизионные положения, касающиеся опеки и попечительства (ст. 166), до принятия последней части ГК предполагалось, что пробел должен восполняться практикой на базе нормы ст. 166 КоБС. В гармонии с этим правоотношения между опекуном или попечителем и лицом, находящимся под опекой или попечительством, согласно, например, Договору, заключенному в 1996 г. между Польшей и Россией, подчиняются законодательству того государства, орган которого назначил опеку или попечительство.

### **Контрольные вопросы:**

1. Каковы сферы возникновения коллизий в брачно-семейном праве?
2. Коллизионные принципы, регулирующие вопросы формы брака. Коллизионные принципы, применяемые к материальным условиям брака.
3. Назовите многосторонние соглашения в области регулирования брачно-семейных отношений.
4. Каковы коллизионные нормы, относящиеся к заключению и расторжению брака?
5. Коллизионно-правовое регулирование личных и имущественных отношений между супругами, отношений между родителями и детьми.
6. Характеристика материально-правовых и коллизионно-правовых норм, содержащихся в национальном праве и международных договорах в области иностранного усыновления.
7. В чем состоит коллизионно-правовое регулирование отношений по опеке и попечительству в договорах о правовой помощи?

## **Раздел седьмой. Трудовые отношения в международном частном праве**

### **Глава 30. Трудовые отношения в международном частном праве**

**Литература:** Луиц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 356—379; Луиц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. М., 1984. С. 260—269; Правовые формы организации совместных производств стран—членов СЭВ / Под общ. ред. Е.Т. Усенко. М., 1985. С. 217—225; Иссад М. Международное частное право. М., 1989. С. 174—186; Аметистов Э.М. Международная унификация трудового права // Труды ВНИИСЗ. М., 1989. Вып. 44. С. 99—114; Сборник договоров об оказании правовой помощи. М., 1996; Глазырин В.В. Труд иностранцев в России. М., 1997; Киселев И.Я. Международная унификация трудового права. Практическое пособие. М., 1997; Звекон В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999;



*Давлетгильдеев Р.Ш.* Правовое регулирование привлечения рабочей силы из стран—членов СНГ // Журнал российского права. 1999. № 11. С. 126—132; *Киселев И.Я.* Сравнительное и международное трудовое право: Учебник для вузов. М., 1999; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2001. С. 373—397; *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. М., 2001. С. 234—253.

## **§ 1. Общие вопросы правового регулирования трудовых отношений международного характера**

Глобальные и региональные процессы возникновения «горячих точек» и разрастания их в опасные очаги международных и межэтнических конфликтов, происходящие на планете, распад СССР, других европейских федераций и образование самостоятельных государств, в которых не всем слоям населения, и в том числе представителям «некоренных» наций и народностей, обеспечиваются элементарные права и свободы человека и гражданина, обусловили необычайно резкий толчок миграции. Известно, что война и военные действия приводят в движение и значительно активизируют этот процесс, в результате чего нередко возникают армады беженцев и вынужденных переселенцев. Так было в первую и вторую мировые войны. Так происходит и сегодня. О масштабах современной миграции свидетельствуют факты. По некоторым данным, ныне насчитывается в общей сложности до 50 млн трудящихся-мигрантов. В США согласно официальным данным, проживает не менее 6 млн «незаконных иностранцев». Статистика МВД СССР засвидетельствовала, что только к концу 1991 г. число переселенцев-мигрантов составляло около 800 тыс. чел. Согласно данным Управления Верховного комиссара ООН по делам беженцев, только за первые две недели бомбардировок НАТО Союзной Республики Югославии в 1999 г. общее число беженцев из этой страны, и преимущественно из края Косово, достигло свыше 450 тыс. чел. Понятно, что в результате таких потрясений огромная армия людей вынуждена искать работу и адаптироваться к условиям страны, в которой они оказались вынужденно или добровольно.

В свою очередь, перемещение людей из одних государств в другие обуславливает интеграционные процессы, связанные с поиском работы, которые развиваются на региональном уровне, например в Европе, Латинской Америке, отчасти на других континентах, причем иногда это осуществляется планомерно, на организованной основе. Так, в Римском договоре 1957 г., конституировавшем создание «Общего рынка», говорится, что этот рынок есть совокупность «национальных рынков государств-членов, объединенных в единый комплекс на основе принципов свободного движения товаров, услуг, лиц, капиталов и платежей, свободного выбора юридическими и физическими лицами места и рода профессиональной деятельности, а также одинаковой недискриминации со стороны правительств и компаний».

В связи с этим становится понятным, почему в общем объеме разнообразных международных отношений сегодня так высок удельный вес тех из них, которые связаны с «трансграничной» трудовой деятельностью, и почему проблеме современной трудовой миграции уделяется столь серьезное внимание мирового сообщества. Достаточно сказать, что на таких международных форумах, как Копенгагенское совещание СБСЕ 1990 г., Московская

конференция по человеческому измерению 1991 г., Хельсинкская встреча глав государств и правительств стран—участниц СБСЕ 1992 г. и др., задача обеспечения прав тружеников-мигрантов, законно проживающих на территориях государств-участников, а также беженцев и перемещенных лиц была включена в международные обязательства целого ряда стран.

Под трудящимся-мигрантом понимают любое лицо, которое в иностранном государстве занято законной экономической деятельностью или работает за вознаграждение. В Федеральной миграционной программе на 1998—2000 гг. РФ под трудовой (внешней) миграцией подразумевается «добровольное перемещение на законном основании людей, постоянно проживающих на территории Российской Федерации, за границу, а также иностранных граждан и лиц без гражданства, постоянно проживающих вне пределов Российской Федерации, на ее территории с целью осуществления ими оплачиваемой трудовой деятельности».

Таким образом, проблемы трудовых отношений, складывающихся в международной сфере, т.е. в условиях взаимодействия двух и более юрисдикций, приобретают сегодня чрезвычайно актуальный характер. Однако связывать возникновение международных частно-правовых отношений, имеющих объектом труд индивидуумов, исключительно с современным этапом развития человеческого общества было бы, разумеется, неверно, поскольку даже во времена, исторически отдаленные, жители и подданные одних государственных образований могли осуществлять работу в других странах. Статья 13 цитированного ранее договора князя Олега 911 г., именуемая «О русских, находящихся на службе у греческого царя», весьма красноречиво свидетельствует об этом.

В новейших публикациях по международному частному праву ряд авторов выдвигает идеи разделения существующего массива норм МЧП на отрасли. Так, А.Л. Маковский в 80-е гг. настаивал на обособлении так называемого международного частного морского права. В.П. Звеков исходит ныне из существования международного частного трудового права как подотрасли МЧП. Круг вопросов, к которым обращено международное частное трудовое право, пишет он, обширен и отличается разнообразием охватываемых отношений. Среди них — отношения российских граждан и иностранных работодателей (нанимателей) в России и за границей, работа российских граждан в зарубежных российских и международных организациях, работа иностранных граждан в Российской Федерации, включая российские организации с иностранным участием, и др.

Не углубляясь в детали предложенных конструкций, следует все же высказать общее к ним отношение. На мой взгляд, ведение разговора о выделении из международного частного права самостоятельных отраслей и (или) подотраслей, если и может показаться обоснованным в принципе, то в нынешних условиях выглядит безусловно преждевременным. На данном этапе, как представляется, у международного частного трудового права нет того минимального арсенала атрибутов, которые в общей теории права традиционно рассматриваются в качестве системообразующих или отрасли (подотрасле) образующих факторов. К ним, если иметь в виду подотрасли, относятся *специальные* принципы, призванные регулировать соответствующую категорию отношений и сложившийся комплекс норм, позволяющих обособить их в отдельную категорию, поскольку они обладают высоким уровнем внутренней общности, с одной стороны, и специфическими качествами по отношению к иным нормам данной отрасли — с другой. Как показано авторами, предметно

занимавшимися вопросами трудовых отношений в международном частном праве (Л.А. Лунц — СССР, И. Саси — Венгрия, М. Андре — Германия, А.С. Довгерт — Украина и др.), ничем подобным международное частное трудовое право не располагает. Наличие же специальных коллизионных формул прикрепления, действительно имеющих в арсенале средств правового регулирования трудовых отношений международного характера и являющихся разновидностями общей коллизионной привязки *lex loci actus*, вряд ли может изменить существо дела. Ну, а в сочетании с первым из приведенных выше предложений (о международном частном морском праве) задача отделения определенных норм — собственно «частного морского», собственно «частного трудового» права — от прочих норм международного частного права становится в ряде случаев просто невыполнимой. Куда, скажем, следует отнести конвенции МОТ, регулирующие труд моряков (к примеру Конвенцию 1950 г. об условиях труда рейнских моряков), — к «международному частному морскому праву» (по сфере регулирования) или к «международному частному трудовому праву (по предмету — труд)? В свете этого, очевидно, предпочтительнее (и точнее) говорить пока об *институте* международного частного права — совокупности норм, регулирующих частно-правовые отношения международного характера, связанные с трудовой деятельностью.

## **§ 2. Трудовые отношения в сфере международного хозяйственного оборота и коллизии права**

Следует сразу оговориться: в трудовом праве вообще наличествуют как публично-правовые, так и частно-правовые элементы, что, будучи объективным обстоятельством, отмечается многими авторами. В плане же международного частного права речь идет о таких разновидностях трудовых отношений, которые бесспорно имеют цивилистический характер. В их числе стоят прежде всего отношения трудового найма, в целом повсюду подчиняющиеся принципам регулирования, свойственным частно-правовой сфере. Вместе с тем при рассмотрении трудовых отношений в МЧП в настоящем разделе будет уделено необходимое внимание и публично-правовым аспектам, поскольку в большинстве случаев именно их решение составляет важную предпосылку для возникновения трудовых отношений цивилистической природы.

Трудовая деятельность индивидуумов в международной сфере подчиняется ряду специфических правил. В современной жизни многие государства практикуют выдачу разрешений на въезд иностранным гражданам и лицам без гражданства на свою территорию в сочетании с предоставлением разрешения на работу (Австрия, Великобритания, Испания, Канада, США, Франция, ФРГ, Швейцария и др.). В других государствах получение разрешения на работу требуется не от физического лица, планирующего осуществлять трудовую деятельность, а от организации, которая заключает договор трудового найма с индивидуумом (Монголия).

Например, в силу Закона Монголии о правовом положении иностранных граждан от 24 декабря 1993 г., введенного в действие с 1 февраля 1994 г., «все организации и предприятия любой правовой формы, которые осуществляют деятельность на территории Монголии, обязаны заключать контракты трудового найма с иностранными специалистами и рабочими из зарубежных стран либо общественных организаций и получать разрешение центрального органа исполнительной власти, ответственного за трудовые отношения» (п. 5 ст.

11). Данная обязанность носит как бы двусторонний характер, поскольку тот же закон устанавливает, что иностранные граждане, имеющие статус постоянно проживающих в Монголии лиц, или иммигранты могут быть наняты на работу какой-либо местной или иностранной организацией только с разрешения центрального государственного административного органа, ответственного за трудовые отношения, либо уполномоченного им учреждения (п. 1 ст. 11).

В Российской Федерации наряду с разрешениями на привлечение иностранной рабочей силы, выдаваемыми юридическим лицам, предусматривается выдача непосредственно иностранным гражданам *подтверждений* на право трудовой деятельности, осуществляемая органами Федеральной миграционной службы России. Действующими нормативными актами в этой области выступают прежде всего закон РСФСР «О занятости населения в РСФСР» от 19 апреля 1991 г., указы Президента РФ «О привлечении и использовании в Российской Федерации иностранной рабочей силы» от 16 декабря 1993 г. № 2146 и «О дополнительных мерах по упорядочению привлечения и использования в Российской Федерации иностранной рабочей силы» от 29 апреля 1994 г. № 847. В основу государственной политики в области привлечения иностранной рабочей силы для целей ее использования в России положено, как свидетельствуют приведенные документы, обеспечение приоритетного права граждан РФ на занятие вакантных рабочих мест. Эти правила распространяются и на иностранных юридических лиц, реализующих на территории РФ заключенные ими контракты, за исключением тех из них, которые командируют в Российскую Федерацию своих работников для проведения монтажа (демонтажа) поставляемого ими оборудования.

Привлечение иностранных граждан из числа высококвалифицированных специалистов на основе подтверждения на право трудовой деятельности осуществляется *без оформления разрешения* в случаях их найма работодателями для работы на предприятиях с иностранными инвестициями, действующих, например, на территории Москвы, на должности руководителей предприятий, их заместителей, руководителей подразделений (в том числе обособленных предприятий) (п. 17 распоряжения мэра от 24 мая 1994 г. № 243-РМ «О Положении о привлечении и использовании в г. Москве иностранной рабочей силы» с изменениями от 24 декабря 1996 г. и от 22 января 1997 г., введенными в Положение о порядке привлечения и использования в г. Москве иностранной рабочей силы, утвержденное постановлением Правительства Москвы от 16 июля 1996 г. № 587). Указанный порядок применяется также в отношении некоторых других категорий иностранных граждан, желающих осуществлять трудовую деятельность на территории РФ и г. Москвы в частности. К ним относятся лица, официально признанные беженцами на территории Москвы, индивидуумы, получившие убежище на территории РФ со статусом временного проживания в г. Москве, а также постоянно проживающие на территории РФ физические лица—граждане других государств, работники дипломатических, консульских представительств и международных организаций, пользующихся дипломатическим статусом, которые находятся на территории Москвы, деятели науки и культуры, работающие на территории Москвы в учреждениях, созданных в соответствии с российскими межгосударственными соглашениями, корреспонденты и журналисты, аккредитованные в РФ, лица, на которых распространен иной порядок трудоустройства в соответствии с межгосударственными и межправительственными договорами РФ с зарубежными странами, и др. (см. п.

19 упомянутого Положения). При этом необходимо обратить внимание на особенности правового режима в вопросах трудоустройства с учетом межгосударственных договоров, заключенных между Россией и Республикой Беларусь. В рамках двустороннего сотрудничества этих стран порядок привлечения работников изменен в связи с созданием особого интеграционного объединения двух государств, основанного на Договоре об образовании Сообщества между Российской Федерацией и Республикой Беларусь от 2 апреля 1996 г., в ст. 8 которого установлена обязанность двух государств по обеспечению равных прав граждан договаривающихся сторон при получении образования, трудоустройстве, оплате труда, предоставлением других социальных гарантий. В соответствии с п. 1 Решения Высшего Совета Сообщества Беларуси и России от 22 июня 1996 г. № 4 действующей на основе национального законодательства порядок регулирования привлечения и использования иностранной рабочей силы в отношении граждан Российской Федерации и Республики Беларусь не применяется.

Однако следует подчеркнуть, что в целом подобного рода требования, будь то общие или специальные, составляют содержание материально-правовых предписаний, имеющих публично-правовой аспект. Следовательно, применительно к ним и регулируемым ими отношениям не может вставать проблема выбора правопорядка, ибо публично-правовые отношения всегда подчиняются территориальному закону. Вместе с тем представляется, что ошибочно было бы исключать такие нормы из круга рассмотрения в рамках международного частного права, поскольку они составляют основу для установления правового режима, статуса иностранцев, в том числе иностранных трудящихся, в конкретном государстве (см. гл. 14).

Регулированию отношений гражданского характера, возникающих в сфере осуществления иностранцами трудовой деятельности, в значительной степени свойственны средства, являющиеся общепринятыми в МЧП: автономия воли сторон, выбор права на основе соответствующих существующих отношениям привязок, сформулированных в национальном праве отдельных государств, а также применение унифицированных международным договором коллизионных и материальных норм.

Регулирование трудовых отношений, выходящих за пределы одной юрисдикции, в разных странах строится с использованием различных концепций. В одних государствах (странах Европейского союза, а также Австрии, Швейцарии, Венгрии) превалирует гражданско-правовой подход, в других — некоторое его ограничение с учетом публично-правовых элементов, присутствующих в трудовых отношениях (Франция, Бельгия, Италия, ФРГ). Основными коллизионными принципами в трудовых отношениях выступают закон места выполнения работы (*lex loci laboris*) и личный закон нанимателя (его разновидность: закон страны учреждения или организации, направивших работника за границу, — *lex loci delegationis*). Принцип расширения сферы действия закона, избранного сторонами в силу их соглашения (*lex voluntatis*), т.е. безусловного применения его и в трудовых отношениях, что стало распространенной практикой в сегодняшних условиях, признается, однако, далеко не всеми государствами. Так, в Великобритании, Венгрии, Канаде, ФРГ и т.д. автономия воли сторон в принципе не ограничивается.

В то же время законодательство и судебная практика ряда стран исходят из того, что основной формулой прикрепления является закон страны, где выполняется работа (*lex loci laboris*), и следовательно, выбор права сторонами может быть практически исключен (Франция, Бельгия, ФРГ, Италия).

Например, венгерский Закон о международном частном праве устанавливает применение к трудовым правоотношениям закона страны выполнения работы, если законодательством не предусмотрено иное. В случае множественности мест, в которых выполняется работа, будет применяться закон работодателя (*lex personalis*) физического лица—нанимателя работника или *lex societatis* юридического лица. Аналогичным образом данный принцип закреплен в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (1980 г.). Для трудовых договоров в ней сделано специальное изъятие из принципа автономии воли сторон при выборе применимого права. Заметим попутно, что в таком виде эта категория содержалась и в проекте конвенции Европейских сообществ о единообразном регулировании коллизий законов в области трудовых отношений, процесс оформления которой не получил завершения.

В рамках общего принципа прикрепления трудовых отношений к личному закону нанимателя, если служебные обязанности исполняются в нескольких государствах, в венгерском Законе выделены частные случаи определения применимого права. Так, отношения трудового найма венгерских граждан, являющихся работниками венгерских предприятий и учреждений, работающих за границей по контрактам или в рамках осуществления служебных функций, требующих длительного пребывания за рубежом, подчиняются венгерскому праву. Трудовые отношения членов экипажей морских и воздушных судов регулируются правом того государства, под чьим флагом либо иным отличительным знаком функционирует судно. Указанные коллизионные правила, установленные законом, распространяются также на действительность трудовых договоров с точки зрения формы, содержания, прекращения и последствий недействительности (ст. 52—53).

Закон Польши предусматривает возможность для сторон самим избрать применимое к трудовому договору право. Однако ст. 32 Закона исключает неограниченную свободу выбора: «Стороны могут подчинить трудовые правоотношения выбранному ими закону, если он находится во взаимосвязи с этими правоотношениями».

В соответствии с § 16 чешского Закона о международном частном праве и процессе 1963 г. отношения, вытекающие из трудового договора, регулируются правом места выполнения работы, если стороны не договорились об ином. В то же время, в условиях, когда работник выполняет работу на основании трудового соглашения с организацией, находящейся в другом государстве, решающим является право места нахождения организации, если речь не идет о лице, которое живет в государстве, где выполнялись работы. Из этого вытекает, что в подобных случаях применяется закон места выполнения работы, а не закон страны местонахождения предприятия или организации. В рассматриваемом акте специфицированы коллизионные привязки применительно к случаям выполнения трудовых обязанностей, если они связаны с работой на транспорте. Так, трудовые отношения работников транспортных организаций регулируются в железнодорожном и автодорожном транспорте правом места нахождения организации, в речном и воздушном транспорте — правом места регистрации, а в морском — правом государства, под флагом которого плавает судно (п. 2 § 12).

Указанная коллизионная формула прикрепления — закон флага (*lex banderae*) — в принципе для данного рода отношений является основополагающей. Помимо вышеприведенных актов общего характера, относящихся к области МЧП, подобное правило присутствует и в отдельных нормативных актах, посвященных специальному регулированию. В частности, в финском Законе о морях 1978 г. в порядке установления односторонней

коллизии нормы предусматривается, что он применяется ко всем работам, выполняемым на борту финского судна. Однако, если финское судно или его часть зафрахтованы иностранным нанимателем, Министерство социальных вопросов и здравоохранения Финляндии может в целом или частично освободить его от соблюдения положений этого акта. Правительством Финляндии может быть также предписано применение его положений и в случаях трудовых отношений, осуществляемых на борту иностранного судна, если в них участвуют финские наниматель и работник.

Поскольку Закон Швейцарии 1987 г. исходит из применения двух важнейших принципов международного частного права: автономии воли сторон и прикрепления к праву, с которым отношение наиболее тесно связано (п. 1 ст. 116 и п. 1 ст. 117), его правила, устанавливающие, что договор подчиняется выбранному сторонами праву, распространяют свое действие на рассматриваемые отношения. Однако законодатель предполагает в выборе сторон и возможность ошибок. В такой ситуации договор подчиняется праву страны, с которым он связан наиболее тесным образом. В результате в договорах поручения, трудового найма и иных, им аналогичных, предполагается, что имеется тесная связь со страной, в которой осуществляется услуга (работа).

В национально-правовых предписаниях ранее советского, а ныне российского частного права коллизионные нормы, подлежащие применению к отношениям, возникающим в связи с трудовой деятельностью в международной сфере, отсутствовали. Поскольку в российской правовой системе трудовое право занимает отдельное место в качестве самостоятельной правовой отрасли, закономерно, что в источниках гражданского права трудовые отношения не были объектом регулирования, вследствие чего коллизионные нормы, посвященные трудовым отношениям, скажем, в Основах ГЗ 1961 г. или 1991 г., ГК РСФСР 1964 г. отсутствовали. Не было их и в КЗоТ РСФСР. Естественно, что нет их и в третьей части ГК РФ. Любопытно, что в юридической литературе, посвященной реформе трудового права России, при формулировании главных задач, стоящих перед наукой и практикой в области трудового права, среди 14 «болевых точек» необходимость разработки, формулирования и закрепления коллизионных норм в основном источнике трудового права РФ не обозначена. Следовательно, коллизионно-правовое регулирование трудовых отношений международного характера с помощью национально-правовых средств в Российской Федерации составляет вопрос не очерченного еще будущего. Соответственно ни проект Трудового кодекса Российской Федерации, внесенный в Государственную думу Правительством РФ, ни введенный в действие с 1 февраля 2002 г. акт не содержат коллизионных норм, относящихся к регулируемой области. Однако в последнем имеются общие положения о применении законов и иных нормативных правовых актов о труде к иностранным гражданам, лицам без гражданства, а также к регулированию трудовых отношений в организациях, принадлежащих (полностью или частично) иностранным юридическим или физическим лицам (ст. 15). В частности, указывается, что законы и иные нормативные правовые акты о труде, действующие в Российской Федерации, распространяются на иностранных граждан и лиц без гражданства, работающих в организациях, расположенных на территории Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации. На работников организаций, расположенных на территории Российской Федерации, учредителями или собственниками которых

(полностью или частично) являются иностранные юридические или физические лица, согласно проекту, распространяются законы и иные нормативные правовые акты Российской Федерации о труде, за исключением случаев, установленных федеральными законами или международными договорами Российской Федерации.

Единственной областью российского права, в которой трудовые отношения подверглись коллизионно-правовой регламентации, в настоящее время выступает торговое мореплавание. В частности, КТМ РФ 1999 г. устанавливает специальные коллизионные нормы применительно к взаимоотношениям (в т.ч. и трудовым) между судовладельцем и членами экипажа: «Отношения между судовладельцем и членами экипажа судна регулируются законом государства флага судна, если иное не предусмотрено договором между судовладельцем и членами экипажа судна, являющимися иностранными гражданами. Выбор сторонами трудового договора права, подлежащего применению, к отношениям между судовладельцем и членами экипажа судна, не должен приводить к ухудшению условий труда членов экипажа судна по сравнению с нормами права того государства, которыми должны регулироваться данные отношения при отсутствии соглашения сторон по подлежащему применению праву» (ст. 416). В данном случае присутствуют, как минимум, две новеллы: во-первых, возможность выбора права сторонами трудового договора (т.е. закрепляется принцип автономии воли Сторон) и, во-вторых, ограничение применения избранного правопорядка, основанное исключительно на соблюдении интересов работника (работников).

В том же что касается некоторых частно-правовых аспектов, наиболее часто встречающихся в реальной жизни при осуществлении трудовых отношений, затрагивающих два или более правопорядков, то чаще всего они бывают связаны с причинением вреда, возникшего в порядке выполнения трудовых обязанностей. Если подобные действия имели место на территории Российской Федерации и рассматриваются российским судебным учреждением, то суд будет исходить из российского права на основании общей коллизионной нормы ст. 1219 ГК РФ о применении права страны, на территории которой был причинен вред или имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для предъявления требования о возмещении вреда. При установлении факта необходимости применения российского права суд будет исходить из действующих в области трудовых отношений общих норм материального права и обратится к правилам возмещения работодателями вреда, причиненного работникам увечьем, профессиональным заболеванием либо иным повреждением здоровья, связанным с исполнением ими трудовых обязанностей, содержащимся в Федеральном законе № 125-ФЗ «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» от 24 июля 1998 г., вступившего в силу с 6 января 2000 г. Законом установлен порядок возмещения вреда, причиненного жизни и здоровью работника при исполнении им обязанностей по трудовому договору (контракту), а также в других случаях. В тех случаях, когда договорами (соглашениями) между Российской Федерацией и другими странами предусматриваются иные правовые предписания, чем те, которые содержатся в ГК РФ и Федеральном законе, будут применяться правовые предписания, предусмотренные такими договорами (соглашениями).

Исходя из общего подхода, зафиксированного в действующих разделах ГК РФ, включая его третью часть, касательно предельного использования автономии воли сторон в договорных гражданско-правовых отношениях, можно



было бы вывести презумпцию, что подобное допустимо и в контрактах трудового найма (трудовых договорах) ввиду непротиворечия их природы цивилистическому характеру отношений. Однако легального подтверждения данному обстоятельству в действующем ныне внутреннем праве России пока, к сожалению, не существует.

Тем не менее тенденция к закреплению такого рода регулирования проявляется в иных источниках права — международных договорах Российской Федерации, заключаемых ею с зарубежными государствами. В частности, в Договоре о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам между РФ и Польшей от 16 сентября 1996 г. (не вступил в силу) — кстати, в документ подобного вида впервые включен раздел, посвященный трудовым отношениям, — *expressis verbis* записано: «Стороны трудового договора могут сами выбрать законодательство, регулирующее их трудовые отношения». Однако если стороны по каким-либо причинам этого не сделали, то будет действовать следующая договорная норма: «...возникновение, изменение, прекращение (расторжение) трудового договора и вытекающие из него претензии регулируются законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой выполняется, выполнялась или должна была выполняться работа» (ст. 44). В то же время в соглашении предусматривается возможность и другого решения коллизионного вопроса. В частности, выполнение работы на территории одного договаривающегося государства на основании трудового договора с предприятием, находящимся на территории другой договаривающейся стороны, все аспекты отношений, возникающих или вытекающих из такого трудового договора, регулируются законодательством последней, т.е. обеспечивается привязка к закону местонахождения юридического лица—работодателя.

В ряде случаев к трудовому договору может применяться закон флага судна, места нахождения административного центра (головной конторы) предприятия (к примеру транспортного предприятия), закон страны учреждения юридического лица или государства, где оно имеет обычное местопребывание своих органов либо преимущественное осуществление производственной либо торговой деятельности. Например, австрийский Закон о международном частном праве 1978 г. указывает, что если работник выполняет работу более чем в одной стране или когда не имеется обычного места выполнения работы (наиболее типичными случаями подобного рода выступают ситуации, когда выполняемая работа обусловлена функционированием транспорта), действует закон того государства, в котором наниматель имеет обычное местонахождение или в котором он преимущественно осуществляет свою деятельность.

Отсутствие разработанной системы норм в области коллизионно-правового регулирования трудовых отношений международного характера на национально-правовом уровне свойственно значительному числу государств; В подобных условиях восполнение пробелов может осуществляться как с помощью положений международных договоров, так и посредством выработки соответствующих решений в процессе правоприменительной деятельности национальных юрисдикционных органов (судов). Так, в Финляндии среди многочисленных актов, регламентирующих труд (Закон о договорах трудового найма 1970 г., Закон о трудовых судах 1974 г., Закон о контроле за соблюдением правил охраны труда 1973 г., Закон о коллективном договоре 1946 г., Закон о сотрудничестве на предприятии 1978 г. и др.), единичны те, которые содержали бы коллизионные нормы. В частности, в Законе о страховании по болезни 1963 г. (с позднейшими изменениями) имеется положение п. 3 § 1 о

том, что финские граждане, которые работают по найму за границей по договорам, заключенным с финскими обществами, зарегистрированными в Финляндии, для целей применения данного закона считаются проживающими в Финляндии. Как видим, в данном случае сфера действия правового акта (условия его применения) определена с помощью односторонней коллизионной нормы.

В таких обстоятельствах практика финских государственных органов (Министерства социальных вопросов и здравоохранения, центрального Института пенсионного обеспечения и Совета по труду и др.) становится главенствующей в определении возможностей распространения норм «внутренних» национальных актов на отношения международного характера по защите труда и интересов работников. В рамках деятельности судебных органов, по свидетельству финских авторов, к вопросам трудового права международного характера в большей мере обращается Трудовой суд, а не Верховный суд Финляндии. Будучи единственной специализированной судебной инстанцией, имеющей дело с применением коллективных договоров, этот орган не раз сталкивался с проблемами международного частного права в трудовых отношениях в аспекте коллективных договоров. При этом при решении возникающих коллизий между финским законодательством о коллективных договорах (или самим коллективным договором) и иностранным правом было признано целесообразным руководствоваться общими принципами выбора применимого права, свойственными обязательственным отношениям, с использованием метода индивидуализации, однако рекомендовался и «гибкий» подход. В этом плане заслуживающими внимания представляются два решения Трудового суда Финляндии, вынесенные в 1979 и 1980 гг. (ТТ № 169 и ТТ № 135). В них наряду с прочим было подчеркнuto следующее: «Вопрос о том, в какой мере финский суд должен отвергнуть применение положений финского коллективного договора в силу соображения, что они расходятся с иностранным законодательством, может целиком или частично зависеть от того, право какого государства будет применяться для регулирования конкретного договорно-правового отношения (отношения трудового найма)».

Как уже указывалось, регулированию трудовых отношений, рассматриваемых в рамках международного частного права, свойственно действие многих характерных его институтов — свободы договора, автономии воли сторон, национального режима, режима наибольшего благоприятствования, взаимности и т.д. Сходным с другими областями МЧП образом в разрешении частнопровых трудовых отношений, осуществляемых в международной сфере, важную роль играет оговорка о публичном порядке (в более широком аспекте см. об этом в главе 12). Примерами использования тезиса о публичном порядке является практика Трудового суда Финляндии, в чьей деятельности имели место дела, связанные с коллективными договорами, в которых возникали коллизии между финским законодательством о коллективных договорах (или самим коллективным договором) и иностранным правом. В данной связи необходимо подчеркнуть чрезвычайно весомую роль, которую играют коллективные договоры в трудовом праве западных стран в целом.

Обратимся в этой связи к упомянутым выше решениям Трудового суда Финляндии ТТ № 169 1979 г. и ТТ № 135 1980 г. Начиная с 1972 г., в сфере гражданского строительства в Финляндии стали применяться коллективные договоры, заключаемые в

общегосударственном масштабе, между Финской федерацией строительства и Федерацией строительных рабочих. В них содержалась статья, согласно которой финское трудовое право, законодательство о социальном обеспечении и сам коллективный договор будут применяться на строительных площадках, расположенных за границей так же, как и в Финляндии. Кроме того, имелись региональные коллективные договоры, которыми охватывались трудовые отношения финских работников, реализуемые на строительных площадках, например в Ливии, на Ближнем Востоке, в Северной Африке, Ираке, СССР и т.д. В них также содержались аналогичные положения, однако в том, что касается африканских и арабских стран, применение финских коллективных договоров подчинялось действию «местных условий и специальных требований, вытекающих из них». В указанных делах фигурировало условие коллективного договора, принятого в области гражданского строительства в национальном масштабе, о том, что в случае нахождения строительной площадки за рубежом, работникам должны выплачиваться, помимо заработной платы, надбавки на покрытие расходов, вызванных специфическими условиями работы и пребывания за границей. Постольку поскольку соответствующие нормы, действующие в Финляндии, перекрываются, сумма надбавок должна согласовываться в индивидуальном случае с Федерацией строительных рабочих. Финское общество осуществляло наем финских граждан для работы за рубежом (в Саудовской Аравии) в условиях явного превышения режима рабочего времени, установленного в финском Законе о рабочем времени 1946 г. и положениями коллективного договора о рабочем времени, не согласовав размера надбавок. Более того, Финская федерация гражданского строительства, членом которой было данное общество, отказалась воздействовать на него с целью урегулирования вопроса о надбавках. В результате Федерация строительных рабочих обратилась в Трудовой суд с требованием о вынесении в отношении юридического лица декларативного решения, а также присуждения ему и Федерации гражданского строительства штрафа за умышленное нарушение условий коллективного договора. Ответчики оспаривали возможность применения коллективного договора к отношениям, осуществляемым в Саудовской Аравии по мотивам противоречия института коллективного договора императивным нормам права Саудовской Аравии, которые предписывают регулирование трудовых отношений исключительно средствами индивидуального контракта. В свою очередь истец отвергал данную аргументацию как нарушение финского «публичного порядка».

В связи с этим обращают на себя внимание новые тенденции в выработке современных решений для регулирования международных частно-правовых трудовых отношений западных стран. Закрепленные в ст. 7 Римской конвенции о праве, применимом к договорным отношениям, нормы 1980 г. заставляют считаться не только с положениями императивного характера отечественного, но и иностранного правопорядка. В силу этого квалификации финского суда в

вышеприведенном примере не могли не учитывать императивные предписания права Саудовской Аравии.

В реальной жизни практика заключения трудовых контрактов и нормативного регулирования при закреплении правил выбора применимого права весьма часто исходит из сочетания правил общей коллизионной нормы, относящейся к выбору «права договора» как такового (регулирующего договор в целом), и положений по специальному выбору права (регулирующего, например, режим работы в стране ее выполнения, государственные праздники и ежегодные отпуска). Общим правилом становится положение о том, что режим рабочего времени подчиняется нормам права, действующего в стране объекта, но, скажем, оплата сверхурочных производится по нормативам, зафиксированным в праве страны, организация которой направила работника за границу. Подобный подход обусловлен все более возрастающим объемом операций по экспорту труда и капитала, связанных с сооружением крупных заграничных объектов. По мнению специалистов-юристов, занимающихся данной областью МЧП (например, финского автора Тимо Эско), прежняя презумпция привязки к месту выполнения работы сохраняет свои позиции в рамках либеральной теории «центра тяжести», которая рассматривается, однако, как общее правило, допускающее исключения в пользу специальных привязок (например к праву страны общего гражданства или местонахождения). Американская доктрина «учета интереса» в некотором смысле получает резонанс также и в регулировании трудовых отношений.

В международных отношениях, связанных с трудовой деятельностью, немаловажное значение имеет также решение вопросов подсудности споров. Скажем, швейцарский Закон о международном частном праве в отношении исков из трудового соглашения устанавливает, что компетентными являются швейцарские суды по месту жительства ответчика или по месту, в котором работник осуществляет работу. В отношении исков работника компетентными являются швейцарские суды по месту его жительства или обычного пребывания (ст. 115). В финском праве компетенция местных судов в части разбирательства дел, возникающих в связи с выполнением трудовой деятельности международного характера, не имеет ясно и четко выраженной основы. О том, что в принципе финский суд может рассматривать любое подобное дело, даже если нет никакой прямой связи с финским правопорядком, высказывается доктрина. Достаточным в этом смысле фактором считается фактическая связь между ответчиком и финскими органами управления юстицией. С другой стороны, большую значимость имеют вопросы эффективности судебного решения: любое вынесенное решение предполагается быть действительным в иностранном государстве соответствующей заинтересованной стороны либо в государстве, где находится спорный объект. Изъятие спора из-под юрисдикции финских судов в общем допускается, и в течение многих лет здесь не известны исключения в области установления компетентного суда применительно к спорам между нанимателем и работником на основе правовых критериев места обычного жительства ответчика, места выполнения работы или места заключения контракта. Однако поиск ответов на данные вопросы осуществляется в этой стране путем обращения к теориям «радиации», «территориальности» («частно-правового ядра»), зародившимся и практикуемым в Германии, а также разработок возможных вариантов будущего регулирования, базирующихся на новых приемах и средствах.

### **§ 3. Международно-правовое регулирование трудовых отношений**

Необходимо обратить внимание на то, что в рассматриваемой области достаточно высок удельный вес международных документов, в принципе не содержащих норм, направленных на регламентацию отношений собственно гражданско-правового характера. Однако такого рода акты составляют фундамент регулирования в том, что касается общего положения лица в частно-правовой сфере и определения его соответствующего статуса. К ним должны быть отнесены, во-первых, Всеобщая декларация прав человека 1948 г., Декларация о правах человека, принадлежащих индивидам, которые не являются гражданами страны проживания, 1985 г., а также международные пакты о правах человека 1966 г. (Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах, Международный пакт о гражданских и политических правах), и, во-вторых, иные международные соглашения, формирующие основы межгосударственного сотрудничества в данной и смежных с ней областях (например, Международная конвенция о ликвидации всех форм расовой дискриминации и Конвенция о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин, Конвенция о статусе беженцев 1951 г., Международная конвенция о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990г. и др.).

В международных договорах, которые не имеют характера специального регулирования трудовых частно-правовых отношений международной природы, тем не менее закрепляется общий режим, применимый к соответствующей категории субъектов. Скажем, в Конвенции о статусе беженцев устанавливается минимум требований к участвующим государствам в плане определения правового статуса беженцев, который состоит в необходимости следовать режиму наибольшего благоприятствования, а в некоторых вопросах принципу взаимности. Анализируемое международное соглашение содержит специальный раздел, касающийся работы по найму. В нем государства обязались предоставлять беженцам, проживающим на их территориях, в отношении права работы по найму наиболее благоприятное правовое положение, которым пользуются граждане иностранных государств в тех же обстоятельствах. При этом ограничительные меры, касающиеся иностранцев или найма иностранцев и применяемые с целью охраны внутреннего рынка труда, не должны применяться к беженцам (п. 1—2 ст. 17). Российская Федерация закрепила в своем национальном праве цитировавшиеся положения.

Кроме того, Конвенция, хотя и не установив соответствующей императивной нормы, провозгласила возможность уравнивания в правах всех беженцев в отношении работы по найму с правами граждан, которые вступили на территорию договаривающихся государств в порядке выполнения программ вербовки рабочей силы или согласно планам иммиграции (п. 3 ст. 17). Конвенция также исходит из обязанности государств предоставлять беженцам правовое положение не менее благоприятное, чем то, которым пользуются обычно иностранцы при тех же обстоятельствах в отношении права заниматься сельским хозяйством, промышленностью, ремеслами и торговлей, а также свободными профессиями.

Согласно Конвенции беженцы могут претендовать наравне с собственными гражданами каждого участвующего в ней государства, т.е. на основе национального режима, в отношении нижеследующего: а) получать вознаграждение за труд, включая пособие на семью, если таковое является частью вознаграждения за труд; б) иметь такую же продолжительность

рабочего дня, сверхурочной работы, оплачиваемых отпусков, ограничения работы на дому; в) пользоваться теми же критериями в отношении минимального возраста лиц, работающих по найму, ученичества, профессиональной подготовки, труда женщин и подростков; г) пользоваться преимуществами коллективных договоров, поскольку подобные вопросы регулируются законами или распоряжениями или контролируются административной властью (ст. 24).

Весьма важным параметром характеристики правового положения беженцев на основании Конвенции является социальное обеспечение, в области которого данная категория лиц также уравнивается в правах с отечественными гражданами государства их проживания. На них должны распространяться законоположения, касающиеся несчастных случаев на работе, профессиональных заболеваний, материнства, болезни, инвалидности, старости, смерти, безработицы, обязанностей в отношении семьи и т.д., что, согласно внутреннему законодательству государства проживания беженца, входит в систему социального обеспечения, с теми оговорками и ограничениями, которые, как установлено в Конвенции, действуют в силу особых предписаний национального законодательства и могут носить характер приобретенных прав либо прав, находящихся в процессе приобретения, а также подпадать под требования специального порядка в целях получения или реализации субъектами систем соцобеспечения отдельных прав, интересов и преимуществ.

Особую важность представляют те материальные нормы Конвенции, которые в случае смерти беженца, явившейся результатом несчастного случая на работе или профессионального заболевания, закрепляют право получения соответствующей компенсации бенефициаром, даже если он не проживает в пределах территории государства-участника (п. 2 ст. 24).

В Конвенции о правах трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 г., посвященной практически всему спектру прав и гражданских свобод рассматриваемой категории лиц, имеются также и специальные разделы, касающиеся их трудовых прав. Прежде всего Конвенция устанавливает для трудящихся-мигрантов национальный режим в части пользования ими правами в данной области наравне с отечественными гражданами государства, предоставившего мигранту работу по найму, включая доступ к местным системам профессиональной ориентации, образования, специальной подготовки и переподготовки, трудоустройства, социального обеспечения, защиты от эксплуатации и т.д., имеющимся в данном государстве согласно его внутреннему законодательству. При этом без ущерба для условий выданного им разрешения на жительство или работу, а также для прав, предусмотренных Конвенцией (ст. 25, 70) в части охраны условий труда, безопасности, охраны здоровья, условий занятости и вознаграждения за труд, не менее благоприятных, чем те, которые установлены для национальных граждан государства работы мигранта по найму, трудящимся-мигрантам предоставляется равный режим с собственными гражданами государства работы по найму в отношении следующего: а) защиты против увольнения, б) пособий по безработице, в) доступа к программам общественных работ, проводимых в целях борьбы с безработицей, г) доступа к другой работе по найму в случае потери работы или прекращения другого вознаграждаемого вида деятельности при соблюдении иных положений Конвенции (ст. 54). Кроме того, если в национальном законодательстве предусмотрены отдельные разрешения на жительство и работу по найму, государства работы по найму выдают трудящимся-мигрантам разрешение на жительство, по крайней мере на период,

равный сроку действия разрешения на занятие вознаграждаемой деятельностью (ст. 49).

Важное значение имеют правила Конвенции, позволяющие мигранту свободно избирать вид вознаграждаемой деятельности в государстве работы по найму с учетом зафиксированных Конвенцией ограничений, касающихся признания квалификации, полученной за рубежом, функций, рода занятий или деятельности, обусловленных интересами государства и его безопасности, предусматриваемых национальным законодательством, и т.д. (ст. 52).

В 1977 г. была принята Конвенция о правовом статусе трудящихся-мигрантов, которая применяется к отношениям с участием работников-мигрантов, являющихся гражданами европейских государств — членом Совета Европы. Она вступила в силу 1 мая 1983 г. Основными вопросами, регламентируемыми ею, являются получение разрешений на работу, проживание, социальное обеспечение, набор и переезд, воссоединение семей. Для регламентации отношений по социальному обеспечению в рамках Совета Европы в 1972 г. была принята специальная Конвенция о социальном обеспечении, носящая в известной мере рамочный характер.

Деятельность специализированного учреждения ООН — Международной организации труда (МОТ) — также отмечена разработкой и принятием международно-правовых актов, касающихся прав трудящихся-мигрантов: Конвенции № 97 — о правах трудящихся-мигрантов, № 118 — о равноправии граждан страны и иностранцев и лиц без гражданства в области социального обеспечения, № 143 — о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения, которые подлежат ратификации или одобрению государствами-членами. 18 июня 1998 г. Генеральной конференцией МОТ на ее 86-й сессии была принята Декларация об основополагающих принципах и правах в сфере труда, подчеркивающая важность для правового регулирования труда в государствах — участниках Организации ведущих принципов трудовых отношений: свободы объединения и действительного признания права на ведение коллективных переговоров; упразднения всех форм принудительного или обязательного труда; действительного запрещения детского труда; недопущения дискриминации в области труда и занятий, — и указавшая при этом, что «механизм реализации Декларации никоим образом не должен использоваться для нанесения ущерба сравнительным преимуществам той или иной страны».

В некоторых странах признается прямое действие конвенций, разработанных МОТ в той или иной сфере труда. В последние годы Российская Федерация активно включилась в договорный процесс, осуществляемый МОТ. Так, в 1998 г. были ратифицированы следующие международные соглашения, принятые Генеральной конференцией МОТ в Женеве: Конвенция 1947 г. об инспекции труда (№ 81) и Протокол к ней 1995 г., Конвенция 1978 г. о регулировании вопросов труда (№ 150), Конвенция 1981 г. о безопасности и гигиене труда в производственной среде (№ 155). Федеральный закон о ратификации данных конвенций МОТ был подписан Президентом РФ 11 апреля 1998 г.

Содружество Независимых Государств осуществляет скоординированную в многостороннем масштабе политику в области трудоустройства и миграции населения посредством заключения соответствующих договоров. В частности, страны СНГ заключили соглашения о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов 1994 г., о гарантиях прав граждан в области пенсионного обеспечения 1992 г. Первое из этих соглашений рассматривает основные направления сотрудничества сторон по

урегулированию вопросов, возникающих в связи с трудовой деятельностью и социальной защитой работников и членов их семей одного государства, которые постоянно проживают на одной территории, а осуществляют свою трудовую деятельность на территории другого государства в соответствии с его законодательством о трудоустройстве. Соглашение предусматривает заключение трудового договора (контракта), в котором сформулированы основные условия трудового найма, имеющие отношение к важнейшим аспектам осуществления трудовой деятельности — срокам действия и порядку расторжения, условиям оплаты, характеру работы, режиму рабочего времени и времени отдыха, реквизитам работодателя и работника и т.д.

В рамках регионального сотрудничества в рассматриваемой сфере других стран наряду с унификацией национального законодательства практикуются и иные механизмы обеспечения согласованного регулирования трудовых отношений международного характера. В соответствии, например, с Учредительным договором НАФТА (Североамериканской зоны свободной торговли), Договором о создании трехсторонней организации (САДСТ), подписанным 17 декабря 1992 г. США, Мексикой и Канадой, а также дополнением к нему — Параллельными соглашениями, заключенными 12 августа 1993 г. и вступившими в силу одновременно с основным документом, — предусматривается гармонизация трудового права участвующих стран в рамках сотрудничества в области трудового законодательства, в целях решения первоочередных задач НАФТА, в том числе устранения барьеров в торговле, облегчения перемещения товаров, услуг и капитала, содействия свободе конкуренции в зоне свободной торговли, усиления потока взаимных капиталовложений и т.д. (ст. 102). Регламентация сотрудничества в трудовой сфере входящих в НАФТА стран особенно важна ввиду существования так называемых макиладорас — ориентированных на экспорт мексиканских приграничных предприятий со 100-процентным американским капиталом, использующих мексиканское сырье и труд мексиканских работников, вследствие чего их продукция отличается относительной дешевизной, и обеспечивающих работой около 500 тысяч человек (годовая валютная прибыль этих предприятий превышает 3 млрд долл.).

**Двусторонние соглашения.** Среди международных договоров двустороннего характера, заключенных Российской Федерацией с иностранными государствами, имеются примеры специальных соглашений, регулирующих вопросы социального обеспечения, трудовой деятельности и социальной защиты граждан, работающих за пределами своих государств. Такие соглашения заключены РФ с Украиной, Беларусью, Республикой Молдова, Арменией, Кыргызстаном. В других случаях Россия имеет общие договоры о принципах взаимоотношений, в которых вопросы международной трудовой миграции и трудоустройства отражены как перспективное направление сотрудничества и выработки специальных решений. Так, между Россией и странами Балтии (Латвией, Эстонией и Литвой) в 1991 г. заключены соответственно три договора об основах межгосударственных отношений, в которых, исходя из признания права на принятие каждой из сторон своего иммиграционного законодательства, предусматривается, что договаривающиеся стороны будут регулировать возникающие в этой области вопросы согласно общепризнанным принципам и нормам международного права, путем заключения отдельных соглашений, в том числе по вопросам миграции и трудоустройства.

Государства—члены СНГ наряду с многосторонними документами,



посвященными трудовой миграции и социальной защите, связаны двусторонними межправительственными соглашениями о трудовой деятельности. В них закрепляется принцип национального режима, подлежащий применению к трудящимся-мигрантам из соответствующих договаривающихся стран. Однако при изменении ситуации на национальных рынках труда стороны на основе взаимности могут вводить ограничения на прием работников другой стороны. Въезд, пребывание и трудовая деятельность работника регламентируются в соответствии с нормами законодательства страны трудоустройства. Заключенные трудовые договоры подлежат регистрации в ее учреждениях, определенных компетентными органами. Стаж работы по специальности, приобретенный в связи с трудовой деятельностью на территориях обоих государств, взаимно признается. В случаях расторжения трудового договора по причине ликвидации предприятия, сокращения численности или штата работающих уполномоченный орган страны трудоустройства принимает меры к тому, чтобы включить сокращенного работника в другие, равноценные трудовые отношения на срок действия трудового договора. При невозможности трудоустройства высвобожденные работники имеют право на льготы, в объеме и порядке, предусмотренном законодательством страны трудоустройства. В государстве, в котором находится постоянное местожительство работника, он располагает правом на трудоустройство на общих основаниях.

Важное место в регулировании трудовых прав и обязанностей граждан стран СНГ, подвергшихся регламентации в двусторонних и многосторонних договорах, занимают вопросы возмещения вреда, полученного в результате трудового увечья или профессионального заболевания либо иного повреждения здоровья в связи с исполнением трудовых обязанностей. Подробнее об этом см. в главе 24.

Помимо указанных инструментов правового регулирования трудовых отношений международного характера, Россия использует и такой, как заключение двусторонних договоров по конкретному обеспечению своих потребностей в иностранной рабочей силе. Такие соглашения с зарубежными странами имелись в свое время и у СССР, в частности с СРВ, Китаем, Болгарией.

Так, в силу Соглашения о направлении и приеме вьетнамских граждан на профессиональное обучение и работу на предприятиях и в учреждениях СССР от 2 апреля 1989 г. определялось правовое положение вьетнамских граждан на территории СССР в области трудовых отношений путем установления императивных норм о применении советского права в ряде конкретных вопросов: квалификационных разрядов, профессионального обучения, рабочего времени и времени отдыха, оплаты, охраны и условий труда, ежегодных отпусков, обеспечения спецодеждой и другими средствами индивидуальной защиты, пособий по временной нетрудоспособности, беременности и родам, пенсий по инвалидности и в случаях потери кормильца вследствие трудового увечья или профессионального заболевания по вине предприятия. В Соглашении содержались материально-правовые нормы, иначе, чем внутреннее трудовое право СССР, решавшие некоторые аспекты трудовых отношений между работником и администрацией (работодателем) и устанавливавшие, таким образом, специальный трудовой режим для вьетнамских работников. В частности, вьетнамский гражданин был лишен возможности свободно избирать нанимателя при заключении трудового договора, — он направлялся на конкретное предприятие и именно с администрацией последнего заключал договор со сроком действия от четырех (для женщин) до шести (для мужчин) лет. Аналогичным образом не предусматривалась самостоятельность сторон и

при расторжении трудового контракта. Соглашение предписывало, что прекращение трудового договора с вьетнамским работником могло иметь место только с предварительного согласия Госкомтруда СССР и Министерства по труду Вьетнама, что прежде всего расходилось с действующим советским правом, и, следовательно, делало невозможным увольнение работника не только по его собственному желанию, но и по инициативе администрации предприятия (учреждения). Особый порядок был установлен и для решения трудовых споров. По существу он представлял собой административное разбирательство, причем не между работником и предприятием, на котором тот работал, а между руководством групп вьетнамских рабочих и администрацией предприятия либо представителями договаривающихся сторон соглашения (ст. 3).

Следует заметить, что определенное ограничение договорной свободы иностранца в области заключения им трудовых соглашений наблюдается не только в договорном материале ряда стран, но и во внутреннем законодательстве. В частности, в монгольском Законе о правовом положении иностранных граждан 1993 г. особо оговаривается то положение, что иностранный гражданин, прибывший в Монголию по трудовому контракту, который не завершил предусмотренный им срок либо досрочно расторг его, не в праве заключить другой трудовой договор с иной организацией или гражданином (п. 3 ст. 11).

После окончания срока действия вышеприведенного Соглашения в 1990 г. было решено продолжить сотрудничество, однако на несколько иных началах — на контрактной основе, т.е. договорах, заключаемых российскими предприятиями и организациями с органами по труду провинций и городов Вьетнама. Номенклатура профессий и специальностей, численность работников, районы их размещения определяются не ежегодными протоколами, а контрактами, что дает возможность более тщательного и обоснованного подхода к привлечению иностранной рабочей силы и ее рационального использования российскими предприятиями. Срок пребывания снижается и соответственно устанавливается иной период работы — три года. Это позволяет снять вопрос о проведении отпусков на родине. Предусмотрен предельный возраст вьетнамских граждан при приеме на работу (50 лет для специалистов вместо прежних 40 лет). В контракте определяются условия расчетов между российскими и вьетнамскими организациями за предоставленные в связи с трудовым наймом вьетнамского гражданина услуги. В частности, контрактами может предусматриваться выдача предприятиями ссуды, срок погашения которой увеличен до трех лет. Рассмотрение споров между работником и предприятием осуществляется в порядке, установленном национальным законодательством.

Данные положения составили предмет соглашения по аналогичному вопросу с другой страной Юго-Восточной Азии — Китаем. 30 августа 1990 г. было заключено Соглашение о принципах направления и приема китайских граждан на работу на предприятиях, в объединениях и организациях СССР.

Международно-правовые соглашения России с зарубежными странами, в соответствии с которыми граждане соответствующих государств принимают участие в совместном освоении сырьевых ресурсов, строительстве и монтаже крупных народно-хозяйственных объектов на территории РФ, регулируют наряду с прочим (экономическими, техническими, организационными и финансовыми вопросами) также и некоторые трудовые отношения.

#### § 4. Трудовые отношения российских граждан за рубежом и в международных организациях

Наиболее распространенными основаниями возникновения трудовых отношений за рубежом с участием российских граждан выступают служебное командирование и заключение специального трудового контракта. Причем трудовой договор может быть заключен работником — российским гражданином как с российскими органами, учреждениями и организациями, выступающими в качестве нанимателей, так и с иностранными физическими и юридическими лицами. В первом случае российские граждане направляются на работу в органы, организации и на предприятия, находящиеся за границей, в рамках выполнения ими своих служебных обязанностей и должностных функций, которые реализуются ими в процессе служебной командировки.

Так, в Положении о консульском учреждении Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ от 5 ноября 1998 г. № 1330, четко устанавливается, что назначение в штат консульского учреждения, а также перемещение и замена сотрудников осуществляются в порядке, установленном МИД России. При этом подчеркивается, что консульским должностным лицом может быть только гражданин Российской Федерации. Права и обязанности сотрудников консульского учреждения определяются законодательством РФ, нормативными актами МИД России, должностными инструкциями. Сотрудники консульского учреждения обязаны выполнять приказы и указания главы консульского учреждения (п. 12).

В этом плане представляет интерес регулирование, предлагающееся в проекте Трудового кодекса РФ, упоминавшемся выше, поскольку впервые в нем помещены специальные положения, касающиеся трудовых прав особых категорий работников, в том числе дипломатических и иных представителей. В частности, в главе «Особенности регулирования труда работников, направляемых на работу в дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации, а также в представительства федеральных органов исполнительной власти и государственных учреждений Российской Федерации за границей» определяется, что направление работников на работу в дипломатические представительства и консульские учреждения Российской Федерации, а также в представительства федеральных органов исполнительной власти и государственных учреждений Российской Федерации за границей (представительства Российской Федерации за границей.— Л.А.) производится специально уполномоченными федеральными органами исполнительной власти и государственными учреждениями Российской Федерации. При этом регламентация соответствующих трудовых отношений осуществляется на основании трудового договора. С работником, привлекаемым для направления на работу в представительство Российской Федерации за границей, заключается трудовой договор на срок до трех лет. По окончании срока трудовой договор может быть перезаключен на новый срок (ст. 290).

При направлении на работу в представительство Российской Федерации за границей работника, занимающего должность в

соответствующем федеральном органе исполнительной власти или государственном учреждении Российской Федерации, в заключенный с ним ранее трудовой договор вносятся изменения и дополнения, касающиеся срока и условий его работы за границей. По окончании работы за границей такому работнику должна быть предоставлена прежняя или равноценная работа (должность), а при ее отсутствии с согласия работника — другая работа (должность).

Условия труда работников, направляемых на работу в представительства Российской Федерации за границей, определяемые трудовыми договорами, не могут ухудшать их положение по сравнению с тем, что предусматривается Трудовым кодексом (ст. 291). Порядок и условия выплаты компенсаций в связи с переездом к месту работы, а также условия материально-бытового обеспечения работников, направляемых на работу в представительства Российской Федерации за границей, определяются Правительством Российской Федерации с учетом климатических и иных условий пребывания (ст. 292). Характерно, что наряду с общими основаниями прекращения трудового договора для некоторых категорий работников предусматриваются и специфические — например, объявление работника персоной «нон грата» либо получение уведомления от местных компетентных властей о его неприемлемости в стране пребывания; для дипломатических и консульских представителей (ст. 293).

Таким образом, как предлагаемыми для будущего регулирования, так и действующими нормами предусматривается, что правом, регулирующим трудовые отношения, по существу, будет выступать российское право, поскольку в трудовых отношениях работник остается именно с российским органом, предприятием или организацией.

Например, сотрудник Генерального штаба Министерства обороны РФ командирован в Бельгию в качестве представителя РФ в НАТО в Брюсселе или ведущий инженер отдела атомтехнадзора центрального аппарата Минатома направляется в Представительство РФ в МАГАТЭ — международную межправительственную организацию, имеющую штаб-квартиру в Вене. Труд таких служащих в подобных ситуациях регулируется общими и специальными нормами российского трудового права, положениями, определенными международными договорами, а также в соответствующих случаях особыми правилами «внутреннего права» международных организаций, в которых трудятся российские граждане.

Работа российских граждан у иностранных нанимателей в фирмах и в международных организациях, находящихся на территории РФ, подчиняется российскому трудовому праву с теми изъятиями, которые не ухудшают положения гражданина по сравнению с уровнем, закрепленным в трудовом праве РФ. В международных договорах может быть закреплен специальный режим осуществления трудового найма работников, в том числе и российских граждан, со стороны международной организации. В частности, в Соглашении между Межгосударственным банком и Правительством Российской Федерации об условиях пребывания Межгосударственного банка на территории РФ от 30 июля 1996 г. устанавливается, что должностные лица Банка пользуются такими же льготами по репатриации, какие предоставляются сотрудникам дипломатических представительств иностранных государств, аккредитованных

в РФ. Однако таких привилегий нет у должностных лиц Банка, если они являются гражданами Российской Федерации. Налогообложение окладов и других вознаграждений, выплачиваемых Банком своим сотрудникам, включая технический и обслуживающий персонал, осуществляется в соответствии с законодательством России и ее международными договорами. Банк производит обязательные отчисления в Фонд занятости и Пенсионный фонд РФ в отношении граждан РФ, а также других государств, на территории которых его сотрудники постоянно проживают.

Иной пример представляют ситуации, когда российские работники командируются за границу на строящиеся, реконструируемые или монтируемые объекты в рамках осуществления технического и экономического содействия по заключенным российскими организациями контрактам с зарубежными партнерами. В этом случае работники вступают в договорные трудовые отношения по специальному контракту. Правда, в большинстве случаев, как это практиковалось в прошлом советскими, а ныне практикуется российскими специализированными внешнеторговыми (внешнеэкономическими) организациями, договор по форме существенно отходит от традиционных о нем представлений, поскольку выступает в виде так называемого аттестата, основными параметрами которого выступают статус и наименование должности работника, условия о вознаграждении, выплачиваемом работнику, а также срок действия, исходя из чего решаются и все остальные возникающие в связи с выполнением гражданином работы за рубежом вопросы. Следует отметить, что такой «усеченный» вариант трудового договора во многом способствует тому, что на практике трудовые права граждан, выезжающих за рубеж по линии российских организаций для работы на территории иностранных государств, значительно ущемляются, а в отсутствие закрепленных в полноценном гражданско-правовом договоре определенных существенных условий трудового найма защита нарушенных прав представляется затруднительной. К тому же в целом само правовое регулирование труда данной категории граждан, оцениваемое с позиций сопоставления с общими принципами и нормами трудового права, может характеризоваться как в ряде моментов ухудшающее позиции работника.

Как в варианте заключения полноценного в формальном смысле договора, так и в указанном случае применимым правом также выступает трудовое законодательство Российской Федерации с использованием специальных правил, вносящих в общие нормы исключения в той мере, в какой это обусловлено спецификой климатических, политических, экономических и других условий страны места осуществления трудовых обязанностей. Данные исключения могут касаться увеличенной продолжительности отпуска в связи с тяжелыми климатическими условиями, времени исчисления срока нахождения в командировке, размера компенсации командировочных (суточных) расходов, взимания налоговых и других отчислений из заработной платы и др.

Большую роль в определении общего правового статуса и трудовых прав граждан, направляемых на работу в международные организации, играют универсальные конвенции, принимаемые в рамках ООН, МОТ и других международных институций (например, конвенция о привилегиях и иммунитетах ООН 1946 г., Конвенция о привилегиях и иммунитетах специализированных учреждений ООН 1947 г., Конвенция о правовом статусе, привилегиях и иммунитетах межгосударственных экономических организаций, действующих в определенных областях сотрудничества 1980 г.). Условия труда служащих в специализированных международных организациях подчиняются

актам о порядке работы так называемых международных чиновников, положениям уставов таких организаций и относятся к их «внутреннему праву». В частности, в ст. 27 Устава Международного союза электросвязи закрепляется: «Избираемые служащие, а также персонал Союза, кроме выполнения своих обязанностей, не должны принимать участия или иметь финансовую заинтересованность в работе какого-либо учреждения, занимающегося вопросами электросвязи. Однако выражение «финансовая заинтересованность» не следует понимать как запрещение продолжать получать льготы в счет пенсий, учитывая прежние должности и работу» (п. 3).

Основными документами внутригосударственного характера, устанавливающими рассматриваемые специальные положения, регулирующие труд российских граждан, командируемых на работу за рубеж на подобных основаниях, являются «Правила об условиях труда советских работников за границей», утвержденные Постановлением Государственного комитета Совета министров СССР по вопросам труда и заработной платы от 25 декабря 1974 г. № 365 с изменениями и дополнениями, включая Постановление Минтруда РФ от 20 августа 1992 г. № 12, а также Постановление Совета министров СССР об условиях направления советских специалистов на работу в международные организации за границей и их материального обеспечения 1990 г., Постановление Совета министров СССР о порядке направления советских специалистов в зарубежные фирмы для практической стажировки 1990 г. Некоторые авторы (в частности В.П. Звеков) считают подобные документы имеющими характер публично-правового регулирования и вследствие этого не могущими быть отнесенными к международному частному праву. С этим трудно согласиться, поскольку в той мере, в какой к МЧП относятся некоторые императивные нормы отечественного права, регламентирующие отношения с участием российских граждан, предписания, содержащиеся в данных актах, должны равным образом квалифицироваться как специальные нормы— антиподы общих правил, применяемые к трудовым отношениям российских граждан в особых случаях, т.е. в случаях выполнения ими работы за рубежом, как, скажем, и нормы, действующие в других сферах (к примеру, регулирующие форму и порядок заключения внешнеторговых сделок в противовес положениям, относящимся к заключению внутренних сделок, или нормы законодательства об осуществлении в РФ иностранных инвестиций и т.п.).

Исключения из общих норм трудового законодательства РФ могут быть также связаны с условиями внешнеэкономических контрактов, упоминавшихся выше, российских организаций с иностранными заказчиками. В последних может быть обусловлен режим работы, соответствующий местным условиям, нерабочие дни могут устанавливаться согласно внутригосударственному календарю официальных праздников страны реализации объекта и соответственно выполнения работы и т.д.

Например, в соответствии с Глобальным контрактом, заключенным в 1989 г. между индийским заказчиком — Дургапурским металлургическим заводом (Индия) — и международным консорциумом, состоящим из советской (В/О «Тяжпромэкспорт»), немецких и индийских компаний, время труда и отдыха специалистов и рабочих подрядчика (консорциума) определялось согласно действующему индийскому трудовому законодательству и устанавливалось в размере восьмичасового рабочего дня с шестидневной рабочей неделей, исходя из 48 часов общей ее продолжительности. Вместе с тем контрактом устанавливался

комбинированный календарь времени отдыха по официальным праздникам: с одной стороны, единый для всех тружеников, занятых на работах по исполнению контракта с индийским заказчиком, обусловленный индийскими традициями (например, 25 января — нерабочий день как День независимости Индии, 1 мая — День труда или 2 октября — День рождения Махатмы Ганди и т.д.), с другой — отдельно для каждого из иностранных контингентов специалистов — с учетом национальных праздничных дней. Так, российские работники имели возможность пользоваться официально установленными в РФ праздничными днями: 1 января (день Нового года), 8-е Марта, 7 октября (День Конституции) и т.д.

Трудовые отношения российских граждан по контрактам, заключаемым с иностранными нанимателями в целях выполнения ими работы за рубежом, могут подчиняться различным правовым порядкам, в зависимости от использования того или иного коллизионного принципа. В целом в российском праве, как было отмечено ранее, не содержится ограничения, кроме соответствующих императивных норм и оговорки о публичном порядке, по применению закона, избранного сторонами при заключении сделки. Следовательно, стороны вправе избрать сами применимое к их договорным отношениям право. С другой стороны, оптимальным для целей регулирования отношений по существу могут выступать и личный статут нанимателя, особенно если в качестве такого действует юридическое лицо, и закон страны, где выполняется работа. В условиях, когда работа выполняется в нескольких государствах, наиболее целесообразным будет правовой порядок, в соответствии с которым создано юридическое лицо — наниматель (об общих коллизионных принципах регулирования трудовых отношений в МЧП было сказано выше).

При этом важной проблемой становится определение подсудности споров, возникающих из договорных отношений в связи с выполнением работы российским гражданином за рубежом. Положения приводившегося российско-польского Договора о правовой помощи 1996 г. решают ее следующим образом: по вопросам возникновения, изменения, прекращения или расторжения трудового договора и вытекающих из него претензий компетентны суды той договаривающейся стороны, на территории которой выполняется, выполнялась или должна была выполняться работа. В то же время международно-правовые нормы соглашения не лишают стороны трудового договора возможности предъявить иск в суд того государства, на территории которого имеет место нахождения или место жительства ответчика, равно как и по месту жительства или месту нахождения истца, если на этой территории находится предмет спора или имущество ответчика (п. 3 ст. 44). Помимо указанного, стороны трудового договора могут изменить разграничение компетенции национальных судов путем соглашения.

Как было уже сказано, в действующем российском праве трудовые отношения отдельных категорий работников могут подвергнуться специальному регулированию. Наряду с дипломатическими, консульскими или внешнеторговыми представителями РФ за рубежом специфика труда имеется и у лиц иных профессий. Подобное характерно, в частности, для членов экипажей морских или воздушных судов. В новом Кодексе торгового мореплавания 1999 г. трудовым и связанным с ними отношениям отведено несколько разделов, что само по себе выглядит нетрадиционным для отечественного права. В ст. 57 КТМ устанавливается, что порядок приема на работу членов экипажа судна, плавающего под Государственным флагом РФ, их права и обязанности, условия

труда и оплаты труда, а также порядок и основания их увольнения определяются законодательством Российской Федерации о труде, данным Кодексом, а также уставами службы на судах и уставами о дисциплине, генеральными и отраслевыми тарифными соглашениями, коллективными договорами и трудовыми договорами. Специфической чертой, свойственной труду моряков, выступает нахождение их в значительном числе случаев за пределами территории Российской Федерации. Вследствие этого в содержание трудовых отношений данной категории работников необходимо включается такое понятие, как «репатриация», т.е. возвращение «на родину», которая преимущественно понимается как страна гражданства, или в страну проживания, в государство нахождения порта, в котором лицо было принято на работу, и т.д. Право на репатриацию, следовательно, является одним из существенных в трудовых правах рассматриваемой группы лиц.

Согласно российскому КТМ члены экипажа судна имеют право на репатриацию в случаях: 1) истечения за пределами РФ срока действия трудового договора, заключенного на определенный срок или на определенный рейс; 2) расторжения трудового договора по инициативе судовладельца или члена экипажа судна по истечении срока, указанного в уведомлении, сделанном в соответствии с трудовым договором; 3) кораблекрушения; 4) заболевания или травмы, требующих лечения вне судна; 5) невозможности выполнения судовладельцем своих обязанностей в отношении членов экипажа судна, предусмотренных законодательством РФ или трудовыми договорами, вследствие банкротства, продажи судна или изменения государства регистрации судна; 6) направления судна без согласия членов его экипажа в зону военных действий или зону эпидемиологической опасности и воздействия других причин (п. 1 ст. 58).

Поскольку КТМ предусматривает возможность для иностранных граждан и лиц без гражданства быть нанятыми в состав членов экипажа, за теми исключениями, которые установлены действующим законодательством, в том числе и самим Кодексом, соответствующие его положения направлены на решение проблем репатриации и в подобных ситуациях, устанавливая *expressis verbis* следующее: «Репатриация по желанию члена экипажа судна осуществляется в государство, в котором он проживает, в порт, в котором он был принят на работу на судно или который указан в коллективном договоре, либо любой другой пункт, указанный при найме члена экипажа судна» (п. 2 ст. 58). При этом детализированы также и расходы по репатриации, которые несет судовладелец, в том числе плата за проезд к указанному пункту, питание и проживание, лечение, провоз 30 кг багажа до места репатриации, заработная плата до момента прибытия к пункту репатриации и т.д. (п. 3 ст. 58).

Если причины репатриации возникли вследствие вины члена экипажа судна в ходе исполнения им трудовых обязанностей по договору, судовладелец имеет право взыскать расходы по репатриации с виновного в соответствии с трудовым законодательством Российской Федерации.

## **§ 5. Социальное обеспечение**

Тесно связанными с трудовыми отношениями являются вопросы социального обеспечения российских граждан за рубежом. Закономерно, что подобного рода проблемы стали особенно актуальными в результате интенсивного добровольного перемещения на постоянное местожительство в Израиль, США,



ФРГ и прочие страны соответствующих категорий граждан бывшего Советского Союза, а ныне России и других государств, ранее входивших в состав СССР в качестве союзных республик.

Положением о порядке подтверждения трудового стажа для назначения пенсий, утвержденным Постановлением Госкомтруда СССР и ВЦСПС от 12 сентября 1990 г., установлено, что время работы за границей засчитывается в трудовой стаж. Однако это правило действует при условии, если за соответствующий период имели место выплаты страховых взносов в Пенсионный фонд СССР и если иное не предусмотрено международными договорами СССР.

Согласно Закону о государственных пенсиях в РСФСР от 20 ноября 1990 г., если международным договором, заключенным Россией с другими странами, предусматривается иное, нежели установлено в рассматриваемом акте, то действуют положения международного договора. Такие соглашения существуют у нашего государства с Болгарией, Венгрией, Монголией, Румынией, Чехословакией (странами-продолжательницами последнего стали Чехия и Словакия). Данные документы исходят из принципа национального режима и распространяют свое действие на виды социального обеспечения (пенсии и пособия), установленные внутренним правом договаривающихся сторон. Договором РФ с Испанией о социальном обеспечении предусмотрено, что пенсии испанцам-репатриантам из числа «испанских детей» (т.е. лиц, оказавшихся на территории СССР в результате гражданской войны в Испании в 1936—1939 гг.) будут переводиться из России в Испанию с осуществлением испанскими органами необходимых надбавок до достижения уровня действующего в Испании минимального размера пенсии.

2 июля 1993 г. в РФ был принят специальный акт в области пенсионного обеспечения российских граждан, выезжающих на постоянное место жительства в другие страны, в том числе те, с которыми у РФ нет международно-правовых соглашений в данной области. В соответствии с этим законом (ст. 1) и изданным на его основе Постановлением Правительства РФ от 19 августа 1994 г. № 981, которое определило порядок выплаты пенсий, выезжающим гражданам выдаются суммы назначенных пенсий независимо от их вида в российских рублях за шесть месяцев вперед. Сумма назначенной пенсии по письменному заявлению гражданина может переводиться за границу на базе пересчета ее по курсу рубля к иностранной валюте, устанавливаемому ЦБ РФ и действующему на день перевода. При этом ее перевод осуществляется, начиная с месяца, следующего за месяцем отъезда этого гражданина за пределы Российской Федерации (ст. 2 Закона 1993 г.). Закон был введен в действие с 1 июля 1993 г.

В соответствии с правилами, действовавшими на территории РФ до вступления в силу данного акта, гражданину, выезжавшему на постоянное место жительства за границу, пенсия выплачивалась за шесть месяцев вперед, а во время пребывания за рубежом ее начисление и выплата (за исключением пенсий по инвалидности вследствие трудового увечья или профессионального заболевания) не производились.

В результате обнаружившейся неопределенности в вопросе о том, соответствуют ли Конституции РФ нормы названного закона, лишаящего права некоторых граждан-пенсионеров, выехавших на постоянное место жительства за пределы России в период до 1 июля 1993 г., а также после этой даты, но не с территории Российской Федерации, на получение ими пенсий, назначенных им и

выплачивавшихся до их отъезда, Конституционный суд Российской Федерации по запросам ряда заинтересованных граждан, получивших отказы органов социального обеспечения и судебных инстанций, рассмотрел в 1998 г. дело о проверке конституционности положений статей 2, 5 и 6 закона Российской Федерации от 2 июля 1993 г. «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное жительство за пределы Российской Федерации», примененных в их делах. Суд оценивал также и правоприменительную практику, сложившуюся по толкованию норм вышеуказанного акта. В Постановлении Конституционного суда РФ от 15 июня 1998 г. отмечается, что Закон от 2 июля 1993 г. прямо не устанавливает, распространяются ли его положения на граждан, выехавших за границу до даты вступления его в силу, т.е. до 1 июля 1993 г. По смыслу ст. 5 Закона, согласно которой его действие не распространяется на граждан, выехавших на постоянное жительство за пределы РФ, если в отношении этих граждан законодательством РФ или межгосударственным договором (соглашением) установлен иной порядок пенсионного обеспечения, с 1 июля 1993 г. предусмотренные Законом правила, в том числе и положения ст. 2 о переводе по заявлению гражданина причитающейся ему пенсии за границу, могут применяться в отношении всех других граждан, для которых такой порядок не установлен, независимо от даты их выезда за пределы Российской Федерации. Конституционный суд подчеркнул, что права граждан на пенсионное обеспечение производны от его трудовой или иной общественно-полезной деятельности, и прекращение начисления и выплат трудовых пенсий гражданам, выехавшим за пределы РФ на постоянное жительство в другие страны, является ограничением их конституционного права на социальное обеспечение, гарантированного ст. 39 Конституции Российской Федерации. Лишение гражданина права на получение назначенной ему трудовой пенсии в период постоянного проживания за рубежом не соответствует и ст. 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах человека. Неопределенность содержания положений данного Закона в отношении круга лиц, на которых распространяется его действие, и в силу этого возможность произвольного его толкования и применения приводят к нарушению гарантированного Конституцией равенства всех перед законом и судом, права граждан на социальное обеспечение без проведения необоснованных различий по признаку места жительства, установлению дискриминации между пенсионерами, постоянно проживающими в пределах РФ, и теми, кто постоянно проживает за границей.

Противопоставлением конституционного права свободно выезжать за пределы Российской Федерации и конституционного права на пенсионное обеспечение нарушается, как отметил Суд, принцип, провозглашенный в Резолюции № 41/117 Генеральной Ассамблеи ООН от 4 декабря 1996 г. «Неделимость и взаимосвязь экономических, гражданских и политических прав», согласно которому все права человека и основные свободы неделимы и

взаимосвязаны; развитие и защита одной категории прав никогда не могут служить предлогом или оправданием для освобождения государства от развития и защиты других прав.

Вследствие вышеизложенного Конституционный суд признал не соответствующими Конституции РФ статьи 2, 5 и 6 Закона от 2 июля 1993 г. в той мере, в какой ими допускается лишение пенсионеров права на получение назначенных им трудовых пенсий, если они выехали на постоянное жительство за границу до 1 июля 1993 г. либо после этой даты, но не с территории РФ.

**Контрольные вопросы:**

1. Какие коллизионные формулы прикрепления используются в национальном праве европейских стран в области регулирования трудовых отношений?
2. Какова характеристика коллизионно-правового регулирования трудовых отношений в России?
3. Каковы трудовые права иностранцев в Российской Федерации?
4. Каково правовое регулирование труда российских граждан за рубежом?
5. Каковы правовые основы регулирования условий труда в международных организациях?
6. Какие существуют особенности в правовом регулировании трудовых отношений с участием иностранцев в странах СНГ?
7. В чем заключаются характерные черты регулирования трудовых отношений в международных договорах, заключенных РФ?
8. Каковы тенденции современного отечественного регулирования отношений в области социального обеспечения?