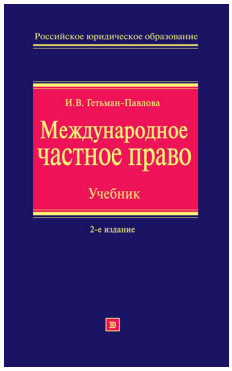
Российское юридическое образование
И.В. Гетьман-Павлова
Международное частное право
Учебник
2-е издание

Ирина Викторовна Гетьман-Павлова

Международное частное право. Учебник

Текст предоставлен правообладателем
http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=2572645
Международное частное право: учебник / И. В. Гетьман-Павлова. – Изд. 2-е, перераб. и доп.:
Эксмо; Москва; 2009
ISBN 978-5-699-27425-3

Аннотация

Учебник, подготовленный в соответствии с Государственным образовательным стандартом, состоит из двух частей – общей и особенной.

В общей части рассматриваются вопросы теории международного права – понятие, предмет, система, метод, источники. Основное внимание уделено вопросам коллизионного права и специфике правоприменения в МЧП.

В особенной части анализируются специальные институты и подотрасли МЧП. В отдельную часть выделены вопросы международного гражданского процесса и международного коммерческого арбитража.

В качестве самостоятельных тем рассматриваются проблемы транснационального банкротства (международное конкурсное право) и международное нотариальное право, а также вопросы регулирования отношений сферы МЧП в сети Интернет.

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

Содержание

Принятые сокращения 8
Тема 1 11
1.1 12
1.2 20
1.3 30
1.4 32
1.5 37
1.6 43
Тема 2 46
2.1 47
2.2 50
2.3 55
2.4 57
2.5 61
2.6 65
2.7 70
2.8 75
2.9 79
2.10 80
Тема 3 82
3.1 83
3.2 87
3.3 90
3.4 93
3.5 98
3.6 103
3.6.1 103
3.6.2 105
3.6.3 107
3.6.4 109
3.6.5 110
3.6.6 114
3.6.7 117
3.6.8 118
3.6.9 120
3.7 121
3.8 125
3.9 129
Тема 4 134
4.1 135
4.2 139
4.3 144
4.4 150
4.5 153
4.6 154
4.7 159

4.8 162
Тема 5 164
5.1 164
5.1.1 164
5.1.2 168
5.1.3 170
5.1.4 172
5.1.5 175
5.2 178
5.2.1 178
5.2.2 181
5.2.3 183
5.3 186
5.3.1 186
5.3.2 187
5.3.3 189
5.4 192
5.4.1 192
5.4.2 194
5.4.3 197
5.4.4 198
5.4.5 201
5.5 203
5.5.1 203
5.5.2 204
Тема 6 208
6.1 209
6.2 212
6.3 216
6.4 219
6.5 220
Тема 7 223
7.1 224
7.2 225
7.3 228
7.4 230
7.5 231
7.6 233
7.7 236
7.8 238
7.9 240
7.10 243
7.11 245
Тема 8 250
8.1 251
8.2 253
8.3 255
8.4 257
8.5 259

8.6 263
8.7 265
8.8 268
8.9 270
8.10 272
8.11 275
8.12 277
Тема 9 280
9.1 281
9.2 283
9.3 285
9.4 288
9.5 290
9.6 292
9.7 294
9.8 297
9.9 299
9.10 301
9.11 303
Тема 10 309
10.1 310
10.2 314
10.3 317
10.4 320
10.5 322
10.6 324
Тема 11 327
11.1 328
11.2 330
11.3 333
11.4 335
Тема 12 340
12.1 341
12.2 345
12.3 350
12.4 353
Тема 13 355
13.1 356
13.2 360
13.3 365
13.4 367
13.5 371
13.6 373
Тема 14 375
14.1 376
14.2 379
14.3 384
14.4 387
14.5 392

14.6 396
Тема 15 400
15.1 401
15.2 403
15.3 408
15.4 413
15.5 416
15.6 419
15.7 422
15.8 428
15.9 431
15.10 433
15.11 436
15.12 439
15.13 442
15.14 447
Тема 16 451
16.1 452
16.2 456
16.3 460
Тема 17 463
17.1 464
17.2 466
17.3 468
17.4 471
17.5 474
17.6 478
Тема 18 481
18.1 482
18.2 485
18.3 493
18.4 496
18.5 500
18.6 503
18.7 507
18.8 511
Тема 19 514
19.1 515
19.2 517
19.3 521
19.4 527
19.5 532
19.6 534
19.7 536
19.8 538
19.9 543
19.10 547
19.11 550
19.12 552

Список использованной литературы 555

Ирина Викторовна Гетьман – Павлова Международное частное право

Принятые сокращения

Международные документы

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

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

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

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

Римская конвенция 1980 г. – Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (г. Рим, 19 июня 1980 г.)

Нормативные правовые акты Российской Федерации

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

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

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

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

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

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

НК РФ — Налоговый кодекс Российской Федерации: часть первая от 31 июля 1998 г. № 146-ФЗ; часть вторая от 5 августа 2000 г. № 117-ФЗ

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

ТК РФ — Таможенный кодекс Российской Федерации от 28 мая 2003 г. № 61-ФЗ

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

Закон РФ о МКА — Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 53381 «О международном коммерческом арбитраже»

Нормативные документы зарубежных стран

ЕТК США — Единообразный торговый кодекс США (1962 г.)
ФГК — Французский гражданский кодекс (Кодекс Наполеона) 1804 г.
ГГУ — Германское гражданское уложение (1896 г.)
Кодекс Туниса – Кодекс международного частного права Туниса (1998 г.)
Указ Венгрии – Указ о международном частном праве Венгрии (1979 г.)
Закон о реформе МЧП Италии – Закона о реформе итальянской системы международного частного права (1995 г.)
Кодекс БуркинаФасо – Кодекс Буркина-Фасо о лицах и семье (1989 г.)

Международные организации

ВОЗ — Всемирная организация здравоохранения
МБРР — Международный банк реконструкции и развития
МВФ — Международный валютный фонд
МОТ — Международная организация труда
МТП — Международная торговая палата
ООН — Организация Объединенных Наций
ОЭСР — Организация экономического сотрудничества и развития
УНИДРУА — Международный институт по унификации частного права
ФАТФ — Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег
ЮНКТАД – Конференция Организации Объединенных Наций по торговле и развитию
ЮНСИТРАЛ – Комиссия Организации Объединенных Наций по праву международной торговли

Органы государственной власти Российской Федерации

ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд Российской Федерации
ВС РФ – Верховный Суд Российской Федерации
КС РФ – Конституционный Суд Российской Федерации
МИД России — Министерство иностранных дел Российской Федерации
Минюст России — Министерство юстиции Российской Федерации

Прочие сокращения

абз. – абзац
ВВП — валовой внутренний продукт
г. – год (город)
ГК – гражданский кодекс (*в тексте таким образом обозначена ссылка на гражданские кодексы зарубежных стран*)
гл. – глава
ГПК — гражданский процессуальный кодекс (*в тексте таким образом обозначена ссылка на гражданские процессуальные кодексы зарубежных стран*)
ЕС — Европейский Союз
МГП — международный гражданский процесс
МКА — международный коммерческий арбитраж

МЧП — международное частное право
п. – пункт
подраз. – подраздел
разд. – раздел
РФ — Российская Федерация
СССР — Союз Советских Социалистических Республик
США – Соединенный Штаты Америки
ст. – статья
ТНК — транснациональные корпорации
утв. – утвержденный
ФРГ – Федеративная Республика Германия

тема 1

Понятие и система международного частного права

Тема 1
Понятие и система международного частного права

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

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М.: Статут, 2001.

1.1
Понятие и предмет международного частного права

Международные отношения в широком смысле слова – это совокупность межгосударственных, государственно-негосударственных (смешанных) и негосударственных отношений между физическими и юридическими лицами различных государств. Правовые вопросы межгосударственного (и частично государственно-негосударственного) общения входят в сферу действия международного публичного права. Правовые вопросы международных негосударственных (и частично государственно-негосударственных) отношений – сфера действия международного частного права. Международное публичное право направлено на упорядочение публично-правовых (властных) отношений, а международное частное право – на упорядочение частно-правовых (невластных) отношений.

История

Основатель науки МЧП – судья Верховного Суда США Джозеф Стори. В 1834 г. была издана его книга «Комментарий к коллизии законов», где впервые употребляется термин «международное частное право». С середины XIX в. этот термин стал применяться в европейской правовой доктрине (наряду с термином «коллизионное право»). В российскую юридическую литературу термин «международное частное право» ввел русский дореволюционный ученый Н. П. Иванов.

Корректность применения термина «международное частное право» до сих пор вызывает споры. Неточность этой терминологии подчеркивал Г. Кегель: «Речь идет не о международном, а о национальном праве, и не о материальном частном праве, а о праве коллизионном. Однако сущность это название выражает достаточным образом». В доктрине употребляется более 20 других терминов («межгосударственное частное право», «международное хозяйственное право», «международное гражданское право»), но они не восприняты. Термин «международное частное право» является общепризнанным. В англо-американской доктрине МЧП называют «конфликтным, или коллизионным, правом». Термины «коллизионное право» и «международное частное право» используются как синонимы (М. Гаррисон, Р. Дейвис).

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

Деление международного права на международное публичное и международное частное утвердилось во второй половине XIX в. Термин «международное» применительно к международному публичному и к международному частному праву имеет разный смысл. «Международное публичное право является международным в том смысле, что оно устанавливает правоотношения между государствами, а международное частное право – в том смысле, что оно устанавливает правоотношения между лицами, принадлежащими к различным государствам, правоотношения, выходящие за рамки отдельной правовой системы и требующее выяснения, какой закон к ним применяется» (И. С. Перетерский).

Международное частное право – это совокупность норм, предназначенных для регламентации частно-правовых отношений, возникающих в сфере международного общения. МЧП представляет собой самостоятельную комплексную правовую систему, объединяющую нормы международного и национального права и регулирующую международные гражданские отношения. Традиционно предметом регулирования МЧП считаются частно-правовые отношения, отягощенные иностранным элементом, который может проявляться в трех вариантах:

1) субъект правоотношения – иностранное лицо (иностранное физическое лицо; иностранное или международное юридическое лицо, транснациональная корпорация, офшорная компания; международная организация; иностранное государство);

2) объект правоотношения находится за границей;

3) юридический факт, с которым связано правоотношение, имеет место за границей.

Приведенное определение не является общепризнанным: ни в науке, ни в национальном законодательстве, ни в международно-правовых актах не существует единой точки зрения относительно предмета МЧП, понятия иностранного элемента, места МЧП в глобальной правовой системе.

Доктрина

В доктрине предмет МЧП определяется следующим образом.

1. Международное частное право как отрасль права и отрасль правоведения есть область отношений гражданско-правового характера в широком смысле слова (Л. А. Лунц).

2. Задача международного частного права заключается в том, чтобы определить территорию, на которую простирается действие правовой нормы, и таким образом МЧП имеет дело прежде всего с применением закона в пространстве (Дж. Бил, Дж. Чешир, П. Норт).

3. Самой отчетливой чертой, которая позволяет обособить общественные отношения в рамках МЧП, выступает их связь с правопорядком двух или более государств, а также с системой международного права (Л. П. Ануфриева).

В доктрине нет даже относительного единства в определении предмета. Однако большинство ученых согласны, что предмет правового регулирования МЧП – международные отношения невластного характера. Специфика этих отношений – их международный характер (наличие иностранного элемента); конкуренция разных правопорядков, одновременно претендующих на правовое регулирование; отсутствие у субъектов властных полномочий по отношению к своим контрагентам.

Доктрина

В современной доктрине можно выделить две основные позиции относительно определения предмета МЧП: а) в широком и б) в узком смысле.

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

др.» (Н. Ю. Ерпылева). Основной аргумент сторонников приведенной концепции: гражданско-правовой характер предмета МЧП не позволяет включать в него смежные категории семейного, трудового и процессуального права (В. Г. Храбсков).

МЧП в широком смысле представляет собой совокупность норм, регулирующих любые международные отношения частно-правового характера (гражданские, торговые, семейные, трудовые, валютные, земельные, процессуальные). В пределах национальных юрисдикций «отношения частно-правового характера» регулируются нормами различных отраслей права. Основное место занимают собственно гражданско-правовые и торговые отношения. Отношениями частно-правового характера в определенной мере являются семейно-брачные, трудовые, земельные, валютные, таможенные, т. е., по сути, любые имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения между частными субъектами права. Речь идет об отношениях, составляющих в пределах одного государства предмет частного права в целом (Г. К. Дмитриева).

Предметом правового регулирования МЧП выступают не только гражданско-правовые отношения, но и отношения в валютной, финансовой, налоговой и таможенной сферах, причем на данном этапе развития государства эти вопросы наиболее значимы (К. А. Бекяшев, А. Г. Ходаков). Этот тезис далеко не бесспорен и вызывает серьезную критику: он отрицает правомерность включения валютных, финансовых, налоговых или таможенных вопросов в предмет МЧП. Налоговая и таможенная сферы, отношения валютного характера являются областью не частного, а публичного права. Институты налогового, таможенного и валютного права могут только влиять на практическое применение норм МЧП (О. Н. Садиков).

Национальные кодификации МЧП, как правило, содержат следующие законодательные определение его предмета.

Согласно Закону о международном частном праве и процессе Чехии (1963 г.) «целью настоящего Закона является определить, какому правопорядку подчиняются гражданско-правовые, семейные, трудовые и другие подобные им отношения с иностранным элементом, урегулировать правовое положение иностранцев, предусмотреть порядок действий чешских органов юстиции при регулировании этих отношений и их разрешении и тем самым способствовать международному сотрудничеству».

Закон о международном частном праве Украины (2005 г.) применяется к частно-правовым отношениям, которые хотя бы посредством одного из своих элементов связаны с одним или несколькими правопорядками, иными, чем украинский правопорядок. Частно-правовые отношения – это отношения, которые базируются на принципах юридического равенства, свободном волеизъявлении, имущественной самостоятельности, субъектами которых являются физические и юридические лица.

Согласно Закону Румынии применительно к регулированию отношений международного частного права (1992 г.) отношениями международного частного права являются гражданские, торговые, трудовые, гражданско-процессуальные и другие частно-правовые отношения с иностранным элементом.

Исходя из этого, можно сделать следующие выводы:

1) законодательство большинства государств закрепляет концепцию широкого понимания МЧП;

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

3) отношения между частными лицами входят в предмет МЧП независимо от их предметной сферы действия («гражданско-правовые, семейные, трудовые и другие подобные им отношения… правовое положение иностранцев»);

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

Понятие «иностранный элемент» ввел в юридический оборот русский ученый М. И. Брун. Это понятие не имеет единого доктринального определения; данный вопрос вызывает не меньшее количество споров, чем проблема предмета МЧП.

Доктрина

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

2. «Иностранный элемент» – это «производная» иной правовой системы, сущность, придающая данному имущественному, личному неимущественному, семейному, трудовому или процессуальному отношению качественно новую социальную окраску, проявляющуюся во взаимосвязи указанного отношения с внешним миром (М. Н. Кузнецов).

3. Понятие иностранного элемента используется в международном частном праве для квалификации в законе той категории правоотношений, к которым можно применять не только отечественное, но и иностранное право. Иностранный элемент, выражая в самом абстрактном виде своеобразие транснациональных частно-правовых отношений, создает связь между отношением и иностранным правом (А. Л. Маковский).

В национальном законодательстве понятие «иностранный элемент» закрепляется в различных вариантах. Согласно Закону о международном частном праве Австрии (1987 г.) «обстоятельства дела, соприкасающиеся с заграницей, рассматриваются в частно-правовом отношении согласно тому правопорядку, с которым у них присутствует наиболее прочная связь».

Закон о МЧП Украины гласит: «Иностранный элемент – признак, характеризующий частно-правовые отношения, которые регулируются настоящим Законом и проявляются в одной или нескольких из следующих форм: хотя бы один участник правоотношений является иностранцем, лицом без гражданства или иностранным юридическим лицом; объект правоотношений находится на территории иностранного государства; юридический факт, который влияет на возникновение, изменение или прекращение правоотношений, имел либо имеет место на территории иностранного государства». Украинский законодатель считает иностранный элемент основным признаком отношений, входящих в сферу МЧП. Однако «иностранный признак» почемуто представляет собой форму проявления таких отношений, а не форму проявления иностранного элемента.

В российском законодательстве иностранный элемент в гражданском правоотношении определяет п. 1 ст. 1186 ГК РФ («право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей…»). В норме довольно много пробелов: в качестве иностранных субъектов не названы иностранное государство и международная организация; юридический факт, имевший место за границей, не выделен в качестве одного из вариантов иностранного элемента. Возможно, законодатель намеренно отказался от замкнутого, исчерпывающего перечня вариантов иностранного элемента и предпочел несколько «размытую» формулировку «осложненным иным иностранным элементом».

Статья 414 КТМ РФ устанавливает перечень оснований для отыскания «права, применимого к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом». Положения КТМ РФ выводят за рамки «иностранного элемента» иностранных граждан и юридических лиц. Из формулировок вытекает, что отношения с их участием и «отношения, осложненные иностранным элементом», – это разные понятийные категории (Л. П. Ануфриева).

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

Статья 2 Кодекса Туниса гласит: «Является международным правоотношение, связанное по крайней мере посредством одного из его определяющих элементов с одним или несколькими правопорядками, иными, чем тунисский правопорядок». Сфера действия Закона о международном частном праве Грузии (1998 г.): определение применимого правопорядка при наличии фактических обстоятельств дела, связанного с правом иностранного государства. В соответствии с Законом о международном частном праве Лихтенштейна (1996 г.) принципом международного частного права является применение правопорядка, с которым обстоятельство дела имеет наиболее прочную связь.

Доктрина

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

Для определения основных характеристик МЧП необходимо взять на вооружение остроумное и точное высказывание, что по своей юридической природе «международное частное право на самом деле не является ни международным, ни частным».

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

Основное предназначение МЧП – регулирование отношений между частными субъектами, подчиненными законам различных государств, устранение коллизий между разнонациональными законами, создание единообразных подходов для регламентации частноправовых трансграничных отношений. Такая цель порождает главную специфику МЧП –

узаконить и упорядочить применение в пределах национальной правовой системы норм права других государств. Возможность подчинения правоотношения праву двух и более государств является основанием для признания международного характера такого правоотношения (П. Каленский).

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

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

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

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

Следует признать правоту тех ученых, которые полагают, что «основное требование для существования иностранного элемента – к спорному правоотношению может быть применено право сразу нескольких суверенных государств» (П. Каленский). Целесообразность подобного определения подчеркивается многими авторами (Л. П. Ануфриева, Л. В. Горшкова).

> Далеко не всегда присутствие «иностранного элемента» (в традиционном его понимании – субъект, объект, факт) предопределяет сферу действия МЧП. Сделка, заключенная между двумя российскими лицами по поводу поставки товара из Индии, должна признаваться внутрихозяйственной, а не внешнеэкономической. «Иностранный элемент» присутствует, но нормы МЧП не применяются. Противоположная ситуация: итальянец и итальянка заключают брак в консульском учреждении Италии за границей. «Иностранный элемент» отсутствует (субъекты – граждане

одного государства, юридический факт имеет место на его территории, – обычно-правовая норма допускает юридическую фикцию: территория консульства является условной территорией государства аккредитования). Однако возникает вопрос о признании такого брака в пределах юрисдикции обоих государств, т. е. о применении норм МЧП (Л. П. Ануфриева).

Только наличия иностранного элемента в традиционном его понимании недостаточно для применения МЧП. Значение имеет не физическое место нахождения вещи, а то, закон какого государства наделил лицо (лиц) правом на данную вещь, по нормам права какого государства это право возникло. Факт, что в отношении участвует иностранное лицо, не имеет значения, если отсутствует связь отношения с правом иностранного государства. Юридический факт в аспекте МЧП имеет правовые последствия потому, что он возник на основании юридических норм и в рамках правопорядка другого государства.

Законодательство многих государств отказалось от употребления конструкции «иностранный элемент». Так, в ст. 1105 ЕТК США говорится: «Когда сделка имеет разумную связь с настоящим штатом, а также другим штатом или государством, стороны могут согласиться о применении к их правам и обязанностям права либо данного, либо другого штата или государства». Закон о международном частном праве Польши (1965 г.) определяет право, подлежащее применению к международным отношениям в сфере гражданского права, семейного и опекунского права, а также трудового права. Закон о МЧП Грузии определяет, какой правовой порядок применяется при наличии фактических обстоятельств дела, связанного с правом иностранного государства.

Доктрина

Иностранный элемент связывает частно-правовые отношения не только с разными государствами, но и с разными правовыми системами. Юридическая связь отношения с правопорядками двух или более государств представляет собой последствие наличия иностранного элемента в частно-правовых отношениях (Г. К. Дмитриева). Однако только присутствие в правоотношении иностранного элемента еще не создает связи с иностранным правом, а лишь опосредует ее. Необходимо наличие какого-то конкретного обстоятельства, с которым норма права нескольких государств связывает возникновение, изменение или прекращение правоотношения (А. Л. Маковский). Таким обстоятельством является юридический факт, лежащий в основе данного правоотношения. С точки зрения МЧП, юридический факт имеет значение постольку, поскольку он возникает в рамках правопорядка иностранного государства (Л. П. Ануфриева).

Наличие иностранного элемента в правоотношении – это следствие определенного деяния (действия или бездействия) субъекта (П. Каленский). Связь между иностранным элементом и деятельностью субъекта особенно ярко проявляется в тех случаях, когда иностранный элемент не вытекает из личного статуса субъекта, а представляет собой последствие чего-либо (наличие за границей какого-либо субъективного права). Возникновение отношения международного характера обусловлено юридическим фактом, которому правовая норма двух или более государств придает юридическую значимость. Юридическая связь с правопорядками двух или более государств проявляется не в структурных элементах правоотношения, а в анализе юридического факта, который производится судом в целях определения права, наиболее тесно связанного с данным правоотношением (Л. В. Горшкова).

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

Подводя итог, обращаем внимание на следующее:

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

2) частно-правовые отношения в МЧП – это отношения между частными, несуверенными субъектами права, возникающие в международном пространстве;

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

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

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

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

Нет необходимости отказываться от разработанной и привычной юридической терминологии для определения предмета МЧП, но следует учитывать и современные правовые новеллы. Итак, предмет МЧП можно сформулировать следующим образом – это отношения, связанные с правопорядком двух и более государств и возникающие между частными лицами по поводу реализации их имущественных и личных неимущественных прав.

1.2
Соотношение МЧП с международным и национальным правом. Место МЧП в правовой системе

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

Проблема соотношения международного публичного, национального и международного частного права – одна из самых сложных. В современном мире она приобрела особую остроту и актуальность прежде всего с точки зрения эффективной деятельности правоприменительных органов (Л. П. Ануфриева).

Доктрина

Приведем основные концепции по вопросу соотношения международного публичного, национального и международного частного права:

1) МЧП входит в структуру международного права. Вопросы международного частного и международного публичного права относятся к одной отрасли права – международному праву в широком смысле слова. Международное публичное и международное частное право являются подотраслями одной отрасли права (С. Б. Крылов).

Международному праву, как и внутригосударственному, присуще деление на «публичное» и «частное», т. е. международное право включает международное публичное и международное частное право (В. С. Нерсесянц);

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

а) МЧП – структурная часть национального гражданского права. МЧП необходимо определить как специальную отрасль гражданского права, чтобы отразить и его гражданско-правовую принадлежность, и особое положение в структуре гражданского права (А. Л. Маковский);

б) МЧП – самостоятельная отрасль в системе национального частного права. Оно входит в систему внутреннего (национального) права государства, но в этой системе не является частью гражданского, семейного, трудового и иных образований частного права. МЧП выступает как самостоятельная отрасль со своим специфическим предметом и методом регулирования (Г. К. Дмитриева);

в) МЧП – подсистема, особое правовое образование в системе национального права. МЧП – это явление юридически более сложное, чем обособившаяся в отрасль внутригосударственного права совокупность норм. Оно имеет статус особой подсистемы внутригосударственного права (Л. П. Ануфриева);

3) МЧП – независимая правовая система, самостоятельное правовое образование, полисистемный комплекс. «Абсолютно очевиден комплексный характер природы МЧП, невозможность втиснуть МЧП ни в рамки

национального, ни в рамки международного публичного права. МЧП – совершенно самостоятельная правовая система» (Н. Ю. Ерпылева);

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

МЧП не является и не может являться самостоятельной системой права. Это искусственное образование, объединяющее две или три группы норм (П. Н. Бирюков).

Приведенные высказывания лишний раз подчеркивают «гибридную природу международного частного права» (П. Каленский) и неоспоримый факт, что МЧП представляет собой «клубок противоречий и проблем». Может быть, следует согласиться с П. Н. Бирюковым, что проблема генезиса МЧП относится к категории вечных и «вопрос о МЧП не будет однозначно решен до тех пор, пока существует юридическая наука».

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

В глобальной правовой системе МЧП занимает особое место: «Международное частное право есть органическая часть территориального гражданского права страны… Международное общение есть единственно верное… основание, на котором может развиваться международное частное право» (Ф. Ф. Мартенс).

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

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

ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

В решениях международных правоприменительных органов МЧП квалифицируется как часть национального права: решения Постоянной палаты международного правосудия по делам о сербских и бразильских займах 1929 г.; решения Международного суда ООН по делам

«Ноттебома» («Лихтенштейн против Гватемалы»), о норвежских займах («Франция против Норвегии»).

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

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

Соотношение международного публичного и международного частного права:

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

2) объект регулирования международного публичного права – межгосударственные (властные) отношения. Объект регулирования МЧП – частно-правовые (невластные) отношения, связанные с правопорядком двух и более государств;

3) метод регулирования в международном публичном праве имеет координационный, согласительный характер. Это метод согласования воль государств. Основные методы регулирования в МЧП – децентрализация и автономия воли, направленные на преодоление коллизий национальных правовых систем;

4) источники международного публичного права – международные договоры и обычаи, общие принципы права цивилизованных народов, резолюции и рекомендации международных организаций, акты международных конференций. Основной источник МЧП – национальное законодательство; международно-правовые акты регулируют отношения сферы МЧП после их имплементации в национальное право;

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

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

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

1. Субъекты национального права – физические и юридические лица, образования без статуса юридического лица, государство, его органы. Субъекты МЧП – национальные и иностранные частные лица (в том числе иностранное государство и его органы). Все частные

правоотношения с участием иностранных лиц, транснациональных корпораций, международных юридических лиц – сфера действия МЧП.

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

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

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

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

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

На сегодняшний день МЧП целесообразно квалифицировать как самостоятельную подсистему национального права (Л. П. Ануфриева). Одновременно можно предположить, что в перспективе основным инструментом развития МЧП будут выступать международные договоры и наднациональные правовые акты (Н. Ю. Ерпылева). Потенциально можно прогнозировать обособление МЧП в самостоятельную систему, занимающую в глобальной правовой системе промежуточное положение между международно-правовой и национально-правовой системами.

В отечественной доктрине принято говорить о делении системы национального права на две подсистемы (две суперотрасли) – публичное и частное право. В настоящее время к этому делению следует подходить более осторожно. Современная национальная правовая система неизмеримо сложнее и заключает в себе:

– формирование «комплексных», «смешанных» (предпринимательское, акционерное, банковское) отраслей национального права;

– формирование в составе публично-правовых отраслей целостной совокупности норм, регулирующих частно-правовые отношения (таможенное право – институт «таможенных договоров»: таможенный брокер, таможенный перевозчик);

– «публицизацию» частно-правовых отношений: рост публично-правовой составляющей в регулировании отношений между частными лицами (семейное, трудовое право).

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

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

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

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

Доктрина

В отечественной литературе попытки разделить нормативный массив МЧП на отрасли и подотрасли появились в 70–80-х гг. XX в. (А. Л. Маковский предложил обособить международное частное морское право как самостоятельную отрасль МЧП). Многие представители современной российской науки поддерживают подобное деление: М. М. Богуславский считает, что совокупность норм, регулирующих имущественные отношения в области торгового мореплавания, представляет собой подотрасль МЧП. В качестве самостоятельной подотрасли МЧП выступает международное частное трудовое право: «Высокая степень обособления характеризует комплексы норм международного частного права, действующих в области торгового мореплавания, трудовых отношений (системы этих норм нередко обозначаются как «международное частное морское право», «международное частное трудовое право»)» (В. П. Звеков).

В отечественной доктрине сложилась устойчивая триада «отрасль – подотрасль – институт». Зарубежная доктрина оперирует этими понятиями более свободно, не предлагая формальных критериев для обособления норм в отрасль или подотрасль. Отраслями называют различные группировки норм, имеющих относительную автономию: частное и публичное право, гражданское, торговое, уголовное, экономическое, социальное, международное право, право лиц, право ценных бумаг, биржевое право. Одна отрасль включает в себя несколько отраслей или пересекается с другими отраслями.

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

Первый элемент в системе МЧП – **международное частное право в узком смысле (собственно МЧП)**, которое представляет собой отрасль МЧП как системы права. МЧП в узком смысле состоит из общей и особенной частей, в каждой из которых можно выделить подотрасли и институты. Структура МЧП в узком смысле построена по пандектной системе, характерной для российского частного права. *Общая часть* МЧП в узком смысле включает

основные теоретические категории (понятие, предмет, метод, источники). *Особенная часть* объединяет специальные (с точки зрения объекта регулирования) подотрасли МЧП в узком смысле.

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

– предмет МЧП (ст. 1186);
– методы МЧП (ст. 1186);
– принципы МЧП (ст. 1188, 1189, 1194, 1196, 1210);
– источники МЧП (ст. 1186);

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

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

Доктрина

В отечественной литературе употребляется подобная терминология: международное коммерческое право, международное транспортное право, международное вексельное право, международное банковское право (Н. Ю. Ерпылева); международное частное трудовое право, международное семейное право (В. А. Канашевский). Термин «международное частное трудовое право» ранее (в 2000 г.) применял В. П. Звеков, но в более поздних его работах (2004 г.) эта терминология отсутствует.

В основном в российской доктрине принято говорить не о «международном договорном праве», а о «праве внешнеторговых сделок», не о «международном частном трудовом праве», а о «трудовых отношениях в МЧП». В зарубежной доктрине (Х. Кох, У. Магнус, П. Винклер фон Моренфельс) частично употребляется предложенная терминология (международное вещное право, международное договорное право, международное наследственное право, международное семейное право). Такие обозначения отличаются краткостью и удобством с точки зрения юридической лексики. Разумеется, можно привести серьезные аргументы против термина «международное деликтное право» в пользу термина «внедоговорные обязательства в МЧП», против термина «международное транспортное право» в пользу термина «право международных перевозок». Однако необходимо иметь в виду, что и сам термин «международное частное право» является общепринятым, но отнюдь не бесспорным.

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

Коллизионное право – центральная, основополагающая отрасль всей системы МЧП. Цель МЧП – облегчить сосуществование права отдельных государств в части регулирования «отношений между несуверенными субъектами с иностранным элементом, и сделать возможным их координацию. Односторонне определенная юрисдикция, произвольное заявление независимого закона», отказ уважать существование других правовых систем приводят за границей к отказу исполнять решения судов такого государства и к отказу в применении его права (П. Каленский). Применение норм иностранного права – центральная проблема МЧП, которая решается с помощью особого, неизвестного иным правовым системам юридического инструментария – коллизионных норм. Наличие в нормативной структуре коллизионных норм – «монополия» МЧП.

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

В решениях Постоянной палаты международного правосудия по делам о сербских и бразильских займах 1929 г. подчеркивается, что МЧП – это прежде всего коллизионное право, направленное на разрешение коллизий разнонациональных законов. Коллизионные нормы обеспечивают взаимодействие правопорядков различных государств, международного правопорядка и системы международного права. Этот «классический инструментарий» может рассматриваться в рамках МЧП как самостоятельная подсистема – коллизионное право (Л. П. Ануфриева).

В Конституции РФ (п. «п» ст. 71) употребляется термин *«федеральное коллизионное право»*. Это позволяет предположить, что отечественный законодатель не включает коллизионное право в МЧП и закрепляет самостоятельный характер коллизионного права в российской нормативной системе. То есть норма п. «п» ст. 71 может быть истолкована так, будто в российском праве существует отдельная отрасль «федеральное коллизионное право». Однако в разд. VI «Международное частное право» ГК РФ данная позиция не отражена; этот законодательный акт сводит нормы МЧП именно к коллизионным. Гражданское законодательство не позиционирует коллизионное право в качестве самостоятельной отрасли российского права.

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

Основной массив коллизионных норм – это МЧП в узком смысле. Отношения, составляющие предмет регулирования его подотраслей, предполагают применение прежде всего коллизионного метода, общих и специальных коллизионных привязок. Коллизионное право как отрасль системы МЧП состоит из *теории коллизионного права («учение о коллизионных нормах») и основ применения иностранного права*.

Отдельный конгломерат коллизионных норм присутствует в каждой отрасли МЧП – в трансграничном банкротстве, международном нотариальном праве, международном гражданском процессе, международном коммерческом арбитраже. Однако число таких норм незначительно, их применение не отработано, законодательно данный вопрос урегулирован в немногих странах. Представляется нецелесообразным выделять, например, процессуаль-

ные коллизионные нормы и включать их в коллизионное право как отдельную отрасль МЧП. Нельзя говорить и об их обособлении в пределах соответствующих отраслей МЧП.

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

– квалификация правовых понятий (ст. 1187 ГК РФ);

– применение права страны с множественностью правовых систем (ст. 1188 ГК РФ);

– коллизионная взаимность (ст. 1189 ГК РФ);

– институт обратной отсылки (ст. 1190 ГК РФ);

– установление содержания иностранного права (ст. 1191 ГК РФ);

– оговорка о публичном порядке в позитивном и негативном смысле (ст. 1192, 1193 ГК РФ).

Международное конкурсное право (транснациональное банкротство, трансграничная несостоятельность) – самостоятельная отрасль в системе МЧП. В нормативной структуре МЧП нормы, регулирующие международное конкурсное право, занимают особое место вследствие их материально-процессуальной природы. Некоторые национальные кодификации специально подчеркивают включение отношений сферы транснационального банкротства в предмет регулирования законодательства о МЧП. Современные тенденции регулирования трансграничной несостоятельности позволяют говорить о нем как о самостоятельной отрасли МЧП.

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

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

Доктрина

В отечественной доктрине принято считать, что МГП входит в состав МЧП как отрасли правоведения. С точки зрения отраслевой принадлежности, МГП определяется как совокупность специальных норм национального гражданского процесса. Одновременно признается, что «иностранный элемент порождает как материальные, так и процессуальные последствия» (Л. А. Лунц).

Зарубежная доктрина придерживается иных позиций – в англо-американской науке принят «процессуальный» подход: «Международное частное право… представляет собой отдельное звено английской правовой системы… оно решает один (или более чем один) из… вопросов: 1) юрисдикция английского суда; 2) выбор права; 3) признание и исполнение решений иностранных судов» (Дж. Чешир, П. Норт).

В доктрине ФРГ международный гражданский процесс считается самостоятельной отраслью национального права: «Международный гражданский процесс… не является придатком МЧП. Скорее наоборот,

первый чаще обладает преимуществом». Международное гражданское процессуальное и международное частное право являются дополнением друг к другу, т. е. имеют равноценный, а не соподчиненный характер (Х. Шак).

В российской литературе высказывается точка зрения, что «международное частное право регулирует не только гражданские, семейные, трудовые, но и процессуальные права иностранных граждан, предприятий, организаций и лиц без гражданства» (Н. И. Решетникова, В. В. Ярков). Эту позицию разделяют и другие авторы (Л. П. Ануфриева, Н. Ю. Ерпылева).

Современное национальное законодательство о МЧП одновременно регулирует и вопросы МГП – в Указе Венгрии подчеркивается: «Настоящий Указ принимается… в целях определения:

– право какого государства следует применять, если в… правоотношениях участвует… иностранный элемент;

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

Кодекс Туниса устанавливает: «Положения настоящего Кодекса имеют целью определение для международных частно-правовых отношений:

1) судебной компетенции тунисских юрисдикционных органов;

2) действия на территории Туниса иностранных постановлений и решений;

3) иммунитетов от юрисдикции и принудительного исполнения судебных актов;

4) применимого права».

Процедура рассмотрения частно-правовых споров, связанных с иностранным правопорядком, сопряжена с применением различных категорий МЧП: национальный режим, установление содержания иностранного права, оговорка о публичном порядке. Материально-правовое регулирование невозможно без предварительного решения процессуальной и коллизионной проблем.

Выбор национальной юрисдикции предопределяет не только процессуальный порядок рассмотрения спора, но и коллизионное регулирование соответствующих отношений. МЧП применяется, в конечном счете, именно в правоприменительной практике. Это свидетельствует в пользу объединения МЧП и МГП и позволяет выделить МГП в качестве самостоятельной отрасли в системе МЧП.

Международный коммерческий арбитраж (МКА) – это отрасль МЧП как системы права. Нормы, регулирующие деятельность международного коммерческого арбитража, занимают в системе МЧП обособленное положение.

Международный коммерческий арбитраж представляет собой особое, специфическое явление правовой реальности. В доктрине по вопросу правовой природы арбитража разработано три концепции: гражданско-правовая, процессуально-правовая и смешанная. Ни одна из этих концепций не является общепринятой. МКА – это общественная, негосударственная организация, третейский суд. Арбитражное соглашение (основа компетенции МКА) представляет собой гражданско-правовой контракт, порождающий процессуальные последствия. МКА имеет смешанную (материально-процессуальную) природу, так же как нормы международного конкурсного права.

Во многих национальных кодификациях МЧП отсутствуют нормы, регулирующие коммерческий арбитраж. В некоторых государствах (например, в Китае, России, Швеции) деятельность МКА регламентируется на основе специальных законов. В то же время не меньшее число национальных законодателей включают вопросы МКА в единый закон о МЧП (Швейцария, Турция, Румыния). Такой путь представляется более эффективным,

поскольку кодификация основных правил регулирования отношений, связанных с иностранным правопорядком, в одном акте облегчает и ускоряет процесс правоприменения.

В отечественной доктрине высказана точка зрения, что МКА и МГП потенциально могут претендовать на статус подотраслей в отдельной отрасли МЧП «защита гражданских прав в международном обороте» (Л. П. Ануфриева). В эту отрасль включаются нормы, регламентирующие государственные судебные и альтернативные средства защиты. Однако и МГП, и МКА уже представляют собой целостные, обособленные совокупности норм, имеющих свой предмет и метод регулирования, устойчивую структуру и даже систему специальных коллизионных привязок. Более справедливо позиционировать МГП и МКА как отдельные отрасли в системе МЧП. Кроме того, МГП и МКА – это принципиально различные институты, поэтому объединение их в одну отрасль МЧП вряд ли является корректным.

В учебнике отдельной темой выделен раздел «Международное частное право и Интернет». Разумеется, совокупность норм, регулирующих частно-правовые интернет-отношения, нельзя структурировать как особую, самостоятельную отрасль МЧП – вопросы правового регулирования конкретных интернет-отношений включаются в соответствующие отрасли и институты МЧП. Выделение их в отдельную тему обусловлено только удобством изучения.

1.3
Общие принципы международного частного права

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

Термин «принцип» используется в МЧП для определения различных правовых понятий:

– коллизионные привязки – закон страны суда (принцип права страны суда), закон места нахождения вещи (принцип места нахождения вещи);

– механизм «автономии воли» сторон (принцип автономии воли);

– правовой статус государства и его собственности во взаимоотношениях с частными лицами (принцип иммунитета государства);

– определение правил международной торговли и пребывания иностранных лиц на территории других государств (принцип национального режима).

Доктрина

Принципы МЧП – это «определенные постоянные правила, вытекающие из требования рационального урегулирования наиболее типичных случаев (особенно в сфере коллизионного права)». Они представляют собой «попытку обобщить урегулирование прецедентов коллизионного права, усилить тенденцию к формулировке определенных фундаментальных правил». Основные принципы МЧП: принцип свободного выбора сторонами права, подлежащего применению; принцип locus regit formam actus, применяемый к формальным требованиям правовых актов; принцип legis rei sitae, применяемый… относительно прав in rem к недвижимым и движимым вещам».

Нельзя утверждать, что нормы, предопределяющие или ограничивающие деятельность государств в области МЧП (locus regit actum, lex rei sitae, lex voluntatis), напрямую закреплены в международном публичном праве. Такие нормы являются «общими принципами права, признанного цивилизованными нациями» в смысле ст. 38 (с) Статута Международного суда ООН (г. СанФранциско, 26 июня 1945 г.). При этом «коллизионные нормы, связывающие государства в области МЧП, только деюре отвечают общим принципам права, признанного цивилизованными нациями». Основным принципом МЧП можно считать обязанность государств в определенных случаях применять иностранное право (П. Каленский).

Основными (общими) принципами МЧП можно считать определенные в п. «с» ст. 38 Статута Международного суда ООН «общие принципы права, свойственные цивилизованным нациям». Господствующая концепция относительно природы общих принципов права – это общие юридические правила, которые используются при применении конкретных правовых норм, при определении прав и обязанностей субъектов права. Общие принципы права представляют собой традиционные правовые постулаты, приемы юридиче-

ской техники, некие юридические максимы, выработанные в преторском праве и юриспруденции Древнего Рима (закон не имеет обратной силы, закон последующий отменяет закон предыдущий). Это основа глобальной правовой системы, основа международного и национального права, часть юридической культуры общества, ориентир для всеобщих представлений о праве.

ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

Особое значение среди общих принципов права имеет принцип справедливости и доброй совести. Статья 38 Статута устанавливает обязанность Международного суда принимать решение на основе международного права, но при этом не ограничивается его право разрешать дело по справедливости и доброй совести (ex aequo et bono), если стороны с этим согласны. Обязанность Международного суда разрешать споры на основе aequo et bono презюмирует применение Судом общих принципов права. Точно так же деятельность третейских судов в качестве дружеских посредников, обязанных при рассмотрении споров из международных коммерческих контрактов руководствоваться правилами aequo et bono, презюмирует применение общих принципов права.

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

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

1.4
Специальные принципы международного частного права

Специальные принципы МЧП – «это безусловные формально-определенные правила поведения, представляющие собой наиболее общие нормы международного частного права, способствующие выделению всех его нормативных предписаний в особую подсистему национального права… основополагающие нормы прямого действия национального права» (Л. П. Ануфриева).

Принципы МЧП по сравнению с принципами других подсистем национального права обладают серьезной спецификой. Основная функция МЧП – «способствовать совместной жизни различных юридических систем» (А. Батиффоль, П. Лагард). Принципы МЧП, с одной стороны, связывают национальные правовые системы между собой, а с другой – юридически связывают международное и национальное право.

Автономия воли участников правоотношения – главный специальный принцип МЧП. Автономия воли лежит в основе всех имущественных и связанных с ними неимущественных правоотношений между частными лицами (принцип свободы договоров; свобода иметь субъективные права или отказаться от них; свобода обращаться в государственные органы за их защитой или терпеть нарушения своих прав). Современная тенденция МЧП – максимально широкое применение автономии воли сторон (трудовые договоры, потребительские сделки): «Исходным принципом российского законодательства при определении права, подлежащего применению к правам и обязанностям сторон по внешнеэкономической сделке, является принцип автономии воли сторон» (М. М. Богуславский).

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

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

Принцип предоставления определенных режимов – национального, специального (преференциального или негативного), режима наибольшего благоприятствования. Национальный и специальный режимы в основном предоставляются иностранным физическим лицам; режим наибольшего благоприятствования – иностранным юридическим лицам. Преференциальный (особо льготный режим) предоставляется физическим (жители приграничных областей) и юридическим (наиболее крупные иностранные инвесторы) лицам.

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

актах. Фактически правовой статус иностранцев основан на принципе режима наибольшего благоприятствования.

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

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

Основной источник взаимности – национальное законодательство. Нормы национального права о взаимности представляют собой односторонние акты государства, т. е. это заявление государства, адресованное неограниченному кругу субъектов международных отношений, выраженное в нормативном акте и влекущее правовые последствия (Л. Н. Галенская).

В американской доктрине подчеркивается, что между Российской Федерацией и США нет двустороннего международного договора по гражданским делам и США, в отличие от России, не участвуют в Гаагской конвенции по вопросам международного гражданского процесса (1954 г.). Однако судья Федерального суда США по международной торговле Э. Уоллок в 1999 г. подчеркнул, что американские суды склонны помогать российским коллегам на основе взаимности и не будут апеллировать к отсутствию международного договора при наличии ясно выраженной просьбы о правовой помощи.

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

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

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

ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

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

В доктрине высказывается мнение о существовании абсолютной и относительной взаимности. Абсолютная взаимность означает, что действия различных государств в отношении сходных вопросов являются зеркальным отражением друг друга. На практике примеров абсолютной (идеальной) взаимности привести невозможно. В действительности всегда имеет место относительная взаимность, которая реализуется в конкретном правоотношении

конкретными действиями правоприменительных органов определенных государств (Т. Н. Нешатаева).

Для МЧП наибольшее значение имеет деление взаимности на материальную и коллизионную. Проблемы коллизионной взаимности относятся к коллизионному праву. Материальная взаимность делится на собственно материальную (материальную в узком смысле) и формальную взаимность. Материальная взаимность выражается в предоставлении иностранным лицам той же суммы конкретных прав и правомочий, которыми национальные лица пользуются в соответствующем иностранном государстве. Формальная взаимность – в предоставлении иностранным лицам всех прав и правомочий, вытекающих из местного законодательства. Особенность формальной взаимности – иностранным лицам в другом государстве предоставляются и такие права, которыми они не пользуются в своей стране. В то же время иностранные лица не могут требовать предоставления прав, которыми они обладают в своей стране, если предоставление таких прав не предусмотрено законодательством соответствующего иностранного государства.

Материальная взаимность предоставляется в отдельных сферах – авторское право, право промышленной собственности, двойное налогообложение. Пример материальной взаимности: право инвестора на получение компенсации в случае принудительного изъятия его капиталовложений.

По общему правилу предоставляется формальная взаимность. Пример формальной взаимности – предоставление иностранным физическим лицам национального режима в сфере гражданской и гражданско-процессуальной правоспособности (ст. 1196 ГК РФ, ст. 398 ГПК РФ).

Принцип международной вежливости — один из старейших институтов МЧП; в XVII в. международная вежливость (comitas gentium) являлась предпосылкой применения иностранного права. Международная вежливость – это «акты добрососедства, дружелюбия, гостеприимства… предоставление льгот, привилегий и услуг иностранным государствам и их гражданам не в силу требований международно-правовых норм, а по доброй воле государства». Международная вежливость представляет собой международное обыкновение, т. е. правило поведения, которому государства следуют, не признавая его юридически обязательным (Л. П. Ануфриева).

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

ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

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

судебного поручения в порядке правовой помощи возможно и на условиях международной вежливости в отсутствие международного договора об оказании правовой помощи».

Наиболее распространенное применение принципа международной вежливости – «внедоговорная правовая помощь». При отсутствии специального международного соглашения о предоставлении правовой помощи государство вправе рассчитывать на оказание помощи на основе взаимности в порядке международной вежливости. Если государство без достаточных оснований отказывает другому государству в правовой помощи, такой отказ представляет собой нарушение принципа международной вежливости.

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

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

В доктрине высказывается точка зрения, что принцип недискриминации – это общепризнанный принцип международного права: «Недискриминационный режим распространяется на все государства без исключения, и если дискриминация имеет место, то это необходимо рассматривать как нарушение международного права» (Л. П. Ануфриева). Принцип недискриминации не нуждается в договорном закреплении, он непосредственно вытекает из суверенного равенства государств. Однако принцип недискриминации не входит в систему принципов международного публичного права; это общепризнанная норма МЧП всех государств – недопустимость дискриминации в частно-правовых отношениях.

Принцип недискриминации – «обратная сторона» принципа предоставления определенных режимов. Если в национальном законодательстве содержится общая норма о предоставлении иностранцам национального режима в области гражданской правоспособности, то необоснованное исключение из сферы действия данной нормы граждан какого-либо конкретного государства расценивается как дискриминация.

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

Реторсии иногда именуют «обратной взаимностью» (Л. П. Ануфриева).

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

Правительство РФ. Специальные предписания установлены в отраслевом законодательстве. Федеральный закон от 8 декабря 20003 г. № 164ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» предусматривает, что Правительство РФ может вводить меры ограничения внешней торговли (ответные меры), которые реализуются «в соответствии с общепризнанными принципами и нормами международного права, международными договорами Российской Федерации и в пределах, необходимых для эффективной защиты экономических интересов Российской Федерации».

1.5
Нормативная структура международного частного права

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

Доктрина

Основные теоретические концепции:

1. МЧП – совокупность только коллизионных норм. МЧП – это совокупность коллизионных (отсылочных) норм, регулирующих прикрепление к определенной правовой системе гражданских (семейных, трудовых и прочих цивилистических) правоотношений, осложненных иностранным элементом (Г. К. Матвеев).

2. МЧП включает в себя и коллизионные, и материально-правовые нормы. Эта позиция разделяется подавляющим большинством представителей современной доктрины. «Не существует никаких убедительных оснований, ни практических, ни теоретических, ограничивать предмет международного частного права только коллизиями законов» (П. Лялив). В данной концепции можно выделить несколько направлений:

а) нормативная структура МЧП состоит из двух видов норм – коллизионных и унифицированных (международных) материально-правовых (Л. А. Лунц, Г. К. Дмитриева). Только такие нормы отвечают предмету и методу МЧП, что предопределяет их объединение в самостоятельную отрасль права;

б) МЧП состоит из коллизионных, унифицированных материально-правовых и внутренних материально-правовых норм, предназначенных для регулирования отношений, образующих объект МЧП. «В сферу международного частного права необходимо включить все нормы, регулирующие гражданско-правовые отношения с иностранным элементом… Внутренние материальные нормы… которые непосредственно, без применения коллизионной нормы регулируют отношения с иностранным элементом… также следует включить в состав международного частного права» (М. М. Богуславский). В настоящее время большинство ученых придерживается «широкой конструкции МЧП», т. е. отнесения к нему, помимо коллизионных, и унифицированных материальных, и национально-правовых норм «прямого действия» (П. Каленский, Л. П. Ануфриева, О. Н. Садиков, Н. И. Марышева);

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

> международного коммерческого арбитража (Н. Ю. Ерпылева). МЧП – это комплекс норм, функция которых заключается в урегулировании гражданско-правовых отношений, содержащих иностранный элемент, включая производство с иностранным элементом по гражданским делам (З. Кучера).

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

Позиция доктрины в данном случае едина – все ученые включают коллизионные нормы в состав МЧП. «Коллизионная норма… отыскивает право, которое наиболее приемлемо для регулирования данных отношений… Коллизионные нормы не просто отсылают к определенной правовой системе, а участвуют в механизме правового регулирования, отражающем особенности общественных отношений с иностранным элементом» (О. Н. Садиков). В нормативной структуре МЧП коллизионные нормы играют основополагающую роль. Эта отрасль права возникла и развивалась как коллизионное право. До середины XX в. МЧП определялось как совокупность коллизионных норм. Понимание МЧП как коллизионного права сохранилось и в современном мире – американская доктрина «конфликтного» права, законодательство ряда государств (Швейцарии и Австрии), резолюции Института международного права.

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

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

Самоисполнимые нормы международного права создаются государствами, но адресованы национальным субъектам права, а не государству в целом. Такие нормы устанавливают конкретные права и обязанности непосредственных участников правоотношения – физических и юридических лиц, правоприменительных органов; конкретные правила поведения. Для имплементации самоисполнимых норм в национальное право не требуется вносить в него изменения, принимать специальные законодательные акты. Предписания международных договоров, содержащих самоисполнимые нормы, детальны и конкретны; для их имплементации, как правило, требуется только отсылка.

Механизм реализации самоисполнимых норм закрепляется в международном договоре или национальном праве. Например, договоры о правовой помощи устанавливают правила определения подсудности и применимого права в области дееспособности детей,

родителей, наследования. Этот международный механизм реализуется в форме простого исполнения (соблюдения) договорных норм национальными субъектами права.

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

Конституция РФ провозгласила международное право частью российского права (ч. 4 ст. 15): «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». По мнению отечественных ученых, эта норма декларирует признание любых норм международного права составной частью национальной правовой системы. В Конституции РФ закреплен принцип преимущественного применения международного права в случаях его противоречия с нормами национальных законов. Положения о примате (верховенстве) международного права при регулировании частно-правовых отношений сформулированы в отраслевом законодательстве (ст. 7 ГК РФ, ст. 10 ТК РФ, ст. 6 СК РФ, ст. 11 ГПК РФ, ст. 13 АПК РФ).

Согласно п. 1 ст. 7 ГК РФ общепризнанные принципы и нормы международного права, международные договоры РФ являются составной частью ее правовой системы, а в соответствии с п. 2 ст. 7 ГК РФ международные договоры РФ применяются к гражданско-правовым отношениям непосредственно. ГК РФ включает международные договоры РФ в число нормативных регуляторов таких отношений.

ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

В решениях международных правоприменительных органов подчеркивается, что на нормы международного права, создающие права для граждан, можно ссылаться в национальных судах. В решении Постоянной палаты международного правосудия по делу Danzig (1928 г.) отмечено: «Объект международного соглашения в соответствии с намерениями сторон может состоять в принятии определенных норм, которые создают индивидуальные права и обязанности, подлежащие защите в национальных судах». Палата определила главные признаки самоисполнимых норм: 1) намерение договаривающихся сторон создать прямые права и обязанности для граждан; 2) создание таких прав является объектом соглашения; 3) данные права подлежат защите в национальных судах независимо от акта имплементации международного соглашения в национальное законодательство. В решении по делу La Grand (2001 г.) Международный суд ООН подтвердил, что ст. 36 Венской конвенции о консульских сношениях (Вена, 24 апреля 1963 г.) создает права для граждан и позволяет воспользоваться этими правами при защите своих интересов в национальных судах.

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

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

Толкование унифицированных норм должно осуществляться не по правилам толкования норм национального права, а в соответствии с положениями международного права, закрепленными в Венской конвенции о праве международных договоров (г. Вена, 23 мая 1969 г.): «Договор должен толковаться добросовестно в соответствии с обычным значением, которое следует придавать терминам договора в их контексте, а также в свете объекта и целей договора». В соответствии с Венской конвенцией 1980 г. «при толковании настоящей Конвенции надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении».

Большинство современных ученых считают, что материальные нормы национального права также входят в нормативную структуру МЧП. Эта концепция представляется наиболее правильной.

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

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

2) «специальные национальные» нормы (ст. 31, 32, 33 Конституции РФ) – регулируют только отношения, не связанные с иностранным правопорядком;

3) «специальные иностранные» нормы (п. 4 ст. 124 СК РФ, Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях») – регулируют определенные отношения, в обязательном порядке связанные с иностранным правопорядком.

Именно «специально иностранные» нормы входят в структуру МЧП. Такие нормы регулируют не весь спектр частно-правовых отношений, а какую-то их часть, определенный круг вопросов. Эти нормы предназначены для регламентации отношений, возникающих в международной сфере. Во внутригосударственном праве «специальные иностранные» нормы образуют отдельную, самостоятельную нормативную группу.

Особенность таких норм – особый предмет регулирования (только отношения, связанные с иностранным правопорядком) и особый специальный субъект (иностранные лица либо лица местного права, вступающие в отношения, связанные с иностранным правопорядком). В качестве примера можно привести Закон Паскуа (Франция): «По истечении трехлетнего срока законного пребывания в целях определенной профессиональной деятельно-

сти иностранец может подать заявление на получение 10-летнего удостоверения в качестве лица, постоянно проживающего во Франции».

Довольно широкий круг отношений в сфере МЧП регулируется при помощи материальных норм национального права. Очень часто частно-правовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, не порождают коллизионного вопроса и проблемы выбора права. Такая ситуация складывается, как правило, в случаях, если в национальном законодательстве есть детальное материально-правовое регулирование масштабного круга отношений сферы международного общения. Например, в России приняты специальные законы о правовом положении иностранных инвестиций, о регулировании внешнеторговой деятельности, о налогообложении иностранных лиц. Наличие такого законодательства позволяет судам не ставить вопрос о том, право какого государство должно применяться, а регулировать международное гражданское правоотношение посредством специальных норм своего национального права.

> Национальные материально-правовые нормы содержат «элемент разрешения коллизионного вопроса». Материально-правовая норма национального права, предназначенная регулировать отношения, выходящие за рамки правопорядка одного государства, применяется: 1) когда к ней отошлет коллизионная норма; 2) непосредственно, «напрямую», в силу характера этой нормы, поскольку подобные предписания в основном выражены как императивные правила поведения. «Внутренней предпосылкой, как бы *имплицитно* (скрытно) присутствующей гипотезой» таких норм «является односторонняя коллизионная норма, обусловливающая применение отечественного правопорядка и императивно указывающая на сформулированное в норме правило поведения» (Л. П. Ануфриева).

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

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

Утверждая тезис о включении унифицированных и национальных материально-правовых норм в нормативную структуру МЧП, необходимо подчеркнуть, что речь идет не только о нормах «материального» права (гражданского, торгового, валютного, трудового), но и о процессуальных, и материально-процессуальных нормах (закрепленных в международных договорах и национальных законах). Многие кодификации МЧП определяют, что сфера действия соответствующего закона охватывает не только вопросы применимого материального права, но и международный гражданский процесс, международный коммерческий арбит-

раж, конкурсное право, нотариальные действия: «Настоящий Закон применяется к следующим вопросам, возникающим в сфере международного общения:

a) компетенция швейцарских судебных и административных органов;

b) применимое право;

c) условия признания и приведения в исполнение иностранных решений;

d) несостоятельность и мировое соглашение в конкурсном производстве;

e) арбитраж» (ст. 1 Закона Швейцарии о международном частном праве (1987 г.).

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

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

– конфликт унифицированных коллизионных и материальных норм друг с другом, конфликт внутренних коллизионных и материальных «специальных иностранных» норм друг с другом – на основе общих методов и способов правового регулирования. Материальные нормы снимают проблему выбора права и непосредственно разрешают частно-правовые отношения, связанные с иностранным правопорядком. Примат материально-правового метода регулирования установлен в ст. 1186 и 1211 ГК РФ;

– коллизия между унифицированными универсальными, региональными и двусторонними нормами при совпадающей сфере применения – на основе общепризнанных принципов международного права: вначале применяются нормы двусторонних соглашений, затем – региональных, потом – универсальных. Если универсальный или региональный договор содержит императивные предписания, государство не вправе отступать от них при заключении региональных и двусторонних соглашений по этому вопросу.

1.6
Методы регулирования в международном частном праве

Метод правового регулирования – это комплекс взаимосвязанных приемов и средств юридического воздействия на определенную область общественных отношений. Проблема методов правового регулирования – одна из ключевых в любой отрасли права. В МЧП данная проблема имеет особое значение. «Международное частное право имеет свои… методологические проблемы, являющиеся результатом того… что оно базируется на множестве юридических систем суверенных государств» (П. Каленский).

МЧП предназначено для регулирования частных имущественных и неимущественных отношений, связанных с правом двух и более государств. На регулирование одного и того же отношения претендуют несколько правовых систем, и возникает коллизия законов (краеугольное понятие МЧП). Разрешение данной коллизии представляет собой основную цель правового регулирования в МЧП. Это «предопределяет своеобразие комплекса юридического инструментария, используемого в МЧП, что позволяет выделить его особый метод» (Н. Ю. Ерпылева). Наличие связи частного правоотношения с иностранным правопорядком создает предпосылку для действия особого метода регулирования, позволяющего решить, право какого государства должно применяться в конкретном случае.

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

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

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

Коллизионный метод – отсылочный, косвенный, опосредованный метод, основанный на применении коллизионных норм. Суд производит выбор применимого права (разрешает коллизионный вопрос) и после этого применяет материально-правовые нормы избранной правовой системы. При применении коллизионного метода правило поведения, модель разрешения спора образует сумма двух норм, – коллизионной и материально-правовой, к кото-

рой отсылает коллизионная. Регулирование посредством коллизионного метода предполагает действие коллизионной нормы в сочетании с последующим действием материальной нормы определенного (национального или иностранного) правопорядка. В структуре коллизионной нормы заложен критерий выбора определенной национально-правовой системы.

Способы коллизионного метода – внутренний (при помощи норм национального коллизионного права) и унифицированный (посредством применения норм международных договоров «о применимом праве» и коллизионных норм комплексных международных соглашений). Коллизионный метод считается первичным и основополагающим в МЧП, поскольку основа самого МЧП – коллизионные нормы. Сущность коллизионного метода «заключается… в том, чтобы отыскать… связь между правоотношением с иностранным элементом и национальной правовой системой… и таким опосредованным способом, используя… материальное право, урегулировать международное частное отношение» (В. В. Кудашкин).

И внутренний, и унифицированный коллизионный методы обладают серьезными недостатками – неопределенность правового регулирования, отсутствие точного знания сторон о потенциально применимом праве, возможность отказа в признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений по причине неправильно выбранного права, неправильного толкования и применения иностранного права.

Доктрина

Коллизионный метод регулирования всегда квалифицировался как коренной метод МЧП. В этом методе проявлялась «специфика данной отрасли, он был единственным в своем роде, что позволило выделить МЧП в качестве самостоятельной отрасли права» (А. В. Зепалов). Однако уже в 20-х гг. XX в. доктрина неоднократно подчеркивала недостатки коллизионных норм и ограниченный характер коллизионного метода (В. М. Корецкий).

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

Национальные материально-правовые нормы «прямого действия» входят в структуру МЧП, включаются «в его юридическую базу, формирующую материально-правовой метод регулирования». И унифицированные, и национальные материальные нормы имеют однородный механизм действия. Применение материально-правового метода регулирования предполагает наличие особого инструмента – «имплицитной (подразумеваемой, скрытой) привязки к национальному правопорядку конкретного государства» (Л. П. Ануфриева). Имплицитная односторонняя привязка имеет место вне зависимости от международно-правовой или национально-правовой природы нормы «прямого действия».

В современном международном общении возрастает значение унифицированных материально-правовых норм и роль материально-правового метода регулирования (метод прямых предписаний). Этот метод является прямым (непосредственным) – правило поведения конкретно сформулировано в материально-правовой норме. Основной источник прямого метода – унифицированные материально-правовые нормы; национальные матери-

ально-правовые нормы непосредственно могут применяться при рассмотрении спора в «родном» суде.

Материальный метод имеет преимущества перед коллизионным. Прямой метод более удобен, он упрощает и ускоряет разрешение спора, поскольку при его применении отсутствуют проблемы выбора права и необходимость применения иностранного законодательства. Основные достоинства материального метода – определенность (применимое право известно заранее), известность правового регулирования для сторон, применение в первую очередь унифицированных международных норм. В российском законодательстве установлен примат унифицированного материально-правового метода над коллизионным (п. 3 ст. 1186 и п. 6 ст. 1211 ГК РФ). Коллизионный метод играет субсидиарную роль – он применяется при отсутствии прямых материально-правовых предписаний.

Несмотря на все сказанное, при разрешении частно-правовых споров, связанных с иностранным правопорядком, в практике судов и арбитражей продолжает доминировать коллизионный метод регулирования. Большинство государств в основном признает и исполняет на своей территории решения иностранных судов, если такие решения основаны на национальном праве данного государства, т. е. иностранный суд при решении вопроса о применимом праве избрал право того государства, на чьей территории судебное решение должно быть признано и исполнено.

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

Тема 2
Источники международного частного права

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

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

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

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

Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2001.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

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

2.1
Понятие и специфика источников международного частного права

Источник права – это форма существования нормы права (юридически обязательного правила поведения). Юридически обязательное правило поведения выражается в определенной форме, которая представляет собой основу признания такого правила в качестве нормы права. В МЧП термин «источники права» применяется «в смысле познания юридических правил, правовых форм, в которых содержится право и которые служат познанию содержания и текста юридических правил» (З. Кучера).

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

Доктрина

Основные воззрения доктрины об источниках МЧП выглядят следующим образом.

1. Концепция «двойственности» источников МЧП (две самостоятельные категории источников – национальные и международные). «Прилагательное «международный» в понятии «международное частное право» относится к объекту регулирования, а не к его источникам, которые одновременно являются и внутренними, и международными» (П. Мейер, В. Езе).

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

3. Концепция «комплексности» источников МЧП: «Внешним проявлением комплексного характера МЧП выступает наличие разных по своей природе источников права, формирующих данную правовую систему» (Н. Ю. Ерпылева).

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

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

Международно-правовыми источниками МЧП выступают международный договор, международный обычай, международное коммерческое право.

В Конституции РФ установлено: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы» (ст. 15). Можно утверждать, что международное право в соответствии с общей нормой Конституции РФ является источником всех отраслей российского права, что прямо закреплено в отраслевом законодательстве (ст. 1, 355, 356 УК РФ; ст. 1, 413 УПК РФ; ст. 8 ТК РФ; ст. 7 ГК РФ).

Основные законы других государств содержат аналогичные положения. В ст. 55 Конституции Франции закреплено: «Договоры и соглашения, должным образом ратифицированные и одобренные, имеют силу, превышающую силу внутренних законов…». В конституциях Дании и Нидерландов указано, что обычные нормы международного права действуют в этих государствах непосредственно. В современной правовой системе нормы международного права являются источником национального права большинства стран мира.

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

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

Представляется, что «упоминание о приоритете международного договора обусловливается предписаниями прежде всего Конституции РФ… ч. 4 ст. 15, ч. 1 ст. 17, ч. 1, 3 ст. 62, ч. 1 ст. 63 и др.» о примате международного права над национальным (Л. П. Ануфриева). Данное положение можно понимать как норму, разрешающую коллизию «между двумя внутригосударственными нормами. Одна из них – правило общего характера, содержащееся во внутреннем законодательстве, а вторая – специальное изъятие из нее, вытекающее из… международного договора… Второй норме отдается предпочтение» (М. М. Богуславский).

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

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

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

Национальный источник МЧП – вся внутренняя правовая система, весь правопорядок данного государства. Такой подход при определении национальных источников МЧП связан с тем, что его основополагающей частью являются коллизионные нормы, отсылающие не к конкретному закону, а ко всей правовой системе, всему правопорядку в целом. На первом месте среди внутренних источников стоят законы и подзаконные акты. Во многих государствах приняты специальные законы о МЧП. Но и в таких государствах гражданское, торговое, семейное, трудовое, гражданско-процессуальное, арбитражное законодательство является источником МЧП. Немаловажное место среди источников занимают национальные правовые обычаи в сфере МЧП (следует отметить ограниченное количество таких обычаев). Конкретные вопросы регулирования частно-правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, в основном регламентируются во внутригосударственных подзаконных актах, ведомственных и межведомственных инструкциях, которые также входят в правовую систему государства и выступают в качестве источников МЧП. Национальная судебная и арбитражная практика выделяется как самостоятельный источник, но это также часть национального правопорядка, поэтому судебную практику можно отнести и к национальному праву как источнику МЧП.

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

2.2
Национальное законодательство России

Национальное право является основным и первостепенным источником МЧП как системы национального права. Основную роль в создании норм МЧП играют национальные законы.

В российском праве отсутствует отдельный закон о МЧП, хотя несколько проектов закона СССР о МЧП были разработаны в 70–80-х гг. XX в. Всесоюзным НИИ советского законодательства. К сожалению, полной кодификации российского МЧП произвести не удалось, специальный закон о нем не рассматривался даже на уровне законопроекта. В отечественном праве произведена межотраслевая кодификация – в ГК РФ и СК РФ, в КТМ РФ, в ГК РФ и АПК РФ включены специальные главы и разделы, регулирующие частно-правовые отношения с иностранным элементом. Основные источники российского МЧП – разд. VI ГК РФ, разд. VII СК РФ, гл. XXVI КТМ РФ, разд. V ГПК РФ, гл. 31–33 АПК РФ.

В КТМ РФ закреплены коллизионные нормы для определения применимого права в отношении флага судна, столкновения судов, обязательств из загрязнения моря с судов, других отношений, складывающихся в ходе международного торгового мореплавания. В СК РФ коллизионные нормы содержатся в разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениями с участием иностранных граждан и лиц без гражданства». Они определяют применимое право по вопросам брачно-семейных отношений с иностранным элементом.

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

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

– общий порядок определения права, применимого к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом (ст. 1186);

– квалификацию юридических понятий при определении применимого права (ст. 1187);

– применение права страны с множественностью правовых систем (ст. 1188);

– коллизионную взаимность (ст. 1189);

– обратную отсылку (ст. 1190);

– порядок установления содержания норм иностранного права (ст. 1191);

– применение российских и иностранных императивных норм (ст. 1192);

– оговорку о публичном порядке (ст. 1193);

– применение реторсий (ст. 1194).

Статья 1186 ГК РФ (как и ст. 414 КТМ РФ) легализовала доктринальную конструкцию «отношение, осложненное иностранным элементом». Однако в ст. 1186 ГК РФ и ст. 414 КТМ РФ понятие «отношение, осложненное иностранным элементом» сформулировано по-разному. Многие современные кодификации МЧП вообще отказались от применения конструкции «иностранный элемент» (законы о МЧП Венесуэлы, Грузии, Италии, Туниса). В этих

кодификациях специфика отношений сферы МЧП определяется посредством связи таких отношений с иностранным правопорядком.

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

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

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

– норма иностранного права не применяется в исключительных случаях, т. е. такой отказ – это чрезвычайное явление (Л. П. Ануфриева);

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

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

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

В АПК РФ, ГПК РФ, СК РФ и в других законодательных актах закреплено иное юридическое содержание оговорки о публичном порядке. В результате между положениями различных нормативных актов возникает трудно разрешимая коллизия. Как суд должен применять оговорку о публичном порядке при рассмотрении споров из брачно-семейных отношений, например усыновление детей российскими гражданами за границей (регулирование этого вопроса в СК РФ отсутствует)? Исходя из смысла ст. 2 ГК РФ, ст. 4 СК РФ и общего принципа права lex posteriori derogat lex priori (закон последующий отменяет закон предыдущий), следует использовать ст. 1193 ГК РФ. Однако СК РФ – это специальный закон, регулирующий конкретный вид частно-правовых отношений. В силу принципа lex specialis derogat lex generalis (закон специальный отменяет закон общий) применению подлежит ст. 167 СК РФ. Кроме того, согласно ст. 4 СК РФ к семейным отношениям гражданское законодательство применяется в том случае, если такие отношения не урегулированы СК РФ. Институт публичного порядка в СК РФ урегулирован, но сформулирован иначе, чем в ГК РФ, – в ст. 167 СК РФ не указано, что норма иностранного права не применяется *в исключительных случаях*, когда последствия ее применения *явно* противоречат российскому публичному порядку. Следует подчеркнуть, что наиболее часто проблема оговорки о публич-

ном порядке возникает именно в брачно-семейных отношениях, связанных с иностранным правопорядком (Л. П. Ануфриева).

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

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

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

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

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

Доктрина

Многие отечественные ученые считают, что включение специального раздела «Международное частное право» в ГК РФ вызвано необходимостью подчинения норм МЧП основным началам гражданского права, сложившейся в России законодательной традицией, особым положением ГК РФ в системе гражданского законодательства. «Раздел VI Гражданского кодекса служит этапной вехой в развитии российского МЧП, так как законодателю удалось найти баланс между гибкостью и определенностью регулирования не в ущерб его адекватности» (И. С. Зыкин).

Против создания единого комплексного закона о МЧП высказываются следующие доводы.

1. В МЧП сравнительно немного положений, которые действительно являются общими для всех его частей. Это в основном положения о статусе иностранцев. Иные положения, которые считаются общими, как правило, регулируют процесс правоприменения (правила о коллизионной взаимности, об установлении содержания иностранного права, о публичном порядке, применении реторсий).

2. Связь коллизионных норм гражданского, семейного, трудового права с материальными нормами соответствующих отраслей теснее, чем между собой.

Некоторые представители отечественной доктрины отстаивают позицию «кумулятивной кодификации», т. е. принятие небольшого по объему закона о МЧП, предмет которого могли бы составить его общие институты (проблемы квалификации, обратной отсылки, оговорки о публичном порядке, обхода закона, установления содержания иностранного), и кодификацию других норм МЧП в отраслевых кодексах – Гражданском, Семейном, Трудовом (А. Л. Маковский).

Большинство представителей отечественной доктрины придерживаются точки зрения, что произведенная в Российской Федерации кодификация МЧП не только не устранила существовавшие проблемы, а еще более их усугубила (Л. П. Ануфриева, А. Н. Жильцов, А. И. Муранов). Имеют место разрозненность, множественность и противоречивость актов, регулирующих отношения сферы МЧП. Нормы МЧП, закрепленные в ГК РФ, нацелены на регулирование только небольшой части отношений сферы МЧП (отношений гражданско-правового характера; отсутствует регламентация брачно-семейных, трудовых или иных частно-правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком).

Такие специфические отношения должны регламентироваться единым всеобъемлющим актом, который охватывал бы основные «блоки» общественных отношений, связанных с иностранным правопорядком. К тому же наличие в основном источнике гражданского права России (ГК РФ) раздела «Международное частное право» может повлечь за собой вывод, что МЧП представляет собой отрасль гражданского права. Включение «Международного частного права» в часть третью ГК РФ привело к произвольному искажению «объектной сферы действия МЧП» (Л. П. Ануфриева).

Сторонники отраслевой кодификации коллизионного права умаляют значение общих положений МЧП, определяющих порядок применения не только иностранного права, но и самих коллизионных норм. Положения о квалификации права, обратной отсылке, институте публичного порядка применяются и в коллизионном регулировании, и в международном гражданском процессе. Такие нормы должны быть закреплены в едином комплексном законе о МЧП. Их отсутствие в отраслевых кодификациях МЧП приведет к неправильному применению коллизионных норм. С другой стороны, дублирование аналогичных норм в различных нормативных актах усложнит механизм коллизионного регулирования и «запутает отечественных судей, и без того не слишком благосклонно относящихся к разрешению коллизионных вопросов» (В. Кисиль).

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

Межотраслевая кодификация российского МЧП предпринята сравнительно недавно (1995–2003 гг.), однако все законодательные акты характеризуются большим количеством пробелов и других серьезных недостатков. Основные пороки российского законодательства о МЧП: неопределенность формулировок и правоположений; наличие «отсылочных» и «бланкетных» коллизионных норм; постоянная необходимость применения аналогии права и закона; практическая невозможность непосредственного применения норм ГК РФ (без толкования и разъяснения пленумами судов высшей инстанции); полное отсутствие коллизионного регулирования валютных, земельных и трудовых отношений, связанных с иностранным правопорядком.

Полномасштабная кодификация МЧП имеет серьезные преимущества по сравнению с межотраслевой – меньшее количество пробелов, отсутствие «взаимных отсылок» и необходимости применять различные нормативные акты, меньше оснований для не всегда корректного применения аналогии права и закона. «Вызывает сожаление, что российский законодатель, включив в Гражданский кодекс РФ особый раздел, именуемый «Международное частное право», что подразумевает регулирование не только гражданских, но и других отношений, пошел по иному пути» (Л. П. Ануфриева).

2.3
Национальное законодательство иностранных государств

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

1) отдельный закон о МЧП (Австрия, Венгрия, Венесуэла, Лихтенштейн, Тунис, Турция, Швейцария, Украина);

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

3) межотраслевая кодификация: основные вопросы МЧП регламентируются в рамках отраслевых кодификаций – гражданского, торгового, семейного, трудового, гражданско-процессуального кодексов (Россия, Армения);

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

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

В процессе национальных кодификаций МЧП можно выделить следующие этапы.

1. Вторая половина XIX в. – 60-е гг. XX в. Отдельные нормативные акты по МЧП принимаются в Швейцарии (1891 г.), Японии (1898 г.), Польше (1926 г.). В других государствах в рамках кодификации гражданского права разрабатывается коллизионное регулирование в самом кодексе, либо принимается специальный вводный закон: например в Германии (1896 г.), Бразилии (1942 г.), Египте (1948 г.). В некоторых государствах вводятся специальные законы, содержащие коллизионное регулирование отдельных правовых институтов: так, в Финляндии с 1929 г. действует закон, регулирующий семейно-правовые отношения международного характера.

2. Начало 60-х – конец 70-х гг. XX в. Появление первых кодификаций МЧП в Чехословакии (1963 г.), Албании (1964 г.), Польше (1965 г.). Специальные нормативные акты по коллизионным вопросам приняты в Кувейте (1961 г.), Южной Корее (1962 г.). В гражданские кодексы Португалии (1966 г.) и Испании (1974 г.) включены разделы о коллизионном праве. В ГПК Польши (1964 г.) включен специальный раздел по вопросам МГП; в Ливане (1967 г.) и Греции (1971 г.) приняты акты по МГП.

3. Конец 70-х гг. XX в. – настоящее время. Специальные акты кодификации МЧП принимают Венгрия (1979 г.), Турция (1982 г.), Швейцария (1987 г.), Румыния (1992 г.), Италия (1995 г.), Венесуэла (1998 г.), Эстония (2002 г.), Украина (2005 г.). Специальные законы по отдельным вопросам МЧП принимаются в Англии (1995 г.), Нидерландах, Бельгии, Швеции (80–90-е гг. XX в.).

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

собой частную (доктринальную) общефедеральную кодификацию МЧП, имеющую рекомендательный характер.

Первоисточник французского МЧП – Французский гражданский кодекс 1804 г. (ФГК). Он является «старейшим из существующих в настоящее время гражданских кодексов, содержащих нормы МЧП» (Л. А. Лунц). Первоначально этот нормативный акт содержал всего несколько норм (16 статей), посвященных МЧП, – коллизионные правила одностороннего и императивного характера (предусматривающие применение французского права).

В порядке интерпретации этих норм и на их основе практика французских судов сформулировала обширный конгломерат коллизионных норм по различным видам частно-правовых отношений. «Многие нормы Гражданского кодекса, посвященные международному частному праву, имеют неопределенное общее содержание, позволяющее толковать их поразному и так восполнять пробелы в законодательстве. Путем толкования суды постоянно развивали, расширяли или сужали сферу действия этих норм, приспосабливая устаревшие нормы ФГК к новым социальным условиям» (М. Н. Клевченкова). Развитие французского МЧП долгое время осуществлялось посредством судебной практики (учитывая при этом, что Франция не является страной прецедентного права).

Современные коллизионные нормы появились в ФГК только в третьей четверти XX в. (1972 г. – коллизионное регулирование института происхождения; 1997 г. – нормы, связанные с выбором права в брачных отношениях). Особое значение для МЧП Франции имеет ст. 3 ФГК, в которой установлено, что «законы благоустройства и безопасности обязательны для всех, проживающих в стране… Недвижимости, даже принадлежащие иностранцам, подчинены французскому закону… Законы, относящиеся к состоянию и правоспособности лиц, распространяются на французов, даже проживающих за границей». Судебная практика и решения Кассационного суда на основе ст. 3 ФГК создали два основных коллизионных правила (личный статут подчиняется праву гражданства, вещный – закону места нахождения имущества), т. е. односторонние коллизионные нормы в порядке интерпретации были превращены в двусторонние.

«В вопросах международного частного права судебная практика во Франции играет роль основного источника права. Вследствие того, что неправильное применение иностранного закона не служит кассационным поводом, в коллизионных вопросах приобретают большое значение решения судов первой и второй инстанций» (Л. А. Лунц). Французская доктрина уже давно выступает за принятие специального комплексного закона о МЧП. В настоящее время разработано несколько вариантов такого закона.

Исследование истории национальных кодификаций в сфере МЧП демонстрирует неизбежность отделения законодательства о МЧП от иного отраслевого законодательства. Специальные законы о МЧП имеют четкую структуру, позволяют осуществить комплексный подход к регулированию правоотношений, связанных с иностранным правопорядком. Характерная черта современных кодификаций МЧП – включение в законы о МЧП разделов, посвященных вопросам МГП: гражданская процессуальная право и дееспособность иностранцев, международная подсудность, выполнение поручений иностранных судов, признание и исполнение иностранных судебных решений. Эти институты тесно связаны с институтами коллизионного регулирования и подчиняются общим правилам МЧП. Они являются органичной частью комплексных законов о МЧП, в то время как включение таких процессуальных норм в гражданские кодексы представляется нелогичным (В. Кисиль).

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

2.4
Международный договор

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

Между договорами в области международного публичного и международного частного права есть существенные различия. Создателем (субъектом) и адресатом норм международных соглашений в международном публичном праве одновременно выступает само государство. Государство создает нормы международного публичного права, самому себе их адресует и на себя же возлагает ответственность за их нарушение. Нормы международных соглашений, регулирующих отношения в сфере публичного права, как правило, являются несамоисполнимыми. Они адресованы государству в целом и не могут быть применены в национальном праве без издания специального внутригосударственного акта, конкретизирующего такие нормы и приспосабливающего их для действия в национальном праве.

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

Доктрина

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

1. Сущность международно-правовых норм, регулирующих международные частно-правовые отношения, дуалистична. Такие нормы сохраняют все изначальные свойства норм международного права. С другой стороны, в национальном правопорядке они действуют в качестве внутренних норм. Дуалистический характер международно-правовых норм определяет их особую роль в МЧП (Л. А. Лунц, И. С. Перетерский, М. М. Богуславский).

2. Международные договорно-правовые нормы могут непосредственно применяться для регулирования отношений между субъектами национального права. Норма международного договора не является нормой национального права, но это не означает, что она не способна регулировать внутренние отношения (С. Б. Крылов, Л. Н. Галенская, А. И. Минаков).

3. Правило поведения, сформулированное в международном договоре и предназначенное для субъектов национального права, не является правовой нормой, это «преднорма», т. е. «разросшаяся часть диспозиции международной нормыобязательства». Такое правило поведения станет нормой права в результате придания ему юридической силы со стороны государства (Л. П. Ануфриева).

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

ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

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

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

федерального закона, имеют приоритет по отношению к подзаконным нормативным актам РФ (п. 8).

Международный договор остается в системе международного права и не превращается в акт внутреннего законодательства. Договоры по частно-правовым вопросам нацелены на выработку унифицированного регулирования имущественных и связанных с ними неимущественных отношений между разнонациональными субъектами. Имплементация норм международного договора в национальное право означает, что в пределах суверенной территории государства применяются нормы, воплощающие не только его собственную волю, но и согласованную волю других суверенных государств.

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

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

Значительно более успешна кодификация МЧП посредством заключения международных конвенций регионального характера. В современном мире существует единственная межгосударственная кодификация МЧП на региональном уровне – Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте) (Гавана, 20 февраля 1928 г.) (участники – государства Центральной и Южной Америки). Кодекс Бустаманте – это полномасштабная кодификация унифицированных региональных коллизионных норм, которые действуют и применяются судами государств-участников. Кодекс представляет собой до сих пор непревзойденную межгосударственную унификацию коллизионного права. В 60-х гг. XX в. был создан Международный симпозиум по Кодексу Бустаманте – универсальная межправительственная международная организация, членами которой являются государства разных регионов (Польша, Австрия, Египет и др.).

Региональные конвенции по вопросам сотрудничества в области МЧП заключаются в рамках различных международных организаций – например, Конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (г. Минск, 22 января 1993 г.; г. Кишинев, 7 октября 2002 г.), Европейская конвенция об усыновлении детей (г. Страсбург, 24 апреля 1967 г.), Европейская конвенция о правовом статусе внебрачных детей (г. Страсбург, 15 октября 1975 г.).

В п. 3 ст. 1186 ГК РФ установлено правило, исключающее применение коллизионных норм, если международный договор «непосредственно» регулирует соответствующие отношения. Это создает серьезные трудности для правоприменительного процесса. Право-

применитель обязан точно знать, какие именно международные договоры являются частью правовой системы Российской Федерации, иметь достоверные сведения об оговорках и их правовых последствиях. Некоторые государственные органы в пределах своей компетенции предпринимают издание соответствующих актов. Однако такие акты имеют «спорадический характер и не образуют юридически обязательной правовой основы для деятельности других государственных органов» (Л. П. Ануфриева).

2.5
Обычай в системе источников международного частного права

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

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

Обычай считается устной формой источников права. Это не означает отсутствия письменной фиксации международных правовых обычаев. Все обычаи (и национально-правовые, и международные) закрепляются в письменной форме. То, что этот источник права считается устным, означает, что запись обычаев производится в ненормативных актах (судебной практике, дипломатической переписке, односторонних заявлениях государства, частных неофициальных кодификациях). Специфика международного обычая в том, что он не может быть закреплен в нормативном акте.

Доктрина

Международный обычай определяется следующим образом:

1. Обычай может обязывать государство в результате его молчаливого или подразумеваемого согласия. В формировании обычая выделяются два элемента: объективный – совпадающая практика государств и субъективный – признание субъектами международного права за правилом, сложившимся в результате такой практики, юридически обязательной силы (С. Войтович).

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

3. «Обычаями в качестве источников МЧП являются международные правила поведения, признанные в качестве юридически обязательных

государством, которое… властным велением делает их обязательными для своих национально-правовых субъектов» (Л. П. Ануфриева).

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

Доктрина

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

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

Большинство ученых отвергают концепцию обычного коллизионного права. Каждое государство обязано иметь коллизионное право, т. е. в определенных пределах признавать на своей территории действие иностранных законов. При этом не существует общеобязательных конкретных коллизионных норм, которые можно вывести из международного обычая (Э. Рабель). В практике международной торговли есть отдельные обычаи делового оборота, имеющие коллизионно-правовую природу: Унифицированные правила по инкассо (Публикация МТП № 522 в ред. 1995 г.) (п. «с» ст. 11) в отдельных случаях предусматривают определение обязанности возмещения на основе иностранных законов и обычаев. Однако такие нормы – редкое явление.

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

Представляется, что формулировка ст. 1186 подразумевает обычаи, «не обязательно имеющие международно-правовую природу, но относящиеся к международному гражданскому (торговому) обороту… Отсутствие прилагательного «международный» рядом с термином «обычай» позволяет сделать заключение… указанного толка» (Л. П. Ануфриева). В пользу такой интерпретации предписаний ст. 1186 ГК РФ свидетельствует постановление правления Торгово-промышленной палаты РФ от 28 июня 2001 г. № 11713 «Развитие законодательства о предпринимательстве и роль торгово-промышленных палат в этом процессе»,

которым подтверждено признание на территории России Международных правил толкования торговых терминов «Инкотермс-2000» торговым обычаем, но ничего не говорится об их признании как международно-правового обычая.

Законодательство многих государств по-иному определяет иерархию источников МЧП и возможность применения международных обычаев: ст. 424 разд. VII «Международное частное право» ГК Монголии устанавливает, что международно признанный обычай, который не противоречит монгольскому праву и международным договорам Монголии, может применяться в гражданско-правовых отношениях. Закон КНР о договорах (1999 г.) закрепляет: «Если законодательство… и международные договоры… не содержат определенных установлений, могут применяться международные обычаи».

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

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

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

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

В настоящее время международные торговые обычаи являются источником международного контрактного права: «Вопросы, относящиеся к коммерческим делам… регулируются коммерческими обычаями…» (ст. 28 Закона Южной Кореи о коллизиях законов). Статья 5 ГК РФ включает обычаи делового оборота в российскую правовую систему и определяет их соотношение с иными регуляторами гражданско-правовых отношений: обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются. В п. 6 ст. 1211 ГК РФ предусмотрено: если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, обозначаемых соответствующими торговыми терминами.

Особое место обычаев в регулировании банковских отношений, международной торговли и мореплавания объясняется тем, что долгое время эти отношения регламентировались только в обычно-правовом порядке. Многие положения ГК РФ содержат отсылку к обычаям делового оборота (п. 5 ст. 421, ст. 836, 848, 853, 862). Статья 459 ГК РФ, устанавли-

вающая правило о переходе риска случайной гибели или порчи вещи на груз в пути, предусматривает иное регулирование, если это предписывает обычай делового оборота (т. е. обычай делового оборота имеет приоритет перед диспозитивной нормой закона).

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

2.6
Международное коммерческое право (lex mercatoria)

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

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

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

Доктрина

Современная теория lex mercatoria разрабатывается в доктрине права с 50-х гг. XX в. Приведем основные точки зрения относительно lex mercatoria в зарубежной доктрине.

1. Lex mercatoria – это автономное право международной торговли, зародившееся спонтанно и не имеющее отношения к национальному праву и суверенным правомочиям государств. Обладая полномочиями, которыми их наделило государство, стороны могут при помощи контракта организовать и урегулировать свои отношения, используя тот источник права, который они сами выбирают, а не только национальное право (К. Шмитхофф).

2. Это дополнение к национальной правовой системе в виде последовательной консолидации обычаев и обыкновений международной торговли. «Lex mercatoria не существует в качестве права как такового. Транснациональное право не является упорядоченной, согласованной и достаточно полной совокупностью юридических правил» (К. Бергер).

3. Любые юридические нормы должны проистекать из государственного суверенитета либо признаваться им. Lex mercatoria не отвечает этому требованию, поэтому у сторон нет возможности избрать правопорядок, не основанный на национальном праве. «Если стороны приходят к соглашению о регулировании их отношений негосударственными правилами, данный выбор ничтожен, и применимое право определяется исходя из традиционных критериев» (А. Батиффоль, П. Лягард).

В российской доктрине международное коммерческое право не признавалось вплоть до конца 80-х гг. XX в. (государственная монополия внешней торговли). Только в начале 90-х гг. состоялось признание lex mercatoria как части международного публичного права и источника МЧП и в российской юридической науке. Lex mercatoria понимается как особый правопорядок, отличный от национального и международного права, автономная система (Г. К. Дмитриева). Это не означает, что lex mercatoria полностью независимо от национального правопорядка и представляет собой самодостаточную систему, исключающую национальную и международную юрисдикцию. Система lex mercatoria имеет вненациональный, но не наднациональный характер.

Современное национальное законодательство закрепляет привязку договорных обязательств к lex mercatoria: «Применяются… нормы, обычаи и принципы международного торгового права… общепринятые коммерческие обыкновения и практика…». При установлении статута договора на основе принципа тесной связи «принимаются в расчет общие принципы международного торгового права, принятые международными организациями» (Закон о МЧП Венесуэлы).

Многие страны (Нидерланды, ФРГ, Швеция, Финляндия) признают возможность обращения к «вненациональным» правовым системам в ходе разбирательства спора международным коммерческим арбитражем. В ГПК Франции установлено, что в третейском разбирательстве могут применяться нормы, не относящиеся к национальному праву: «Арбитр разрешает спор в соответствии с правовыми нормами, выбранными сторонами, а при отсутствии такого выбора – в соответствии с правовыми нормами, которые он сочтет подходящими к данному делу». Регламент Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты определяет, что при отсутствии соглашения сторон о выборе права арбитраж применяет закон или правовые нормы, которые считает наиболее подходящими. Упоминание о национальном праве в Регламенте отсутствует.

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

Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (г. Женева, 21 апреля 1961 г.) указывает, что «стороны могут по своему усмотрению устанавливать с общего согласия право, подлежащее применению арбитрами при решении дела по существу. Если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, арбитры будут применять закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой» (ст. 7). Приведенная формулировка подразумевает, что арбитры вправе обращаться только к национальному законодательству.

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

Основа lex mercatoria – резолюции-рекомендации международных организаций по вопросам внешней торговли (общие условия поставок, договоры-формуляры, договоры при-

соединения, типовые контракты, типовые регламенты, типовые законы). Эти документы исходят не непосредственно от государств, а создаются международными организациями. Участие государств в этом процессе ограничено, их воля выражается опосредованно: постольку, поскольку государства являются членами международных организаций. Нормативная основа негосударственного регулирования внешней торговли имеет рекомендательный характер, не обладает обязательной юридической силой; правила, принципы и нормы lex mercatoria – это открытый перечень.

ИЗ СУДЕБНОЙ ПРАКТИКИ

«Хрестоматийные» примеры выбора lex mercatoria в качестве подлежащего применению права: арбитраж по делу Sapphire (1963 г.) – стороны избрали в качестве применимых «принципы права цивилизованных стран в целом», арбитраж согласился руководствоваться автономией воли сторон. Женевский арбитражный суд в споре о соглашении по добыче нефти и газа (1987 г.) руководствовался «общепризнанными международными принципами права, регулирующими договорные отношения». Решение было оспорено в Апелляционном суде Англии, однако суд отклонил апелляцию, поскольку «нет причин для утверждения, что выбор в качестве применимого права «принципов права, общих для различных государств», каким-то образом вышел за рамки выбора, предоставленного арбитражу сторонами». Иногда арбитры ссылаются на «негативный выбор» (отсутствие выбора права) или на арбитражную оговорку как на «подразумеваемый выбор lex mercatoria» (О. Ландо).

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

Характеристика системы lex mercatoria как «негосударственного регулирования» не может иметь абсолютного характера. Если речь идет о документах ООН, УНИДРУА, ЮНСИТРАЛ, необходимо учитывать межправительственный характер таких организаций, участие представителей государств в разработке всех документов. Если речь идет о документах МТП и других международных неправительственных организаций, необходимо принимать во внимание, что их использование всегда осуществляется в рамках государственного правопорядка. «Ни один контракт не может говорить о своей собственной действительности, и ни одна правовая система не предоставляет абсолютной свободы договаривающимся сторонам, чье соглашение в любом случае подчинено публичному порядку и императивным нормам. Контракт, несомненно, является источником возникновения юридических прав, однако каждый контракт должен соответствовать некоторым установленным критериям» (Р. Гуд).

Разрешая автономию воли, государство допускает возможность выбора сторонами не только какой-либо национально-правовой системы, но и определенных вненациональных регуляторов. Одновременно, устанавливая императивные нормы, государство определяет те положения, которые стороны не вправе изменить или отменить. Любое регулирование, осуществляемое на территории государства, является государственным в том смысле, что никакое государство не допустит регламентации, противоречащей установленному национальному правопорядку (С. В. Бахин). Применительно к lex mercatoria можно говорить о «негосударственном регулировании» только как об установленной государством свободе договора (включая выбор права, применимого к контракту).

Разрозненные акты и документы, составляющие lex mercatoria, в основном не связаны между собой, могут дублировать друг друга или друг другу противоречить. В связи с этим нельзя утверждать lex mercatoria как целостную правовую систему. Правовая система «мыслится как структурированная совокупность правовых предписаний, предполагающая высокую степень взаимозависимости и иерархической соподчиненности составляющих элементов. Поскольку этого нет, считать lex mercatoria правовой системой едва ли правомерно» (С. В. Бахин). Lex mercatoria – это параюридическая система. «Lex mercatoria как существующая практика действенна точно так же, как и настоящий закон. Оно функционирует на периферии юридического процесса и является «мягким», но не «слабым» правом» (Р. Гуд).

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

– принцип добросовестности;

– принцип разумности;

– принцип обязательного соблюдения договоров;

– честная деловая практика.

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

Разработка Принципов УНИДРУА в большой степени уменьшила неопределенность lex mercatoria. В Принципах УНИДРУА предусмотрено: они могут применяться, если стороны согласились, что их контракт будет регулироваться «общими принципами права», «lex mercatoria» или аналогичными положениями. Эти документы рассматриваются как материализация идеи и кодификация lex mercatoria. В комментариях к Принципам УНИДРУА указано, что если ранее ссылки на lex mercatoria подвергались критике в связи с их неопределенностью, то теперь можно обратиться к «систематизированному и четко сформулированному своду норм». Обращение к Принципам УНИДРУА «несет в себе большую правовую определенность, чем отсылка к terra incognita под названием lex mercatoria» (С. В. Бахин).

Основная задача Принципов УНИДРУА – «изложение основ вненациональной системы lex mercatoria, т. е. обычного права международной торговли, установление приспособленных к требованиям международной торговли и лишенных национального контек-

ста правовых норм» (А. Смитюх). В Преамбуле Принципов предусматривается возможность использовать их как субститут национального права, если нормы такого права сложно или невозможно установить. Однако обращение к положениям Принципов в целях толкования и дополнения национального законодательства должно рассматриваться как чрезвычайная мера (last resort).

Доктрина

Принципы УНИДРУА характеризуются как обособленная система правовых норм, «особое право» (А. С. Комаров). Принципы не являются исчерпывающим изложением lex mercatoria, но в настоящее время составляют его основную часть. Это правовое регулирование, представляющее собой результат нормотворческой деятельности международных организаций. «УНИДРУА… вышел на ту особую форму создания единообразных норм, которая совмещает в себе черты стихийной и целенаправленной унификации». Эту особую форму правовых предписаний можно назвать «субправом» (С. В. Бахин).

Преимущества международного коммерческого права по сравнению с национальным законодательством и международными договорами состоят в том, что:

– сторонам международных торговых сделок предоставляется максимальная свобода действий в установленных рамках;

– национальное законодательство и международные договоры по объективным причинам «не успевают» за стремительным развитием отношений в сфере международной торговли.

Значение lex mercatoria в регулировании международной торговли заключается в том, что оно применяется:

– в случае прямой ссылки в контракте на основе автономии воли сторон;

– в случаях, когда невозможно установить применимое право;

– для толкования и восполнения пробелов национального и международного регулирования.

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

Закрепленный в российском праве механизм автономии воли сторон позволяет применять lex mercatoria в рамках международного коммерческого арбитража. К сожалению, российские государственные правоприменительные органы практически не применяют ни иностранное право, ни lex mercatoria для регулирования внешнеторговых сделок. Российское законодательство не выделяет общие принципы права и lex mercatoria в качестве источников права, хотя на практике они давно являются таковыми.

2.7
Судебная и арбитражная практика. Судебный прецедент

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

Правотворческая деятельность судов зависит от судейского усмотрения, которое имеет решающее значение при выявлении сложившихся правил поведения, признанных общественным сознанием в качестве обязательных. Судейское усмотрение играет решающую роль не только при выявлении права, но и в его толковании, определении и применении. Принцип свободы судейского усмотрения – один из основных принципов судопроизводства. В МЧП этот принцип имеет особое значение – восполнение пробелов правового регулирования частных отношений, связанных с иностранным правопорядком, квалификация права, установление «подразумеваемой» воли сторон, определение закона «существа отношения», установление критериев наиболее тесной связи – прямая обязанность судов.

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

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

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

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

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

Судебный прецедент как решение, имеющее руководящее значении при рассмотрении аналогичных дел в дальнейшем, используется практически во всех государствах, но только в странах общей правовой системы есть целостное прецедентное право.

Английская судебная практика изначально развивалась по принципу «дела, основанные на сходных фактах, должны разрешаться сходным образом». Английские судьи использовали критерии, выработанные римским правом, – «разумный человек», «добрый, заботливый хозяин», «справедливый отец семейства», «последствия, которые можно было предвидеть на разумных основаниях». С 1282 г. в Англии ежегодно публикуются сборники судебных решений, производится систематизация прецедентов. Современная система опубликования прецедентов действует с 1865 г. Прецеденты имеют различную силу в зависимости от уровня суда. Иерархия судов в английской доктрине прецедента: Европейский Суд, Палата лордов, Апелляционный суд, Высокий суд, Суд Короны, иные суды. Обязательные

прецеденты создают только решения, исходящие от «высоких» судов – Верховного суда и Палаты лордов. Решения других судов не создают обязательного прецедента.

Принцип прецедента действует по вертикали. Решения вышестоящих судов обязательны для нижестоящих, но не связывают вышестоящие. Доктрина прецедента основана на «принципе принципа» права (декларативная теория права) – судьи не творят право, а только толкуют и «открывают» его, т. е. судебное решение фиксирует право. Действие судебного прецедента не ограничено во времени; он значим как источник права независимо от времени, прошедшего с момента его появления. Доктрина прецедента – это набор правил, которым судьи обязаны следовать при выявлении и применении правовых норм из конкретных дел (stare decisis). Правила судебного прецедента:

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

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

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

Доктрина

Прецедент – это решение по конкретному делу, являющееся обязательным для судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел либо служащее примерным образцом толкования закона, не имеющим обязательной силы (Р. Давид). Судебным прецедентом признается вынесенное судом по конкретному делу решение, обоснование которого становится правилом, обязательным для всех судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел (Л. П. Ануфриева). Судебный прецедент – это такое решение суда по конкретному делу, которое подсказывает другим судьям, какое решение следует принять при разрешении аналогичных дел в будущем; решение по делу, которое будет принято во внимание при последующем рассмотрении аналогичного дела (К. Сокерин).

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

Любой прецедент содержит ratio decidendi и obiter dictum. Ratio decidendi фиксирует правовую основу, которая имеет силу закона и должна применяться при разрешении всех последующих дел и в отношении всех других лиц. Ratio decidendi – это обоснование, признанное судом, рассматривающим новое дело с использованием прецедента; особый элемент (сущность решения), «правоположение, применяемое к правовым вопросам, возникающим в связи с установленными судом фактами, на которых основано решение» (Ф. Квин, К. Элиот). Obiter dictum также представляет собой часть решения суда (замечания суда по вопросам, которые непосредственно не входят в предмет судебного решения). Obiter dictum не содержит формулировок какого-либо принципа права или обоснования судебного решения. Эта часть решения имеет дополнительный, аргументирующий, необязательный характер.

Американское законодательство (и федеральное, и штатов) кодифицировано в большей степени, чем английское. Например, в сфере внедоговорных обязательств действуют Второй свод деликтного права (1932 г.) и Единообразный закон о взаимной вине (1977 г.). Но

и при наличии законодательного регулирования изменения в судебную практику по деликтам вносятся посредством прецедентов: институт встречной вины в штате Иллинойс введен решениями по делам Kravens v. Algonquin Township, 1973 и Alvis v. Ribar, 1981 (Х. Кох). В коллизионном праве США прецедент играет решающую роль, а законодательных актов в этой области совсем не много.

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

Зеркальные процессы происходят в странах романогерманской правовой системы. Согласно господствующей теории только законодательство считается юридическим источником МЧП в большинстве европейских стран. На практике наиболее важные судебные решения играют в этой отрасли права определяющую роль: в ст. 1 ГК Швейцарии указано: «При отсутствии закона и обычая судья должен решать на основании такого правила, которое он установил, если бы был законодателем». Многие французские ученые, анализируя судебную практику в системе источников права, подчеркивают, что французское гражданское право незаметно перестает быть писаным правом, трансформируясь в общее.

В настоящее время действует региональная система прецедентного права – европейское прецедентное право, сложившееся в рамках Европейского союза (ЕС) и выработанное Судом ЕС. Все решения Суда обязательны для государств – членов ЕС, их национальных судов и административных органов, физических и юридических лиц и имеют характер прецедента. Судебные органы стран – членов ЕС не вправе принимать решения, противоречащие решениям Суда, которые имеют решающее значение и должны применяться по аналогии. В европейской доктрине господствует концепция, что прецедентное право, созданное Судом, – самостоятельный компонент права ЕС, на котором основываются решения национальных органов судебной власти. Суд ЕС играет решающую роль в развитии регионального МЧП в странах Сообщества.

Постановления КС РФ обязывают всех правоприменителей действовать в соответствии с правовыми позициями. Правовые позиции лежат в основе выводов Суда о соответствии тех или иных правовых норм Конституции РФ и представляют собой его отношение к определенным правовым проблемам, закрепленное в решениях. Источником таких позиций являются решения Суда; обязательные правовые позиции могут содержаться в любых постановлениях и определениях. Акты КС РФ по юридической силе стоят выше актов парламента и президента (М. В. Баглай); его правовые позиции приобретают характер конституционно-правовых норм (Н. Витрук); решения КС РФ о толковании конституционных норм становятся частью Конституции РФ (Б. С. Эбзеев).

Официально в современной России судебный прецедент не признается источником права, хотя фактически система судебного прецедента давно сложилась. Деятельность каждого судьи оценивается по количеству решений, отмененных высшими инстанциями. При вынесении решений судьи стараются придерживаться рекомендаций высших судебных органов, учитывать причины отмены ранее вынесенных решений. Российская система прецедента основана на административной субординации, «уважении к высшим судебным инстанциям». В отечественной доктрине высказывается мнение, что для судебного прецедента «необходимо отыскать должное место» в системе источников российского права, ана-

логично тому, как это случилось с торговым обычаем (обычаями делового оборота), применение которых санкционировано в ГК РФ и КТМ РФ (Л. П. Ануфриева).

Судебная практика – институт континентального права, не совпадающий с прецедентным правом англосаксонской системы. Судебная практика – это обобщение судебной деятельности, результат толкования и применения законодательства, самостоятельная форма существования правовых норм. «Создание общеобязательных правил поведения – свойство, генетически присущее судебной власти» (Т. Н. Нешатаева). Судебные акты, содержащие нормативные предписания:

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

– нормативное толкование Пленумов ВС РФ и ВАС РФ;

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

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

– решения Европейского Суда по правам человека.

Конституция РФ (ст. 126, 127) наделяет ВС РФ и ВАС РФ правом давать разъяснения по вопросам судебной практики. Решения судов и арбитражей, формулируемые в общей форме в постановлениях их высших органов, представляют собой источник права (К. Сокерин).

В российской юриспруденции существует и противоположная точка зрения: постановления высших судебных инстанций не могут являться источниками права. Основные аргументы сторонников данной позиции следующие:

– официальная компетенция судов – только правоприменение, но не правотворчество;

– нормотворчество судов противоречит концепции разделения властей;

– нормативные толкования пленумов высших судебных органов содержат не правовые нормы в целом, а отдельные элементы диспозиций, гипотез и санкций.

Согласиться с этой аргументацией не представляется возможным. Современная концепция разделения властей отвергает теорию «абсолютного» деления власти на законодательную, исполнительную и судебную (концепция «делегированных полномочий» и «делегированного законодательства»). Признание за отдельными судебными актами роли источников права обеспечивает гибкость и объективность действующих правовых предписаний.

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

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

В российском законодательстве судебная и арбитражная практика формальноюридически не считается источником права. Отечественный законодатель расценивает практику правоприменительных органов в качестве основного средства для толкования, определения и применения правовых норм. Такой подход противоречит сложившейся практике. Россий-

ские суды и арбитражи играют точно такую же роль по выявлению действующего права и его формулированию, как и суды тех государств, в которых судебная практика официально признана источником права.

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

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

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

В отечественной литературе до сих пор высказываются мнения, что для МЧП «признание доктрины (идеологии) в качестве источника права невозможно, так как в случае ее признания участвующие в международном гражданском обороте субъекты, правовая система которых основана на непризнании ее в качестве источника, не смогут получить достаточной, соразмерной и аналогичной их национальному праву защиты». Тем более «нежелательно законодательное закрепление правовой доктрины в качестве источника права». С подобной позицией согласиться нельзя. Именно наука (сравнительное правоведение, сравнительный и системный анализ) сыграла основополагающую роль в становлении и развитии МЧП; разработки ученых отражены в современных национальных кодификациях МЧП. Роль доктрины как источника права подчеркивается в работах большинства известных российских ученых (Л. А. Лунц, М. М. Богуславский, Г. К. Дмитриева, В. П. Звеков). Уместно напомнить, какую роль в 90-х гг. XX в. в России и других постсоветских государствах сыграла доктрина для разработки законодательства о формировании органов власти, рыночных институтов, средств массовой информации.

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

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

В европейских государствах формально-юридическим источником МЧП выступает только законодательство, однако на практике доктрина в этой отрасли права играет особенно заметную роль. Континентальное право формировалось и развивалось под влиянием док-

трины, европейские теоретики МЧП всегда оказывали большое влияние на судебную практику и совершенствование законодательства.

В настоящее время доктрина МЧП широко используется в целях его унификации и гармонизации. Разработки Международного института по унификации частного права (УНИДРУА), Гаагских конференций по МЧП и Комиссии международного права лежат в основе многих международных соглашений и применяются большинством национальных законодателей для усовершенствования МЧП различных государств.

Оценка доктрины в качестве самостоятельного источника МЧП связана с различным регулированием одних и тех же отношений в законодательстве разных государств и необходимостью унификации такого регулирования, с наличием в МЧП огромного количества пробелов. Основной функцией доктрины как источника МЧП является максимальное восполнение этих пробелов на уровне научных разработок. Проблемами МЧП занимались и занимаются многие видные ученые: М. Вольф, Э. Рабель, Х. Кох, У. Магнус, Нибуайе, А. Батиффоль, Дж. Чешир, П. Норт, Л. А. Лунц, М. М. Богуславский, Г. К. Дмитриева, Н. И. Марышева, Л. П. Ануфриева, Н. Ю. Ерпылева, О. Н. Садиков, В. П. Звеков, А. Л. Маковский.

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

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

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

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

В отсутствие надлежащей нормы суд должен положить в основу решения правило, выведенное им самим из общих начал и смысла законов, т. е. фактически создать правило, пригодное для регулирования спорного правоотношения. В подобных случаях судья руко-

водствуется судебной практикой, правилами, которые применялись ранее при рассмотрении аналогичных дел. В отсутствие такой практики судья самостоятельно формулирует соответствующее правило, которое позволяет разрешить спор. Принятие судебного решения по аналогии закона или на основании оценочных понятий права, содержание которых не регламентируется в источниках права, представляет собой позитивное правотворчество суда. Формой существования правовой нормы выступает мотивировочная часть судебного решения (создание по аналогии материально-правовой нормы) либо протокол судебного заседания (создание по аналогии процессуально-правовой нормы).

В законодательстве некоторых стран прямо закреплено, что аналогия права и закона представляет собой самостоятельный источник МЧП. Статья 1 Закона о МЧП Венесуэлы предусматривает: «Обстоятельства дела, связанные с иностранными правовыми системами, регулируются нормами международного публичного права… при их отсутствии применяются нормы венесуэльского международного частного права… за их неимением используется аналогия».

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

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

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

В доктрине высказывается мнение, что применение этой категории более логично не в сфере международного публичного, а в сфере международного частного права: «Унификация международных контрактных отношений предполагает поиск тех общих основ, на которых могло бы строиться их регулирование, среди прочего, и в совпадающих нормах национальных правовых систем» (С. В. Бахин). Общие принципы права в значительной степени имеют технико-юридический характер. Комментируя Вашингтонскую конвенцию 1965 г., Ч. Шреер пишет: «Общие принципы права являются важным источником права в делах

ИКСИД. Обычно они охватывают вопросы не столько политического, сколько технического характера».

Не существует четкого разграничения между международно-правовыми обычаями и общими принципами права – принцип pacta sunt servanda, принципы добросовестности и эстоппеля относятся как к общим принципам права, так и к международным обычаям. «Есть основания полагать, что эти принципы существуют в обоих качествах, будучи одновременно и принципами основных систем внутригосударственного права, и нормами международного права» (С. Войтович).

Выделение этих принципов в качестве самостоятельного источника МЧП связано с их двуединой ролью в системе МЧП – это одновременно и его основные принципы, и форма существования правовых норм. Например, ст. 23 Закона Объединенных Арабских Эмиратов о гражданских сделках (1985 г.) устанавливает: «В случае отсутствия в предыдущих статьях соответствующего положения, регулирующего коллизию законов, применяются принципы международного частного права». В современном мире наблюдается тенденция постоянного применения общих принципов права национальными и международными судами и арбитражами. В основном такое регулирование используется для разрешения споров с участием ТНК, офшорных компаний, компаний международного бизнеса, международных юридических лиц, споров между государством и частными иностранными инвесторами.

Общие принципы права упоминаются в российском законодательстве (ст. 6 ГК РФ, ст. 5 СК РФ): добросовестность, гуманность, разумность и справедливость. Разрешение спора непосредственно на основе этих принципов возможно в случае применения аналогии права. Однако российский законодатель не выделяет общие принципы права в качестве отдельного источника, что противоречит и смыслу российского законодательства, и мировым тенденциям правового развития. Основная роль общих принципов права как источника МЧП – применение к частно-правовому отношению, связанному с правопорядком двух и более государств, общих для всех правовых постулатов.

2.9
Автономия воли субъектов частно-правового отношения

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

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

Модель поведения, избранная сторонами, обязательна для сторон отношения и для государственных органов (в первую очередь судов и арбитражей). Во всех правовых системах автономия воли оценивается как частный закон (lex privata). Автономия воли субъектов договора считается основным источником договорного права (в том числе права внешнеторговых сделок) в зарубежной практике и доктрине.

Некоторые зарубежные ученые считают автономию воли источником не только материального (конкретной модели поведения), но и коллизионного права. Согласно учению Дж. Манчини закон гражданства, автономия воли и публичный порядок составляют основу МЧП. С такой точкой зрения согласиться нельзя, поскольку автономия воли как выбор применимого права сторонами сделки – это не источник права, а коллизионная привязка, установленная в законе или договоре. Об автономии воли как источнике коллизионного права можно говорить только в том смысле, что стороны сами определяют применимый правопорядок и их выбор представляет собой lex privata для правоприменительных органов.

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

С точки зрения отечественного законодателя, автономия воли не является источником материального и коллизионного права, это только формула прикрепления коллизионной нормы. Такая оценка не соответствует действительному положению вещей, представляется устаревшей и требует пересмотра.

2.10
Унификация и гармонизация норм международного частного права

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

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

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

Унификация права – это разновидность правотворческого процесса, который происходит в основном в рамках международных организаций. Результаты унификации наиболее ощутимы в области МЧП, поскольку только эта отрасль национального права затрагивает интересы двух и более государств. Унификация затрагивает практически все отрасли и институты МЧП. Ее основные итоги – выработка единообразных коллизионных норм (Гаагская конвенция 1986 г.), единообразных материальных норм (Конвенции УНИДРУА о международном факторинге и о международном финансовом лизинге (г. Оттава, 28 мая, 1988 г.), полисистемных нормативных комплексов (сочетающих и коллизионные, и материальные нормы – Бернские конвенции о международных железнодорожных перевозках (1980 г.).

Гармонизация права представляет собой процесс сближения национальных правовых систем, уменьшение и устранение различий между ними. Гармонизация права и его унификация – взаимосвязанные явления, но гармонизация является более широким понятием, так как сближение национально-правовых систем осуществляется и за пределами унификации права. Главное отличие гармонизации от унификации – отсутствие международных обязательств (международных договорных форм) в процессе гармонизации. Отсутствие договорных форм предопределяет специфику всего процесса гармонизации права в целом, который может быть как стихийным, так и целенаправленным. Суть стихийной гармонизации – в процессе сотрудничества и взаимодействия государств в их правовых системах появ-

ляется похожее или даже идентичное правовое регулирование (рецепция римского права в Европе, Азии, Латинской Америке). Целенаправленная гармонизация – осознанное восприятие одним государством правовых достижений других государств (действие ФГК в Бельгии; использование положений ФГК и ГГУ в ГК РФ).

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

Тема 3
Коллизионное право

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

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Звеков, В. П. Международное частное право. М., 2004.

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001.

3.1
Основные начала коллизионного права

Если частно-правовое отношение связано с правопорядком двух и более государств, возникает *коллизионный вопрос* – право какого государства должно регулировать данное отношение: закон страны суда или закон того государства, с которым отношение наиболее тесно связано. «Каждый закон исходит из определенного места на земном шаре: одни законы принимаются суверенами, другие – субъектами с определенной степенью автономии внутри суверенного государства (штаты в США). Неизбежно возникает вопрос: нормы права (материальные и процессуальные) какого субъекта применять при разрешении того или иного спора? В этом заключается суть коллизионного вопроса» (М. Солимайн).

Проблема выбора правопорядка (национальный, иностранный, международный) существует только в МЧП. Если коллизионный вопрос решен в пользу применения права другого государства, то национальный судебный орган обязан разрешать спор не на основе собственного права, а на основе иностранного. Возможность применения национальными правоприменительными органами иностранного права – основной парадокс и основная сложность МЧП.

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

В недавнем прошлом существовал императив – экстерриториальное действие могут иметь нормы только иностранного частного права. Национальное публичное (в том числе процессуальное) право имеет строго территориальный характер и не может применяться в судах других государств. В настоящее время наблюдается тенденция отступления от этого принципа: «Публично-правовой характер иностранного закона не препятствует его применению или принятию во внимание» (ст. 38 Кодекса Туниса).

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

В еще большей степени проявляется тенденция отказа от неприменения иностранного процессуального права. Многие современные ученые придерживаются концепции «коллизионного гражданского процессуального права»: суды при рассмотрении международных частно-правовых споров должны использовать не только материальное, но и процессуальное право другого государства. Процессуальные коллизионные нормы закреплены в национальных кодификациях МЧП (Италия, Чехия, Венгрия, Канада). Главным образом иностранное процессуальное право применяется при оказании правовой помощи. Национальные

суды при выполнении иностранных судебных поручений могут использовать иностранные процессуальные формы (по просьбе компетентных органов государства, испрашивающего исполнение поручения).

Доктрина

Коллизионный вопрос решается посредством применения коллизионных норм, представляющих собой основу, фундамент МЧП. В доктрине выработаны многочисленные определения коллизионных норм.

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

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

3. «Коллизионная норма – это норма, определяющая, право какого государства должно быть применено к данному частно-правовому отношению, осложненному иностранным элементом» (Г. К. Дмитриева).

Коллизионная норма – норма общего, абстрактного, отсылочного характера, которая не содержит материальной модели поведения, не устанавливает прав и обязанностей сторон, а на основе заложенного в ней объективного критерия определяет, право какого государства должно регулировать соответствующие отношения.

Как любая норма права, коллизионно-правовая норма предназначена для выполнения определенных функций. В отечественной доктрине выделены следующие функции коллизионных норм (Л. П. Ануфриева):

– разграничение национальных правопорядков;

– обеспечение применения норм иностранного права на территории конкретного государства;

– координация масштабов пересечения и соприкосновения правопорядков двух или более государств;

– обеспечение регулирования частно-правовых отношений, основанных на общепризнанных принципах международного права.

Основная функция коллизионных норм – разграничение правопорядков различных государств. Главная задача МЧП заключается не в непосредственном регулировании общественных отношений по существу, а в определении компетентного правопорядка, нормы которого должны регламентировать международное частно-правовое отношение. «Функция международного частного права состоит не в том, чтобы регулировать обособленные группы правоотношений с международным элементом, а в том, чтобы определять правопорядок, в котором содержится источник норм, регулирующих соответствующую категорию правоотношений» (Ж. Сталев, А. Ангелов).

Функции МЧП реализуются при помощи коллизионных норм, которые устанавливают, какой из затронутых правопорядков является компетентным. Коллизионные нормы разрешают коллизии (конфликты, столкновения) между различными правовыми системами, обеспечивают выбор надлежащего правопорядка и решение спора по существу, т. е. определение необходимой материально-правовой нормы.

Коллизионная норма – юридическая предпосылка действия материально-правовой нормы компетентного правопорядка. В частно-правовых отношениях, связанных с иностранным правом, надлежащую материальную норму можно выявить только посредством коллизионных норм. Кроме того, применение на территории государства нормы иностран-

ного права может иметь место только на основе дозволений властного законодателя – правил, установленных непосредственно в коллизионной норме.

Функция «разграничения национальных правопорядков» позволяет утверждать, что коллизионные нормы играют *регулятивную* роль – выступают как регулятор определенных общественных отношений. «Коллизионные нормы не просто отсылают к определенной правовой системе, а участвуют в механизме правового регулирования, отражающем особенности общественных отношений с иностранным элементом» (О. Н. Садиков). Основное проявление регулятивной функции коллизионных норм – определение применимого права. Выбор права, произведенный на основе коллизионной нормы, – это правило поведения, от которого не могут отказаться ни стороны, ни правоприменительные органы. Неправильное применение коллизионной нормы во многих юрисдикциях представляет собой кассационный повод для отмены судебного решения.

Наличие у коллизионных норм регулятивной функции приводит к возникновению проблемы «коллизионного правоотношения». В отечественной доктрине понятие «коллизионное правоотношение» появилось сравнительно недавно, и далеко не все ученые признают его существование. Утверждается, что нет «никакого коллизионного правоотношения… существует лишь одно частно-правовое отношение с иностранным элементом, которое… всегда материально по своей природе, как и любое другое правоотношение» (Н. Ю. Ерпылева). Другие российские исследователи подчеркивают, что коллизионные правоотношения – это объективно существующее явление правовой действительности; их наличие обусловлено фактом существования коллизионных норм и коллизионного метода правового регулирования (В. В. Кудашкин).

Связь частно-правового отношения с иностранным правопорядком предполагает возможность применения иностранного права. Эта возможность опосредована коллизионной нормой, которая выступает связующим звеном между правом данного государства и отношением с иностранным элементом. Сущность коллизионного метода не в том, чтобы непосредственно урегулировать общественное отношение, а в том, чтобы отыскать связь между правоотношением с иностранным элементом и национальной правовой системой и опосредованным способом, используя материальное право, урегулировать это отношение.

Коллизионные правоотношения – это правовая форма отношений по определению применимого права. Предмет коллизионных правоотношений – определение права, применимого к частно-правовым отношениям, связанным с иностранным правопорядком. Объект коллизионных правоотношений – частно-правовые отношения, связанные с иностранным правопорядком. Субъектами коллизионных правоотношений выступают правоприменительные органы, применяющие коллизионные нормы для определения применимого права, и стороны спорного частно-правового отношения, в интересах которых суд определяет компетентное право (В. В. Кудашкин).

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

Совокупность коллизионных норм образует коллизионное право – *особую подсистему МЧП*. Коллизионное право – центральное, ключевое, фундаментальное, «сквозное» понятие в МЧП.

МЧП формировалось и развивалось как коллизионное (конфликтное – Великобритания, США) право. Как и МЧП в целом, коллизионное право имеет национальный характер – в правопорядке каждого государства есть собственное коллизионное право. Основной источник коллизионных норм – национальное законодательство, однако давно предпринимаются

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

Применение унифицированных материально-правовых норм сужает сферу действия коллизионного права, упрощает и ускоряет процесс разрешения частно-правовых споров, связанных с иностранным правопорядком. Нет необходимости решать коллизионный вопрос, обращаться к иностранной правовой системе, устанавливать содержание норм иностранного права. Суды применяют материальные нормы, признанные государствами и устанавливающие одинаковое правовое регулирование спорного правоотношения. В законодательстве многих государств установлен примат унифицированных материальных норм над национальными коллизионными (ст. 1186 ГК РФ). Несмотря на это, господствующая точка зрения и в законодательстве, и в практике, и в науке: коллизионное право – основная, фундаментальная часть МЧП.

3.2
Коллизионная норма, ее строение и особенности

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

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

Специфическая природа коллизионно-правовых норм предопределяет особенность их структуры. Структура коллизионной нормы отличается от структуры обычной нормы права (в коллизионной норме нет ни гипотезы, ни диспозиции, ни санкции). Необходимые структурные элементы (реквизиты) коллизионной нормы – объем и привязка. Объем указывает вид (содержание) регулируемого правоотношения; привязка – право, подлежащее применению для регулирования данного правоотношения. Например, согласно ст. 30 Закона Югославии о разрешении коллизий законов с правилами других государств (1982 г.) «в отношении способности составлять завещание» (объем) «применимо право страны, гражданином которого являлся завещатель на момент составления завещания» (привязка).

Доктрина

В теории МЧП существуют концепции, утверждающие наличие в коллизионных нормах гипотезы, диспозиции и санкции. Коллизионная норма действует в сочетании с материально-правовой и имеет регулятивные функции. Этот постулат лежит в основе «теории развертывания коллизионной нормы». Указание о применимом праве, содержащееся в привязке, – это диспозиция нормы в неразвернутом виде. После обращения к материальной норме, к которой отсылает привязка (после «развертывания»), коллизионная норма становится оформленным правилом поведения, обращенным и к судье, и к сторонам правоотношения. «Подлинная» диспозиция коллизионной нормы – ее собственные предписания, составляющие привязку, и положения применимой материальной нормы (В. Кутиков – Болгария).

Объем коллизионной нормы составляет ее гипотезу. Привязка представляет собой диспозицию коллизионной нормы. Самая специфическая черта коллизионных норм – они лишены санкций;

последствия их нарушения предусмотрены не в самой коллизионной норме, а в материальных предписаниях той правовой системы, к которой она отослала (Ф. Мадл, Л. Векаш).

«Существует много общего между гипотезой обычной нормы права и объемом нормы коллизионной… между диспозицией и привязкой этих правил поведения. У коллизионной нормы существует и третий элемент – санкция, которая лежит в сфере цивилистических отраслей национального права соответствующего государства. Как и обычная норма права, логическая коллизионная норма имеет трехчленную структуру» (Г. К. Дмитриева).

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

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

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

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

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

В п. 2 ст. 1205 ГК РФ установлено: «Принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится». В данной коллизионной норме слова «принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам» представляют собой объем; слова «по праву страны, где это имущество находится» –

коллизионную привязку; слова «страны, где это имущество находится» – объективный критерий, который позволяет установить применимое право.

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

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

Доктрина

Юридическая природа коллизионных норм:

1. Концепция частно-правовой природы коллизионных норм: «Коллизионные нормы так же, как и гражданско-правовые материальные нормы, направлены на регулирование отношений гражданско-правового характера» (Л. А. Лунц).

2. Концепция публично-правовой природы коллизионных норм: «Коллизионная норма не есть правило поведения для участников гражданского оборота», она обращена к правоприменительному органу государства (М. И. Брун).

3. Концепция смешанной, комплексной природы коллизионных норм: «В них… сочетаются публично-правовой и частно-правовой элементы… Публично-правовой эффект коллизионной нормы носит… вторичный, производный характер» (Л. П. Ануфриева).

Коллизионные нормы (за исключением диспозитивных, устанавливающих автономию воли сторон) обращены не к участникам гражданского оборота, а к правоприменительным органам государства. Коллизионная норма представляет собой указание законодателя – право какого государства следует применять к частно-правовым отношениям; она адресована судам, арбитражам, административным органам, нотариату. Соблюдение или нарушение коллизионных норм может иметь место только со стороны этих органов.

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

Итак, исходя из специфики коллизионных норм, следует еще раз подчеркнуть, что правило поведения субъектов МЧП образует сумма двух норм – коллизионная норма права страны суда и материальная норма избранного к применению права.

3.3
Виды коллизионных норм

В доктрине выделяют отдельные виды коллизионных норм в зависимости от коллизионных привязок, источников происхождения, действия во времени и пространстве.

1. **Императивные, альтернативные и диспозитивные коллизионные нормы**. В императивных нормах может быть только одна коллизионная привязка (любая, кроме «каучуковых» – автономии воли, реальной связи, закона существа отношения, собственного права контракта). Императивная коллизионная норма – это властное предписание законодателя о применении права одного государства, устанавливаемого на основании какого-либо объективного критерия (ст. 1200, 1207 ГК РФ). Императивная коллизионная норма исключает право выбора законодательства как судом, так и сторонами правоотношения; законодатель в императивном порядке устанавливает, какое право должно регулировать данное отношение (в зависимости от типа коллизионной привязки это может быть как национальное, так и иностранное право).

Альтернативные коллизионные нормы характеризуются наличием нескольких коллизионных привязок (любых, кроме «каучуковых»). Альтернативная норма предоставляет суду право по собственному усмотрению выбирать применимое законодательство (право выбора есть только у суда, но не у сторон).

Простые альтернативные коллизионные нормы предусматривают возможность применения одного или другого правопорядка. Выбор зависит от судейского усмотрения и фактических обстоятельств дела (ч. 1 ст. 1217 ГК РФ). *Сложные (соподчиненные) альтернативные коллизионные нормы* устанавливают основную и субсидиарную привязки, которые применяются в зависимости от дифференциации объема коллизионной нормы (ст. 1201 ГК РФ). Основная привязка применяется в первую очередь, субсидиарные (их может быть две и более) – в соответствии с конкретными обстоятельствами дела и если невозможно применить основную привязку.

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

Сложные соподчиненные формулы прикрепления конструируются посредством альтернативных привязок, обеспечивающих возможность выбора различных моделей поведения. Так, в ст. 50 ГК Испании: «Если оба лица, вступающие в брак, являются иностранцами, то брак может быть заключен в соответствии с испанским законодательством или в соответствии с личным законом любого из них».

Диспозитивные нормы в качестве основной коллизионной привязки предусматривают автономию воли сторон (право выбора применимого законодательства сторонами отношения – ст. 1210 ГК РФ). Терминологически право сторон на автономию воли может быть выражено по-разному: «если иное не предусмотрено договором», «если стороны не оговорили иного», «правом, избранным сторонами».

Автономия воли регулирует основное количество частно-правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, считается оптимальным коллизионным началом, так как предусматривает наиболее гибкое правовое регулирование. Диспозитивные коллизионные нормы российского законодательства обладают особой спецификой, – в большинстве из них автономия воли сторон ограничена установлением «если иное не предусмотрено законом» (ст. 1196, 1198, ч. 2 ст. 1203, ст. 1204 ГК РФ). Данная формулировка является излюблен-

ной для отечественного законодателя – государство всегда сохраняет за собой право ограничить свободу участников гражданского оборота.

Подобные формулировки противоречат основным принципам права, современным тенденциям правового развития и являются порочными с юридической точки зрения. Показательны в этом отношении положения, ограничивающие автономию воли сторон в обязательствах внедоговорного характера, – стороны имеют право на выбор законодательства, но этот выбор может быть сделан только в пользу права страны суда (п. 3 ст. 1219, ч. 2 п. 1 ст. 1223 ГК РФ).

2. **Двусторонние и односторонние коллизионные нормы**. МЧП сформировалось, когда в Европе господствовала идея государственного суверенитета. Оно рассматривалось сквозь призму национального права, и во всех случаях предпочтение имел закон страны суда. «Односторонний подход определяет, будет ли применен закон самого суда. Он исходит из внутренней точки зрения государства суда» (М. Рейман).

Односторонние коллизионные нормы предусматривают возможность применения только национального права, права страны суда (ст. 424 КТМ РФ). Такие нормы имеют императивный характер. Односторонние коллизионные нормы указывают на те обстоятельства, при которых применяется национальное право, и рассматривают правоотношения, связанные с иностранным правопорядком, только с точки зрения национального права. Например, ст. 3 ФГК определяет: «Статус недвижимого имущества, даже того, владельцами которого являются иностранцы, определяется французским правом».

В российском законодательстве (и в законодательстве других стран) наблюдается тенденция замены классического коллизионного правила «закон суда» выражением «применяется российское право» (п. 3 ст. 1199 ГК РФ, п. 1 ст. 16 °СК РФ).

Двусторонние (многосторонние) коллизионные нормы предусматривают возможность применения как национального, так и иностранного или международного права. Они могут иметь императивный, альтернативный и диспозитивный характер (п. 1 ст. 1197, ст. 1201, п. 1 ст. 1211 ГК РФ). В современном праве двусторонних коллизионных норм значительно больше, чем односторонних. Коллизионное правило «закон суда» считается «жестким»; национальный законодатель стремится установить гибкое правовое регулирование посредством двусторонних коллизионных норм (в особенности диспозитивных). Привязка двусторонней коллизионной нормы называется формулой прикрепления.

3. **Национально-правовые** (внутренние – разд. VI части третьей ГК РФ) и **унифицированные** (договорные – Гаагская конвенция 1986 г.) **коллизионные нормы.** ***Унифицированные коллизионные нормы*** – это единообразные коллизионные правила, созданные на основе международных соглашений и представляющие собой конечный результат процесса согласования воль государств. Такие нормы выделяются в отдельную подгруппу в системе МЧП. От внутренних коллизионных норм унифицированные отличаются по механизму создания (источник – международный договор) и применения (пространственная и временная сферы действия, толкование).

Унифицированные коллизионные нормы в национальной правовой системе действуют в качестве норм внутреннего права (ст. 15 Конституции РФ, ст. 7 ГК РФ). Однако они сохраняют связь с «породившим» их международным договором, не сливаются с внутренними, существуют параллельно с ними и имеют свои особенности.

Наличие международного договора, содержащего коллизионные нормы, предполагает, что к частно-правовому отношению, связанному с иностранным правопорядком, будут применяться унифицированные коллизионные нормы. Российские коллизионные нормы в такой ситуации не применяются.

4. **Генеральные (основные) и субсидиарные (дополнительные) коллизионные привязки**. **Общие и специальные коллизионные привязки**. Генеральные коллизионные

привязки устанавливают право, применимое в первую очередь («основное» право) (абз. 1 п. 1 ст. 1223, абз. 1 п. 3 ст. 1199 ГК РФ). ***Субсидиарные коллизионные нормы*** устанавливают «дополнительное право», применимое только в определенных обстоятельствах (п. 3 ст. 1199, ст. 1201 ГК РФ). Соотношение генеральных и субсидиарных коллизионных норм аналогично соотношению коллизионных привязок в сложных соподчиненных альтернативных коллизионных нормах.

Деление коллизионных норм на генеральные и субсидиарные связано с детализацией и конкретизацией нормативного регулирования (Л. П. Ануфриева). Если «главное» правило, установленное в норме, почему-либо не может быть реализовано, то имеются дополнительные предписания, близкие к главному. Выбор применимого права осуществляется на основании вспомогательных предписаний. Такие правила существуют в соподчинении: невозможно применить одно – следует обратиться к другому; невозможно применить второе – применяется следующая формула. Например, Закон о МЧП Чехии (§ 16): «Отношения, вытекающие из трудового договора, регулируются, – если стороны не договорятся иначе, – правом места выполнения работы работником. Если работник выполняет работу в одном государстве на основании трудового отношения с организацией, которая находится в другом государстве, решающим является право места нахождения организации, если речь не идет о лице, которое живет в государстве, где имело место выполнение работы». Генеральная коллизионная привязка – автономия воли сторон. Это общее правило, применяемое в первую очередь. Если стороны не договорились о применимом праве, применяется право страны места выполнения работы. Это общее правило «второй очереди».

В случаях когда работа выполняется не в государстве места нахождения организации, заключившей трудовой договор, применимое право – закон страны места нахождения организации. Это предписание общего характера (основная норма), призванное регулировать конкретный фактический состав трудового отношения. Специальное правило (работа выполняется в одном государстве; организация-наниматель имеет место нахождения в другой стране; работник проживает по месту выполнения работы) – закон государства места нахождения организации не может квалифицироваться как решающий правопорядок.

Общие коллизионные привязки – общие для большинства правовых систем мира коллизионные правила. Это общие (сквозные), т. е. применимые во всех отраслях и институтах МЧП коллизионные нормы: личный закон физического лица, закон суда, закон флага, закон продавца, автономия воли, закон места совершения акта.

Специальные коллизионные привязки сформулированы непосредственно для конкретных институтов МЧП. Они применяются в отдельных сферах отношений: закон усыновителя, закон дарителя, закон места отправления груза. Специальные коллизионные привязки представляют собой трансформацию общих коллизионных норм: специальная привязка «закон перевозчика» – это трансформация общей привязки «закон продавца»; «закон совместного места жительства супругов» – трансформация «личного закона физического лица».

3.4
Интерлокальное право

С точки зрения действия закона в пространстве коллизионные нормы делятся на международные и межобластные (интерлокальные – межтерриториальные). ***Международные коллизии*** – это традиционные, классические коллизии, т. е. столкновение правовых систем разных государств. ***Интерлокальные коллизии*** коллодируют самостоятельные системы права одного государства. Такие коллизии возникают в государствах «с множественностью правовых систем», т. е. имеющих в своем составе несколько административно-территориальных единиц, правовые комплексы которых обладают отличительными особенностями. Проблема интерлокальной множественности правовых систем характерна в первую очередь для федеративных государств, в которых субъекты федерации управомочены иметь собственные правовые системы.

Субъекты федерации наделяются определенной правовой самостоятельностью, имеют правомочия в сфере принятия законодательных актов, которые зачастую коллодируют как с общефедеральными законами, так и с законодательством других субъектов федерации. Федеративное устройство государства обусловливает две самостоятельные коллизионные проблемы. Правоприменитель должен сделать выбор не только между правом федерации и правом субъекта федерации, но и между правовыми системами нескольких субъектов федерации (В. Л. Толстых).

Интерлокальные коллизионные нормы позволяют разрешить коллизии между нормативными системами субъектов федерации. Интерлокальные коллизионные нормы могут дополнять «общегосударственную» коллизионную норму. Например, «если в соответствии с межгосударственной коллизионной нормой применимым правом будет право местонахождения лица… возникает вопрос, что считать таким правом – правовой комплекс, действующий в рамках федерации в целом, или правовой комплекс субъекта федерации, на территории которого данное лицо… находится. Ответ на этот вопрос может быть дан только с помощью межобластных коллизионных норм» (Н. Ю. Ерпылева).

Традиционные проблемы коллизионного регулирования при применении интерлокальных коллизионных норм, как правило, не возникают либо не отличаются особой остротой. «Основы правопорядков субъектов федераций или других административно-территориальных единиц не могут быть столь различными, как правопорядки двух иностранных государств» (А. Г. Светланов). Правовые системы субъектов федеративного государства основаны на единых конституционных принципах. Коллизионное регулирование в основном имеет «общегосударственный» характер. В интерлокальном праве не выделяют проблем обратной отсылки, предварительного коллизионного вопроса, первичной квалификации.

Казус

В доктрине указывается, что «трудно представить ситуации отказа суда одного субъекта федерации от применения норм права другого субъекта федерации по причинам, связанным с публичным порядком» (В. Л. Толстых). Точно так же не представляется правомерным отказ от применения норм иностранного права или исполнения иностранного судебного решения со ссылкой на «противоречие публичному порядку субъекта федерации». Однако в отечественной правоприменительной практике встречаются подобные случаи. Так, Верховный суд Татарстана отказал в признании и принудительном исполнении решения Арбитражного суда МТП, заявив, что

«исполнение решения нанесло бы ущерб интересам субъекта РФ», а это является «нарушением публичного порядка Татарстана».

Интерлокальные коллизии – не редкость и в унитарных государствах, правовые системы которых обладают элементами федерализма (Великобритания – английское, шотландское и северо-ирландское право). С другой стороны, в федерациях принимаются «общегосударственные» нормативные акты: в ФРГ действуют единые Гражданское и Торговое уложения; Обязательственный закон и ГК Швейцарии являются общими актами гражданского права для всех кантонов; в Индии Закон об арбитраже и примирительных процедурах (1996 г.) распространяется на все штаты.

Наиболее сложные интерлокальные коллизии – межштатные коллизии в США (федеральное право и право 50 штатов). Каждый штат наделен максимальным объемом правовой самостоятельности. На уровне федерации безусловно можно назвать только один императивный акт – Конституцию США (1787 г.). Подавляющее большинство иных общефедеральных нормативных актов имеет рекомендательный характер. В каждом штате действуют свои собственные уголовные, гражданские, торговые и семейные законы; в каждом штате есть свое собственное МЧП (общефедеральное МЧП существует на уровне рекомендательного акта – Свод законов о конфликте законов (1971 г.). Коллизионное право – часть правовых систем отдельных штатов, но не часть федеральной правовой системы.

Особая сложность американского интерлокального права обусловлена тем, что законодательство штатов принципиально различно (например, совершеннолетие в зависимости от штата наступает в возрасте от 18 лет до 21 года; понятие постоянного места жительства в штате Невада – 24 часа пребывания на его территории, в федеральном округе Колумбия – шесть месяцев; в штате Калифорния юридические последствия порождают и светская, и церковная формы заключения брака, в штате Алабама – только церковная). Во всех штатах действует система общего права, а в штате Луизиана – континентальная (Луизиана – единственный штат на территории США, в 1991 г. осуществивший кодификацию МЧП). Межштатные коллизии в США по своей сложности приравниваются к международным.

Более корректно говорить о коллизионном праве отдельных штатов, а не о коллизионном праве США. Федеральные суды, решая дела с участием «граждан» различных штатов, обязаны руководствоваться коллизионными нормами того штата, в котором расположен данный федеральный суд (А. Мережко).

Интерлокальное право в ФРГ обусловлено не столько федеративным устройством этого государства, сколько объединением ГДР и ФРГ в 1990 г. Немецкий законодатель нашел корректное решение потенциальных коллизий, которые могли возникнуть в связи с тем, что на землях бывшей ГДР стало действовать право ФРГ. В 1991 г. было принято Дополнение к Вводному закону к ГГУ, где установлено, что к длящимся гражданским правоотношениям, возникшим до объединения на территории бывшей ГДР, применяется право, действовавшее в ГДР на момент возникновения данных отношений. Критерием привязки в данной ситуации служит последнее постоянное место жительства на территории ФРГ или ГДР в период, имеющий решающее значение для дела. Коллизии между федеральным законодательством и законодательством земель решаются на основе преимущественной силы федеральных законов (ст. 31 Основного закона ФРГ).

Доктрина

В Российской Федерации также существует почва для возникновения коллизий между законодательством субъектов РФ. В доктрине высказывается мнение, что «в отношении Российской Федерации, где в соответствии с Конституцией РФ каждый из 89 ее субъектов имеет свою

конституцию (устав) и законодательство (п. 2 ст. 5)», данная проблема отличается особой актуальностью (Н. Ю. Ерпылева).

Существует и противоположная точка зрения: «Относимость Российской Федерации к федеративным государствам является спорной с учетом ограниченности сферы полномочий субъектов РФ. Применительно к Российской Федерации коллизионная проблема выбора между правопорядками РФ и ее субъектов и проблема выбора между правопорядками субъектов РФ не являются особо актуальной» (В. Л. Толстых). Законодательные правомочия субъектов РФ возможны только вне пределов действия ст. 71 (исключительное ведение Российской Федерации), ст. 72 (совместное ведение Российской Федерации и ее субъектов) Конституции РФ и по достаточно ограниченному кругу вопросов (ст. 73). В Конституции РФ закреплен примат федеральных законов, если законодательство субъектов противоречит общефедеральному.

Проблема интерлокальных коллизий вполне определенно разрешена непосредственно в Конституции РФ. В п. «о» ст. 71 установлено, что гражданское право, правовое регулирование интеллектуальной собственности, гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное право находятся в исключительном ведении Российской Федерации. В этих сферах априорно не могут возникать интерлокальные проблемы.

Согласно постановлениям п. «к» ст. 72 Конституции РФ трудовое, семейное, жилищное, земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о праве собственности, о недрах, об охране окружающей среды находится в совместном ведении Российской Федерации и ее субъектов. В этих областях возможно возникновение интерлокальных коллизий.

Статья 3 СК РФ устанавливает право субъектов принимать нормативные правовые акты по семейному праву. Законами субъектов РФ могут быть определены: порядок и условия, при наличии которых вступление в брак в виде исключения с учетом особых обстоятельств может быть разрешено до достижения 16 лет (ст. 13); запрет присоединения к фамилии одного супруга фамилии другого супруга (ст. 32); порядок осуществления права ребенка на имя и отчество (ст. 58).

Законодательно коллизионная проблема выбора между правопорядками различных субъектов РФ применительно к семейным отношениям не разрешается. Возникает необходимость использовать аналогию права и закона. Самая распространенная привязка в семейных отношениях – право страны гражданства лица. В России действует принцип единого гражданства, поэтому для решения коллизий между правопорядками ее субъектов в качестве субститута привязки к праву гражданства целесообразно использовать привязку к праву постоянного места жительства (В. Л. Толстых).

Статья 6 Трудового кодекса РФ закрепляет правомочие субъектов принимать акты, содержащие нормы трудового права, по вопросам, не урегулированным федеральным законом. Законы и иные нормативные акты субъектов РФ, содержащие нормы трудового права, действуют в пределах территории соответствующего субъекта (ст. 13). Интерлокальная проблема разрешается на основе «права места работы» (lex loci laboris) – к трудовым отношениям применяется законодательство «субъекта РФ, на территории которого осуществляется трудовая функция» (В. Л. Толстых).

Вопросы федерального коллизионного права относятся к исключительному ведению России (п. «п» ст. 71 Конституции). Термин «федеральное коллизионное право» означает «правовые предписания, позволяющие преодолевать противоречия при определении предметов ведения Российской Федерации и ее субъектов, полномочий государственных органов решать коллизии между актами законодательства Российской Федерации и ее субъектов, равно как и между отдельными нормативными правовыми актами» (В. П. Звеков). Такое

толкование термина «коллизионное право» позволяет распространить его на интерлокальные коллизии – существует единое федеральное коллизионное право, а субъекты не вправе создавать собственные коллизионные нормы.

Зачастую интерлокальные коллизии неразрывно связаны с интертемпоральными, и тогда вопрос об их разрешении приобретает особую остроту. Такие коллизии могут трансформироваться в международные. Подобная ситуация чаще всего возникает в случае распада федеративного государства. В частности, это относится к проблемам коллизионного права, появившимся вследствие распада СССР, Югославии, Чехословакии. Может иметь место и прямо противоположная ситуация: объединение Германии в 1990 г. превратило международные коллизии между правом ФРГ и правом ГДР во внутренние межобластные коллизии.

Если коллизионный вопрос решен в пользу применения права иностранного государства, в котором существуют административно-территориальные образования со своими подсистемами права, возникает дополнительный вопрос: право какого территориального образования следует применить? Современная практика и доктрина однозначно решают эту проблему: интерлокальные коллизии разрешаются в соответствии с общими постановлениями права иностранного государства. Выбор права конкретного государства означает выбор правовой системы в целом, и любой вопрос, связанный с применением иностранного права должен решаться только с позиций этого права.

Подобный подход выражен в законодательстве: Закон о МЧП Польши (ст. 5) устанавливает, что если в государстве, закон которого подлежит применению, действуют разные системы права, то закон этого государства определяет, какая система права должна применяться. Сходная норма содержится в Законе о МЧП Австрии: если иностранный правопорядок состоит из нескольких отдельных правопорядков, применяется тот из них, на который указывают содержащиеся в иностранном правопорядке правила. При отсутствии таких правил применяется тот правопорядок, с которым имеется наиболее тесная связь. Обращение к критерию реальной связи предусмотрено на случай, если не удается установить, какая из подсистем иностранного права должна применяться.

Такое же решение интерлокальных проблем предлагает ст. 1188 ГК РФ: когда подлежит применению право страны, в которой действуют несколько правовых систем, применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны. Если в соответствии с правом такого государства нельзя установить, какая из его правовых систем должна применяться, российский суд применяет правовую систему, с которой отношение наиболее тесно связано.

Статья 1188 ГК РФ обязывает правоприменителя обращаться к межобластным коллизионным нормам государства, к которому отсылает отечественная коллизионная норма. Возникает проблема применения иностранных коллизионных норм. Статья 1190 предусматривает, что любая отсылка к иностранному праву должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву (за исключение вопросов правового статуса физических лиц). Таким образом, применение иностранного коллизионного права в принципе не допустимо.

Предписания ст. 1188 ГК РФ позволяют применять общие принципы российского коллизионного права, если в иностранном праве отсутствуют интерлокальные коллизионные нормы. Это презюмирует возможность использования отечественных коллизионных норм, но не ясно, каких именно – интерлокальных или общих? Общие коллизионные нормы для разрешения интерлокальных коллизий, как правило, не подходят (положения ст. 1195 ГК не позволяют установить, право какого штата следует применить для определения личного закона гражданина США). В настоящее время подобная ситуация представляет собой пробел в праве.

Во многих случаях применение иностранных интерлокальных норм противоречит национальному закону. Например, Закон Лихтенштейна об изменении регулирования о лицах и обществах (1996 г.) устанавливает: «…Объединение… подчиняется праву того государства, в котором оно действительно управляется» (ст. 232.2). Законодатель Лихтенштейна закрепил теорию контроля в качестве критерия для определения правосубъектности юридического лица. В российском законодательстве (ст. 1202 ГК РФ) императивно действует принцип инкорпорации. Однако предписания ст. 1188 ГК РФ не позволяют применять коллизионную привязку ст. 1202 по вопросам правосубъектности иностранного юридического лица.

3.5
Интерперсональное и интертемпоральное право

Интерперсональное право. Действие закона по кругу лиц зачастую порождает интерперсональные коллизии (интерперсональное право). Несколько правовых систем существуют в государствах, населенных обособленными с точки зрения правового регулирования общностями (Индия, Индонезия). Интерперсональные коллизии являются не международными, а внутренними, отражают внутреннюю структуру права соответствующего государства. Главным образом такие коллизии присутствуют в брачно-семейном и наследственном праве. Там, где существуют единые общегосударственные правовые системы, интерперсональные коллизии не возникают. Суть подобных коллизий – сосуществование двух и более правовых укладов регулирования, в большинстве случаев происходящих со времен колониализма, когда одновременно действовало право метрополии и местное (туземное) право (Л. П. Ануфриева). Интерперсональные коллизии порождают необходимость обращаться к интерперсональным коллизионным нормам, устанавливающим, право какой общности подлежит применению.

В качестве примера можно привести Индонезию. В 1925 г. голландские колониальные власти провели деление всего населения на группы: европейцы; лица, приравненные к европейцам; туземцы, к которым относились и «восточные иностранцы», – тайцы, малайцы, китайцы, арабы, индусы. К европейцам и лицам, к ним приравненным, применялось право, созданное по образцу голландского гражданского, торгового и гражданско-процессуального, к туземцам применялось обычное мусульманское право (адат).

Доктрина

Оценка интерперсональных коллизий в современной доктрине противоречива. С одной точки зрения, такие коллизии аналогичны коллизионным нормам МЧП, с другой – интерперсональные коллизии в принципе исключаются из сферы действия МЧП. Есть концепция, согласно которой нормы интерперсонального права несут в себе коллизионное начало, но имеют иную природу, нежели коллизионные нормы МЧП. Особая правовая природа интерперсональных коллизий обусловлена структурными отличиями этнических, религиозных, племенных и других объединений от общей структуры государства. Высказывается также точка зрения, согласно которой нормы интерперсонального права являются переходными между церковным и гражданским правом, а наличие и разрешение интерперсональных коллизий зависят от того, инкорпорированы ли интерперсональные нормы в гражданское право соответствующего государства.

Интерперсональные коллизии характерны для стран Востока, в которых правовой статус лиц различается в зависимости от принадлежности к той или иной религии (индуистской, мусульманской, иудаистской), стран Экваториальной Африки (для европейцев действует кодифицированное право бывшей метрополии, для туземцев – обычное племенное право). Разделение права по личному критерию существует в Индии, Палестине, Израиле; в государствах исламской правовой семьи, особенно в арабских странах с населением, исповедующим различные религии (индуистское, исламское, мадзеинское, зороастрийское, христианское семейное право). С точки зрения интерперсонального права, традиционно различают три системы права, основанные преимущественно на религиозных течениях, –

ислам, индуизм, иудаизм. Ведущую роль в правовом регулировании играют соответствующие источники – Коран, Тора, хадисы (Л. П. Ануфриева).

В Малайзии право разделено по расовому критерию: к этническим китайцам применяется китайское право. В Израиле юридически действительными считаются только церковные браки, заключенные в синагоге между представителями иудаистской религии. Иные брачно-семейные отношения с точки зрения израильского права не порождают юридических последствий и не регулируются семейным правом Израиля. В Израиле не признаются действительными браки, заключенные гражданами Израиля на территории других государств не в синагоге и не по иудаистскому обряду (даже если подобный брак был заключен до получения лицом израильского гражданства).

Показателен пример разрешения интерперсональных коллизий по праву Марокко. Если в бракоразводном процессе иностранный суд вынужден применять марокканское право, судья обязан учитывать, что в соответствии со Сводом законов о гражданском состоянии и правовом положении физических лиц (1957 г.) в Марокко существует несколько категорий физических лиц, правовой статус которых регламентируется по-разному. В марокканском праве установлен различный порядок расторжения брака между французами, между иностранцами, между марокканцами и иностранцами (отношения между иностранцем и марокканкой или между иностранкой и марокканцем регулируются по-разному).

Интерперсональное коллизии существуют и в ФРГ, но в Германии эта проблема порождена иными причинами, нежели интерперсональное право в странах Азии и Африки. Наличие подобной проблемы в ФРГ связано с объединением Германии (как и немецкое интерлокальное право). Разрешение интерперсональных коллизий определено в Дополнении к Вводному закону к ГГУ (1991 г.): к длящимся гражданским и семейным отношениям между гражданами бывшей ГДР применяется право ГДР, действовавшее на момент вступления лиц в подобные отношения.

В МЧП интерперсональные коллизии решаются так же, как и интерлокальные – в соответствии с правом данного государства: «Если лицо является гражданином страны, где применение тех или иных правил зависит от статуса ее граждан, правом его страны гражданства является право, определенное в соответствии с нормами этой страны» (ст. 31.1 Закона Японии о применении законов (1898 г.). Интерперсональное право должно подчиняться действию всех существующих в данном правопорядке предписаний. Если конкретное государство санкционирует «двойственность», «тройственность» и т. д. своих правовых укладов, вопрос применения соответствующей нормативной системы определяется на основе внутригосударственной регламентации данного вопроса.

Интерперсональные коллизии возникают на территории конкретного государства и их регулирование является внутренним делом государства. В праве других государств проблема таких коллизий возникает тогда, когда национальная коллизионная норма предписывает применение права страны, в которой существуют различные персональные подсистемы права. Суд обязан применять иностранное право так, как оно применяется у себя на родине, поэтому ответ на вопрос, какая из действующих персональных подсистем права подлежит применению, следует искать в избранном иностранном праве. В российском законодательстве решение интерперсональных коллизий совпадает с решением интерлокальных коллизий (ст. 1188 ГК РФ).

Интертемпоральное право. Действие закона во времени – источник возникновения интертемпоральных коллизий (интертемпоральное право). Такие коллизии также имеют не международный, а внутренний характер. Существует концепция, что коллизионное право – это совокупность норм, направленных только на определение действия гражданско-правовых законов в пространстве. В этом заключается одно из его основных отличий от совокуп-

ности материальных норм, регулирующих действие законов во времени. С такой позицией нельзя согласиться (Л. А. Лунц).

Коллизионное право направлено не только на определение пространственного действия норм материального права. Ни один из коллизионных принципов не преследует такой цели. Противопоставление коллизионных норм, выражающих действие закона в пространстве, нормам, определяющим действие законов во времени, некорректно с точки зрения соотношения тех и других. С точки зрения коллизионного права правила о действии закона во времени – это нормы, в отношении которых возникают те же проблемы выбора законодательства, что и в отношении любых других норм. Коллизионная отсылка к праву какого-либо государства включает отсылку и к законам этого государства, регулирующим вопрос о времени вступления в силу определенных норм, их обратной силе действия.

Интертемпоральные коллизии возникают из наличия в государстве разновременно изданных законов, регулирующих одни и те же отношения. Суд при решении коллизионного вопроса может столкнуться с несколькими правовыми актами как иностранного, так и своего государства, регулирующими одни и те же отношения, но принятыми в разное время. Это и есть коллизия законов, касающаяся действия нормативного акта во времени. Коллизионная норма предназначена для установления применимого права, но такое установление необходимо осуществлять не только с позиций фактического состава правоотношения, но и учитывая специфику действия закона во времени. После определения применимого правопорядка суд должен разрешать проблему действия закона во времени по правилам решения внутренних коллизий с позиций норм, непосредственно регулирующих действие закона во времени.

В МЧП проблема интертемпорального права возникает, если отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному праву, в котором по данному отношению существуют два и более разновременно изданных законов. Если коллизионная норма отсылает к законодательству определенного иностранного государства, то только данное иностранное законодательство компетентно разрешить вопрос, какие из разновременно изданных подлежат применению в конкретном случае: применяются ли законы, действовавшие в момент возникновения данного правоотношения, либо законы, действующие на момент рассмотрения дела в суде; имеют ли какие-то законы обратную силу по отношению к ранее заключенной сделке или ранее открывшемуся наследству.

Интертемпоральные коллизии разрешаются на тех же началах, что интерлокальные или интерперсональные – в соответствии с предписаниями того государства, чье право должно применяться к данному отношению (ст. 1188 ГК РФ). Коллизионная норма отсылает к системе иностранного права в целом, включая правовые установления, которые указывают, какой именно из разновременно изданных законов подлежит применению. Это вытекает из общего принципа коллизионного права: если закон одного государства предписывает применение права иностранного государства, то это право должно применяться так, как оно в данном случае было бы применено в суде соответствующего иностранного государства: «Иностранное право применяется в соответствии с его собственными критериями толкования и применения во времени» (ст. 15 Закона о реформе МЧП Италии).

Такое решение интертемпоральных коллизий характерно для всех случаев применения иностранного права, в том числе когда такое применение обусловлено не предписаниями национального законодательства, а автономией воли участников гражданского правоотношения. Если стороны подчинили свой договор праву данного иностранного государства, следовательно, они тем самым подчинили свои отношения всем будущим изменениям в этом праве.

Подчинив свой договор праву определенной страны, стороны перенесли свое обязательство в сферу действия этой юрисдикции в отношении всего, что касается толкова-

ния договора, его действия и способов исполнения. Следовательно, договор подчинен всем последующим изменениям в законодательстве этого государства. Данная точка зрения в науке обосновывается в основном ссылками на доктрину К. Савиньи, согласно которой каждое обязательство имеет «оседлость» или связь с определенным местом, которое стороны вправе определить по своему выбору. Например, действие американского Закона об аннулировании золотой оговорки (1933 г.) получило признание за пределами США, в том числе в отношении обязательств, которые были заключены до вступления в силу этого Закона.

Вопрос действия коллизионной нормы во времени затрагивает проблему изменений в фактическом составе правоотношения. Коллизионная норма, устанавливающая определенную привязку, осталась прежней, но изменился фактический состав правоотношения в части, содержащей именно тот признак, по которому данная коллизионная норма привязывает отношение к определенному правопорядку (личный закон индивида понимается как закон гражданства – лицо поменяло гражданство). Возникает проблема: право какого государства является личным законом данного лица? Ни практика, ни теория не дают однозначного ответа. Суды, как правило, идут по линии «наименьшего сопротивления» – применяется право места жительства индивида либо право государства его первого гражданства.

При применении привязки к праву места нахождения вещи для установления права собственности на вещь возникает вопрос, на какой момент времени необходимо определять место нахождения вещи, если после изменений в праве собственности произошло перемещение этой вещи через границу. Законы большинства государств решают этот вопрос однозначно: приобретение и потеря прав на движимое имущество определяется законодательством того государства, в котором вещь находилась в момент изменения вещных прав (Законы о МЧП Польши и Чехии).

При заключении внешнеторговых сделок отношения сторон при отсутствии соглашения сторон о выборе права регулируются правом центральной стороны сделки (ст. 1211 ГК РФ). Проблема: на какой момент времени следует устанавливать место нахождения продавца (подрядчика, кредитора, дарителя), если оно изменилось после заключения договора? Как правило, место нахождения центральной стороны сделки определяется на момент заключения договора. Таким образом, наиболее широкое применение имеет приурочение коллизионной привязки к моменту возникновения правоотношения.

Особую сложность при решении интертемпоральных коллизий вызывают длящиеся правоотношения (семейные, трудовые, наследственные), в которых взаимные права и обязанности постоянно возникают, изменяются и прекращаются. В этих сферах основными коллизионными привязками выступают право страны гражданства членов семьи, их места жительства, закон компетентности учреждения, право последнего места жительства наследодателя, право страны места работы. Здесь вряд ли можно утверждать, что перемена гражданства или места жительства не приведут к иному решению коллизионного вопроса. Выбор применимого права должен иметь в виду фактические изменения в составе правоотношения.

Проблема интертемпоральных коллизий достаточно серьезна для современной ФРГ. В соответствии с Приложением II к Договору о воссоединении Германии 1990 г. продолжают действовать некоторые положения права бывшей ГДР до истечения установленных временных ограничений. Право ГДР применяется в отношении «старых дел» (ст. 230 Вводного закона к ГГУ (в ред. 1990 г.). В немецкой доктрине господствует теория правового разделения во времени. Вопрос о том, какое МЧП (ФРГ или ГДР) следует применять к какому-либо событию, решается на основе определения момента, когда имело место данное действие (событие). Если правоотношения возникли до объединения Германии, то на землях бывшей ГДР к ним применяется «старое» МЧП ГДР («Закон о применимом праве»); на землях ФРГ действуют положения Вводного закона к ГГУ (Х. Кох).

Проблема интертемпоральных коллизий существует в России. Она решается следующим образом: существует перечень законов и подзаконнных актов бывшего СССР, которые продолжают действовать в современной России. С каждым годом их количество уменьшается, но пока интертемпоральные коллизии между «старым советским» и «новым российским» правом продолжают создавать трудности для определения применимого права в каждом конкретном случае.

3.6
Основные типы коллизионных привязок

Типы коллизионных привязок (формул прикрепления) – это наиболее типичные, максимально обобщенные правила, чаще всего используемые для построения коллизионных норм (коллизионные критерии, коллизионные принципы). Система коллизионных принципов основана на общих коллизионных привязках.

Коллизионное регулирование предполагает деление правоотношения на статуты – комплекс взаимосвязанных вопросов, предполагающих применение определенного правопорядка. Статут можно определить и как применимое право: общий статут договора – право, регулирующее договор в целом; статут формы брака – право, определяющее порядок и форму заключения брака. Статуты подразделяются на:

– основные – личный, формальный, вещный, обязательственный, валютный, деликтный, наследственный, семейный;

– вспомогательные – статут общих последствий брака, завещательный статут, статут общего места жительства и т. п.

3.6.1
Личный закон физического лица (lex personalis)

Личный закон физического лица в зависимости от принадлежности государства к определенной правовой системе понимается в двух вариантах.

Закон гражданства (lex patriae) – правовой статус лица определяется законодательством того государства, чье гражданство это лицо имеет. Данный коллизионный принцип имеет экстерриториальный характер – государство стремится подчинить своей юрисдикции всех своих граждан независимо от их места нахождения. Понимание личного закона как закона гражданства свойственно большинству стран континентального права (Франция, Бельгия, Испания, Германия, Япония). «Правоспособность физического лица определяется по праву государства, гражданином которого оно является» (ст. 5 ГК Греции).

Закон домицилия (lex domicilii – закон места жительства) – правовой статус лица определяется по законодательству государства, на территории которого данное лицо проживает. Этот коллизионный принцип имеет территориальный характер – государство подчиняет своей юрисдикции всех лиц, находящихся на его территории независимо от их гражданства. Понимание личного закона как закона домицилия свойственно в основном государствам общего права (США, Великобритания, Исландия). «Статус и дееспособность физического лица регулируются правом его домицилия» (ст. 3083 ГК Квебека). Эта коллизионная привязка закреплена и в праве многих континентальных стран (Швейцария, Норвегия, Дания). «Состояние и дееспособность физических лиц определяются правом места их жительства» (ст. 13 ГК Мексики).

В современном праве наблюдается стремление государств к максимальному расширению их юрисдикции: в большинстве правовых систем при определении личного закона индивида применяется сочетание законов гражданства и домицилия.

Единообразного понимания личного закона нет даже на региональном уровне: в Латинской Америке одни государства придерживаются принципа гражданства (Куба, Коста-Рика, Гондурас, Гаити), другие – принципа домицилия (Аргентина, Бразилия, Гватемала). В Кодексе Бустаманте зафиксировано: «Каждое из государств-участников будет применять в

качестве личного закона закон домицилия, или закон гражданства, или те законы, которые уже приняты или будут приняты в его внутреннем законодательстве» (ст. 7).

Коллизионный принцип закон гражданства легче для практического применения, чем закон домицилия. Определение домицилия практически во всех государствах осуществляется непосредственно в суде. Например, в отношении британского подданного, родившегося от домицилированных в Англии родителей, действует почти неопровержимая презумпция, что такое лицо всегда сохраняет «британский домицилий происхождения», несмотря на длительное проживание за границей (Л. А. Лунц). Для того чтобы доказать, что лицо сменило «домицилий происхождения» на «домицилий по выбору», надо установить не только длительное проживание лица в новом месте, но и твердое намерение обосновать там «свой дом», и отсутствие «намерения вернуться на родину».

В странах континентального права закон домицилия устанавливается на основе критериев места жительства, обычного места пребывания, места делового обзаведения: «Личным законом лиц, имеющих гражданство нескольких государств… лиц без гражданства является право государства, на территории которого они имеют место жительства… Если… у лица не имеется места жительства, то личный закон определяется по обычному месту пребывания лица» (ст. 11 Указа Венгрии). Венгерский законодатель определяет понятия «место жительства» и «обычное место пребывания»: «Местом жительства является место, где какое-либо лицо проживает постоянно или с намерением поселиться. Обычным местом пребывания является место, где какое-либо лицо находится в течение продолжительного времени без намерения поселиться» (ст. 12).

По законодательству Швейцарии закон домицилия устанавливается на основе следующих критериев: «…Физическое лицо имеет:

а) место жительства в том государстве, в котором оно проживает, с намерением жить в нем постоянно;

б) место обычного пребывания в том государстве, в котором оно проживает в течение некоторого срока, даже если этот срок заранее органичен;

в) место делового обзаведения в том государстве, в котором сосредоточена его профессиональная или коммерческая деятельность.

Никто не может иметь одновременно несколько мест жительства» (ст. 20 Закона о МЧП Швейцарии).

В отечественной доктрине высказывается точка зрения – применение критерия места жительства проще и практичнее критерия гражданства, «недаром законодательства многих государств все более отдают предпочтение» территориальному принципу (Т. Шингирей).

Коллизионный принцип личного закона индивидов определяет личный статус физических лиц:

– начало и конец правоспособности, ее содержание и ограничения. Как правило, вопрос содержания правоспособности изымается из сферы действия коллизионного права и подчиняется императивному материально-правовому принципу национального режима;

– дееспособность лица;

– личные права (право на имя, фирму, честь, защиту деловой репутации);

– вопросы семейного права (внутренние условия заключения и расторжения брака);

– вопросы наследования движимого имущества.

В российском праве личный закон физических лиц определен в ст. 1195 ГК РФ. Генеральная коллизионная привязка – это закон гражданства. Отечественная трактовка личного закона учитывает современные тенденции развития МЧП: для разных категорий физических лиц применяется либо закон гражданства, либо закон домицилия. Личный закон определяет гражданскую и гражданско-процессуальную правосубъектность (статус) индивида (ст. 1195–1199 ГК РФ).

Отечественное понятие «место жительства» определено в специальных подзаконных актах: это место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает в качестве собственника, по договору найма (поднайма), социального найма, договору аренды либо на иных основаниях, предусмотренных законодательством РФ, – жилой дом, квартира, служебное жилое помещение, специализированные дома (общежитие, гостиница-приют, специальный дом для одиноких и престарелых, домингернат для инвалидов), иное жилое помещение. В ГК РФ понятие «место жительства» определено чрезвычайно формально (ст. 20), поэтому применение этого критерия может вызвать серьезные затруднения.

3.6.2
Личный закон юридического лица (lex societatis)

Смысл данной формулы прикрепления – «правовой статус юридического лица определяется законом того государства, чью государственную принадлежность (национальность) имеет юридическое лицо» (Н. Ю. Ерпылева). Национальность указывает на принадлежность юридического лица к конкретному правопорядку, являющемуся личным статутом компании.

Личный статут юридического лица (применимое право) представляет собой его личный закон, на основе которого определяются:

– статус организации в качестве юридического лица;

– его организационно-правовая форма;

– требования к наименованию юридического лица;

– вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, вопросы правопреемства;

– содержание и объем правоспособности юридического лица;

– порядок приобретения прав и обязанностей;

– внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками;

– способность юридического лица отвечать по своим обязательствам.

Личный закон юридического лица и его государственная принадлежность (национальность) – категории различные. Личный закон – категория коллизионного права, право конкретного государства, компетентное ответить на вопросы, связанные с правосубъектностью юридического лица. Государственная принадлежность (национальность) – материально-правовая категория, «привязанность» юридического лица к определенному государству и его правопорядку.

Варианты определения национальности юридических лиц:

– т**еория инкорпорации**: личным законом юридического лица считается право того государства, в котором данное лицо зарегистрировано (Великобритания, Россия, Китай, Чехия, Индия, США);

– т**еория оседлости**: юридическое лицо принадлежит тому государству, на чьей территории находится его административный центр (Франция, Бельгия, Украина). Место нахождения основного органа управления обычно определяется в соответствии с уставными документами. Если в уставе отсутствует указание места нахождения основного органа управления, то им, как правило, является фактическое (эффективное) место нахождения такого органа;

– т**еория эффективного места деятельности**: юридическое лицо имеет национальность того государства, на чьей территории оно ведет основную хозяйственную деятельность (Сирия, Алжир). Критерий эффективного места деятельности оптимален для определения национальной принадлежности офшорных компаний;

– т**еория контроля**: юридическое лицо имеет национальность того государства, с территории которого контролируется и управляется его деятельность – законодательство подавляющего большинства развивающихся стран, Вашингтонская конвенция 1965 г., Договор к Энергетической хартии (1994 г.). Теория контроля – наилучший критерий для установления действительной национальности ТНК;

– **«смешанный критерий»**: как дополняющие друг друга устанавливаются привязки к праву государства инкорпорации, места нахождения и места осуществления деятельности (Италия, Канада, Египет, Польша). В законодательстве Лихтенштейна и Швейцарии закреплена возможность подчинения компании местному праву без ликвидации и новой регистрации, а также выход из сферы его действия.

Такие законодательные различия создают серьезные проблемы. Юридическое лицо, учрежденное в государстве, применяющем критерий оседлости (Франция), и переместившее свой административный центр в государство, применяющее критерий инкорпорации (Великобритания), будет признано английским во Франции и французским – в Великобритании, т. е. «теряет» национальность. Юридическое лицо, учрежденное в государстве, применяющем критерий инкорпорации (Россия), и имеющее административный центр в государстве, применяющем критерий оседлости (Украина), в России считается российским, а на Украине – украинским (двойная национальность). Юридическое лицо, учрежденное в государстве, применяющем критерий инкорпорации (Австрия), и перемещающее свой административный центр в государство, применяющее аналогичный критерий (Чехия), будет считаться австрийским и в Австрии, и в Чехии, т. е. приобретает одностороннюю (неполную) национальность (Н. Ю. Ерпылева).

В современном законодательстве большинства государств для определения личного закона юридических лиц применяется сочетание различных критериев (Великобритания и США – теории инкорпорации и контроля, Индия – инкорпорации и эффективного места деятельности, Венгрия – инкорпорации и оседлости). «Смешанный критерий» представляется наиболее удачным, но и его применение не может устранить всех возможных коллизий.

Оптимальный способ – унификация критериев определения национальности юридических лиц в рамках международных организаций и путем заключения международных договоров (Н. Г. Доронина). На международном уровне предпринята попытка синтезировать теории инкопорации и оседлости: Гаагская конвенция о признании прав юридического лица за иностранными компаниями, ассоциациями, учреждениями (1956 г.) исходит из того, что национальность юридического лица определяется по месту, где оно зарегистрировано и где по уставу находится его правление. В Договоре об учреждении Европейского Экономического Сообщества (г. Рим, 25 марта 1957 г.) закреплено унифицированное понятие «национальность юридического лица». Любая компания, учрежденная по национальным законам, даже если она контролируется иностранной компанией, имеет 100 %-ный иностранный капитал либо выполняет функции филиала зарубежной компании, в своей деятельности подчиняется режиму, предусмотренному для национальных компаний.

В отношении юридических лиц всегда возникают вопросы их личного статуса и их правоотношений с другими лицами. Эти категории вопросов взаимосвязаны, так как именно от статуса лица зависит, в какие правоотношения и с кем оно может вступать. Однако эта взаимосвязь не исключает самостоятельности указанных категорий, необходимости их отдельного рассмотрения в аспекте коллизионного регулирования. Каждое из правоотношений, в которое вступает юридическое лицо, имеет самостоятельную коллизионную привязку. Одновременно все вопросы правового статуса юридического лица имеют общую коллизионную привязку. Ранее в доктрине МЧП утверждалось, что принцип единого личного статута является непоколебимым: «Все вопросы статуса юридического лица… имеют в принципе

общую коллизионную привязку, подчиняются одному и тому же законодательству, имеют общий личный статут» (Л. А. Лунц).

На современном этапе некоторые представители доктрины (в основном в ФРГ) отвергают одну единую привязку личного закона юридического лица. Правоотношения юридического лица не могут оцениваться по единому личному статуту. Нетрадиционные теории определения личного статута юридического лица базируются на принципе расщепления единого статута юридического лица и подчинения вопросов, входящих в сферу его регулирования, разным коллизионным привязкам. В доктрине ФРГ разработаны **теории оговорок, наложения (суперпозиции), дифференцированности, формирования групп случаев, комбинации, ограниченная теория инкорпорации**. Эти модифицированные теории в некоторой степени позволяют решить проблему совмещения внутренних интересов государства и интересов интернационализации экономики. Однако расщепление единого личного статута, подчинение его различным коллизионным привязкам, смешение норм различных правопорядков приводят к неопределенности правового регулирования, к дестабилизации правоприменения (А. Я. Аухатов).

В российском праве понятие личного статута юридического лица дано в ст. 1202 ГК РФ в виде коллизионной нормы. Россия – одна из немногих стран мира, в чьем праве установлен только один критерий определения личного закона юридического лица – критерий инкорпорации (п. 1 ст. 1202).

В отечественной доктрине указывается, что согласно Федеральному закону от 8 августа 2001 г. № 129-ФЗ «О государственной регистрации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей» под местом учреждения юридического лица понимается место нахождения постоянно действующего исполнительного органа или место нахождения иного органа или лица, имеющего право действовать от имени юридического лица без доверенности. Поэтому при определении юридического лица как российского критерий инкорпорации дополняется критерием оседлости (Г. К. Дмитриева, В. Н. Ануров). Судебная практика идет именно по этому пути.

3.6.3 Закон места нахождения вещи (lex rei sitae)

Закон места нахождения вещи – это «принцип коллизионного права», одна из старейших коллизионных привязок, определяющая вещно-правовой статут правоотношения, в который включаются:

– вопросы деления вещей, их юридическая квалификация (вещи оборотные и необоротные, движимые и недвижимые, родовые и индивидуально-определенные) – «правовое подразделение вещей… определяется согласно праву того государства, в котором вещи находятся» (ст. 31.2 Закона о МЧП Австрии);

– содержание, осуществление и защита права собственности и иных вещных прав. «Содержание права собственности и иных вещных прав, их осуществление и защита определяются по праву страны, где это имущество находится» (п. 1 ст. 1205 ГК РФ);

– возникновение, изменение и прекращение права собственности и иных вещных прав «на имущество определяются по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом» (п. 1 ст. 1206 ГК РФ);

– правовой статус недвижимого имущества. «При отсутствии соглашения сторон о праве, подлежащем применению к договору в отношении недвижимого имущества, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которой

такой договор наиболее тесно связан, считается, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, право страны, где находится недвижимое имущество» (п. 1 ст. 1213 ГК РФ).

До середины XIX в. разрешение коллизионных вопросов права собственности по закону места нахождения вещи применялось только в отношении недвижимости. Права на движимые вещи определялись по личному закону собственника (согласно принципу «движимость следует за лицом»). В современном праве формула прикрепления «закон места нахождения вещи» применяется и к движимому имуществу. Так, Закон о МЧП Румынии применительно к регулированию отношений международного частного права гласит: «Возникновение, переход или прекращение вещных прав на имущество, место нахождения которого изменилось, регулируется законом места, где оно находилось на момент, когда имел место юридический факт, создавший, изменивший или прекративший соответствующее право» (ст. 52).

В настоящее время коллизионный принцип «закон места нахождения вещи» пользуется повсеместным признанием как начало, определяющее действие в пространстве законов, регулирующих вещные права и на движимое, и на недвижимое имущество. Например, в Законе Южной Кореи о коллизиях законов (1962 г.) говорится: «Вещные права… касающиеся движимостей и недвижимостей… регулируются законом места нахождения объекта таких прав» (ст. 12).

Закон места нахождения вещи понимается как реальная, физическая категория, т. е. как право того государства, на чьей территории находится вещь. Исключения из этого правила составляет следующее:

– вещные права возникли на территории одного государства, вещь впоследствии была перемещена на территорию другого – возникновение права собственности определяется по закону места приобретения имущества, а не по закону его реального места нахождения. Однако вещные права «не могут осуществляться в противоречии с правопорядком» государства места нахождения вещи (ст. 43 Вводного закона к ГГУ);

– правовой статус вещей, внесенных в государственный реестр («условные недвижимости»), определяется правом этого государства независимо от реального места нахождения вещи (ст. 1207 ГК РФ, ст. 45 Вводного закона к ГГУ).

Момент перехода права собственности и момент риска случайной гибели вещи различно определяются в законодательстве разных государств. В настоящее время момент перехода права собственности отделяется от момента перехода риска случайной гибели вещи. Определение момента перехода риска случайной гибели и порчи вещи при переходе прав на движимое имущество производится при помощи привязок обязательственного статута. В области международной торговли значение имеет вопрос перехода риска с продавца на покупателя, а момент перехода права собственности не играет существенной роли (Инкотермс-2000, Закон о МЧП Чехии).

Современное МЧП демонстрирует тенденцию к сужению применения вещно-правового статута за счет расширения применения привязок личного и обязательственного статутов, что отражают следующие примеры из зарубежного законодательства.

1. Приобретение вещных прав в порядке наследования по отношению к движимому имуществу (в ряде случаев – и к недвижимому) регулируется личным законом наследодателя, а не законом места нахождения вещи (ст. 968 ГК Ирана, ст. 34 Закона о МЧП Польши). Государство, на территории которого находится недвижимость, может заявить о своей исключительной компетенции (ст. 86 Закона о МЧП Швейцарии).

2. Вопросы дееспособности лиц при совершении сделок по поводу вещных прав регулируются личным законом субъекта сделки.

3. Судьба имущества иностранного юридического лица определяется по национальному закону этого юридического лица. Вопросы права собственности на имущество филиала иностранного предприятия регулируются правом государства, которому принадлежит данное юридическое лицо (ст. 9.11 ГК Испании, ст. 23.4 Указа Венгрии).

4. Закон места нахождения вещи регулирует вопросы распределения имущества прекратившего существование юридического лица только в том случае, если договором или законом не предусмотрено иное (ст. 35 Кодекса Бустаманте).

5. Права в отношении движимых вещей, которые лицо «имеет при себе» («личный или каютный багаж»), определяются по личному закону их собственника или владельца (ст. 110 Кодекса Бустаманте, ст. 8 Вводного закона к ГК Бразилии).

6. В особом порядке определяется вещно-правовой статут движимых вещей, находящихся в процессе международной перевозки («груз в пути»). Для решения этого вопроса применяются привязки обязательственного статута: право страны места отправления груза (ст. 10.1 ГК Испании), места назначения груза (ст. 833.2 ГК Вьетнама). В отдельных юрисдикциях используется закон места нахождения вещи (ст. 60 Кодекса Туниса).

7. Правовое положение вещей, приобретенных в силу приобретательной давности, регулируется правом страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности (ст. 53 Закона о реформе МЧП Италии).

К договору в отношении вещных прав возможно применение автономии воли – стороны могут сами избрать применимое право независимо от того, где именно находится данное имущество. Это положение представляет собой новеллу современного МЧП и связано с расширением применения автономии воли ко всем договорным отношениям. Ранее считалось, что применение автономии воли к вещным правам в принципе невозможно вследствие замкнутого характера круга вещных прав. В настоящее время применение автономии воли возможно в отношении и движимого, и недвижимого имущества.

3.6.4
Закон страны продавца (lex venditoris)

Закон страны продавца – общая субсидиарная коллизионная привязка большинства договорных обязательств. Эта формула прикрепления имеет вспомогательный характер и применяется в случае, если отсутствует выбор применимого права сторонами договора. Закон страны продавца понимается в широком и узком смыслах.

Закон страны продавца в узком смысле имеет в виду применение к договору купли-продажи права того государства, на чьей территории находится место жительства или основное место деятельности продавца. Основное место деятельности, как правило, – это место торгового обзаведения продавца («место делового обзаведения»).

Регулирование договора по праву страны продавца может привести к расщеплению коллизионной привязки: обязательства покупателя будут регламентироваться правом страны покупателя (lex emptoris), если продавец получил заказ (задаток) в государстве места нахождения покупателя (Л. А. Лунц). Таким образом право страны покупателя понимается в Гаагской конвенции по международной продаже движимых материальных вещей (1955 г.).

Право страны покупателя (право места его проживания или делового обзаведения) может применяться в других случаях (ст. 3114 ГК Квебека), а именно:

– переговоры имели место, и договор был заключен в стране покупателя;

– договор прямо предусматривает, что передача должна осуществляться в этой стране;

– договор заключен на условиях, установленных преимущественно покупателем в ответ на приглашения делать предложения.

Закон страны продавца в широком смысле выступает как обобщающая формула прикрепления, регулирующая не только куплю-продажу, но и все другие договорные отношения (заем, аренду, подряд, страхование, хранение). Эта коллизионная привязка представляет собой отсылку к праву страны, с которой договор наиболее тесно связан. Закон страны продавца выступает критерием для установления связи договора с какой-либо правовой системой.

Принцип наиболее тесной связи понимается как право того государства, на чьей территории находится место жительства, обычное место пребывания, основное место деятельности, место нахождения или контора той стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (ст. 25 Указа Венгрии). Право страны продавца – это правопорядок, «применение которого отвечает разумному урегулированию данного отношения» (ст. 10.1 Закона о МЧП Чехии).

Центральной стороной в договоре купли-продажи (стороной, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора) является продавец; сделка купли-продажи – основная внешнеторговая сделка. Все другие внешнеторговые сделки конструируются по модели договора купли-продажи. Центральная сторона в иных сделках определяется по аналогии «продавец – центральная сторона в договоре купли-продажи». Такое толкование и применение закона страны продавца закреплено в ст. 1211 ГК РФ: при отсутствии выбора права сторонами договора применяется право центральной стороны договора (кроме купли-продажи, в норме определена центральная сторона еще по 18 видам внешнеторговых сделок, например, в договоре залога центральной стороной является право страны залогодателя).

Формула прикрепления «закон страны продавца» закреплена в международных соглашениях. Гаагская конвенция 1986 г. устанавливает (ст. 8): если стороны не выбрали право, подлежащее применению к договору купли-продажи, то таким правом будет право государства, где продавец имел свое коммерческое предприятие в момент заключения договора. В Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям (1978 г.), предусмотрено: если применимое право не было определено сторонами, применяется право государства, на территории которого в момент заключения агентского соглашения агент имел свое коммерческое предприятие или свое обычное место жительства.

3.6.5
Закон места совершения акта (lex loci actus)

Закон места совершения акта – родовая привязка формального и обязательственного статутов, которая предполагает применение права того государства, на чьей территории совершен юридический акт: «Юридические акты являются действительными в том, что касается формы, если выполняются условия, требуемые… системой места совершения акта» (ст. 37.1 Закона о МЧП Венесуэлы). Коллизионный принцип «закон места совершения акта» имеет обобщающий характер. Классический случай применения этой формулы прикрепления – разрешение коллизии законов, связанных с формой частно-правового акта.

Закон места совершения акта регулирует формальный статут правоотношения – порядок подписания и форму сделки. Общепризнанное положение – форма сделки подчиняется праву того государства, на чьей территории она заключена: «Дарения между живыми регулируются… что касается формы, – законом места, в котором действие совершено» (ст. 1048 Кодекса Буркина-Фасо). Это правило применяется к форме как односторонних (завещание, доверенность), так и двусторонних (договор) сделок.

Частный случай понимания закона места совершения акта – специальная коллизионная привязка «**закон формы акта**» (lex formam actus), основанная на общем принципе

права: место управляет актом (loci regit actum). Форма официального юридического акта регулируется правом того государства, на чьей территории этот акт имеет место: «Форма документов подчиняется законам места их составления» (ст. 969 ГК Ирана). Закон формы акта – генеральная коллизионная привязка для определения действительности юридического акта с точки зрения формы. Как правило, форма сделки в отношении недвижимого имущества всегда подчиняется праву страны места нахождения имущества (п. 3 ст. 1209 ГК РФ). В большинстве других ситуаций применение закона формы акта не имеет императивного характера. Формальный статут правоотношения альтернативно подчиняется закону места совершения акта; закону, регулирующему содержание акта; закону места жительства его составителей (ст. 11 ГК Греции, ст. 20 ГК Египта).

В англо-американской судебной практике «закон места совершения акта» считается исходным и основным началом при разрешении коллизионных вопросов о форме сделок. Американская доктрина подчеркивает альтернативное применение закона места совершения акта при решении вопросов о форме сделки. Континентальное право и судебная практика признают принцип закон места совершения акта не как исходное (основное), а как субсидиарное начало при регламентации формального статута правоотношения. Стороны имеют возможность выбора формы и порядка подписания сделки: либо по закону места ее совершения, либо по закону, которому подчинено существо правоотношения: «Сделки могут совершаться либо в форме, предусмотренной правом места их совершения, либо в форме, предусмотренной правом, регулирующим содержание сделки» (ст. 6 Закона о МЧП Турции).

Пункт 1 ст. 1209 ГК РФ подчиняет форму сделки праву места ее совершения. Императивно установлено, что сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права. С первого взгляда складывается впечатление, что ст. 1209 ГК РФ представляет собой источник «хромающих» отношений, – в России правоотношение порождает юридические последствия, а в государстве, на территории которого оно возникло, – нет. Однако аналогичные положения (правда, намного более удачные) закреплены в законодательстве и других государств: сделка, не действительная с точки зрения формы по праву места ее совершения, признается действительной, если форма удовлетворяет требованиям права существа сделки, права места нахождения объекта сделки, права домицилия субъектов сделки (ст. 3109 ГК Квебека).

Возможность альтернативного определения действительности формы сделки по законодательству не только места ее совершения, но и в соответствии с требованиями других правовых систем основана на принципе «презумпция действительности договора» (favour contractus). Это положение призвано охранять интересы торгового оборота, защищать интересы «слабой стороны», обеспечить неотвратимость ответственности за нарушение контракта.

Пункт 2 ст. 1209 ГК РФ устанавливает императивную норму: примат российского права при регулировании формального статута внешнеторговой сделки, участником которой является российское лицо, – форма такой сделки подчиняется российскому праву независимо от места ее совершения. Обязанность соблюдения «особых требований» местного закона закреплено не только в российском законодательстве: «Когда обязательство предназначено для исполнения в Бразилии и зависит от особой формы, таковая должна быть соблюдена с допущением особенностей иностранного закона в отношении внешних условий действия» (ст. 9 Вводного закона к ГК Бразилии). Бразильский законодатель обязал стороны соблюдать «особую форму» обязательств, но при этом не декларировал императивный приоритет национального права. Представляется, что императив примата российской формы внешнеторговой сделки противоречит современным принципам коллизионного регулирования и осложняет правовую регламентацию внешнеторговых операций.

Форма «распоряжений на случай смерти» (завещание, акт его отмены, иные сделки «mortis causa») прежде всего регулируется личным законом наследодателя, и только во вторую очередь – правом того государства, где имело место такое распоряжение (ст. 26 Вводного закона к ГГУ, п. 2 ст. 1224 ГК РФ). Итальянский законодатель на первое место поставил привязку к закону формы акта: форма завещания подчиняется праву места его составления либо личному закону наследодателя (ст. 48 Закона о реформе МЧП Италии).

Закону формы акта подчиняются форма доверенности, срок ее действия и основания прекращения (абз. 2 п. 1 ст. 1209, ч. 2 ст. 1217 ГК РФ). Форма доверенности определяется по праву страны, где доверенность выдана. Доверенность не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если последняя удовлетворяет требованиям российского права. Срок действия доверенности, основания ее прекращения определяются правом места выдачи доверенности.

Основные виды общей формулы прикрепления закон места совершения акта – **закон места совершения (возникновения) обязательства** (lex loci contractus) и **закон места исполнения обязательства** (lex loci solutions): «Для квалификации и регулирования обязательств применяется закон страны, в которой они возникли…» (ст. 9 Вводного закона к ГК Бразилии). Это привязки обязательственного статута, которые имеют субсидиарный характер по отношению к автономии воли сторон при регулировании вопросов обязательственного статута (обязательственный статут отношения – ст. 1215 ГК РФ, ст. 32 Вводного закона к ГГУ). Они используются только при отсутствии соглашения сторон о выборе права. Во всех иных случаях применение данных формул прикрепления прямо установлено законом (односторонние сделки, оборот ценных бумаг): «Односторонние обещания регулируются правом страны, на территории которой они были сделаны» (ст. 58 Закона о реформе МЧП Италии).

Закон места совершения договора – одно из старейших коллизионных начал. В основном эта формула прикрепления характерна для стран англосаксонской системы права, но применяется и в континентальной практике. В настоящее время привязка закон места совершения договора считается «жесткой», поэтому доктрина и практика идут по пути отказа от ее применения.

Отказ от применения данной формулы прикрепления связан с распространением заключения «договоров между отсутствующими». Понятие места заключения договора в континентальной и англо-американской правовых системах принципиально различно. В общем праве применяется «теория почтового ящика» (mail box theory): место заключения сделки – это место отправления акцепта. В континентальном праве закреплена «доктрина получения», т. е. место заключения сделки – это место получения акцепта: «Обязательство, проистекающее из договора, считается возникшим в месте, в котором имеет место пребывания делающая оферту сторона» (ст. 9 Вводного закона к ГК Бразилии).

Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров указывает, что договор считается заключенным в момент, когда акцепт оферты вступает в силу, т. е. в момент получения акцепты оферентом. Венская конвенция восприняла доктрину получения. В Конвенции участвуют и страны романо-германской системы права, и государства иных правовых систем (Великобритания не участвует).

Теория почтового ящика и доктрина получения несовместимы. С точки зрения разных правовых систем, договор одновременно имеет два места заключения (место отправления акцепта и место его получения). Одна и та же коллизионная привязка – закон места заключения договора – получает различное толкование и приводит к различным решениям в зависимости от того, какое содержание вкладывается в понятие «место заключения договора».

ГК РФ не предусматривает возможность применения закона места заключения договора к обязательственному статуту отношения. В отдельных государствах закон места

заключения договора применяется в качестве субсидиарного альтернативного начала для решения коллизионных вопросов по обязательствам из договоров: «Договорные обязательства регулируются законом места… где договор был заключен» (ст. 19 ГК Египта). Испанское законодательство содержит сложную соподчиненную коллизионную норму, устанавливающую возможность применения закона места заключения договора в качестве соподчиненной привязки четвертой степени (ст. 11.5 ГК Испании).

В вопросах договорной дееспособности существует давняя тенденция к расширению сферы применения обязательственного статута за счет сужения личного. Недееспособность лица по его личному закону не означает, что это лицо всегда будет признано недееспособным в месте заключения сделки. Интересам международного гражданского оборота не соответствует положение, когда иностранец может оспорить совершенную им сделку, ссылаясь на свою недееспособность по личному закону, если по закону места совершения договора такой иностранец обладает дееспособностью.

Законодательство и судебная практика большинства государств устанавливают, что иностранец, совершая определенные сделки, не может ссылаться на свою недееспособность по личному закону, если он дееспособен по закону места заключения сделки (Вводный закон к ГГУ, ГК Италии, Греции).

Закон места исполнения обязательства ранее считался одним из самых оптимальных вариантов регулирования вопросов обязательственного статута. В соответствии с этой коллизионной привязкой договорные отношения регулируются правом того государства, на территории которого договор подлежит исполнению. Закон места исполнения сделки применяется к тому же кругу правоотношений, что и закон места совершения сделки. По отношению к автономии воли сторон эта формула прикрепления имеет субсидиарный характер. Она закреплена в законодательстве некоторых государств романо-германской системы права, например, в ст. 25 Закона Турции о международном частном праве и международном гражданском процессе (1982 г.) (право места исполнения договора применяется в случае, если стороны не выразили автономии воли; при нескольких местах исполнения применяется право места предоставления решающего исполнения).

Привязка к закону места исполнения сделки в основном применяется к определенным видам обязательств, что прямо оговорено в законе:

– к договору строительного подряда и договору подряда на выполнение проектных и изыскательских работ применяется право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты (п. 4 ст. 1211 ГК РФ);

– при исполнении агентского соглашения должно приниматься во внимание право места его исполнения (ст. 9 Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям);

– «Наличие и объем обязательств по ценным бумагам определяется по праву места исполнения» (ст. 28.1 Указа Венгрии);

– «Закон места исполнения применяется к тем способам выполнения (обязательства), которые требуют судебного или административного вмешательства» (ст. 10.10 ГК Испании).

В современной доктрине и практике принята более узкая трактовка места исполнения обязательства: это место фактической сдачи товара или товаро-распорядительных документов, место совершения платежа: «В отношении приемки исполнения принимается во внимание право государства, где такая приемка осуществляется (ст. 434.7 ГК Монголии).

3.6.6
Закон места совершения правонарушения (lex loci delicti commissi)

Закон места совершения правонарушения (закон места причинения вреда) – одна из старейших коллизионных привязок, применяемых для регулирования обязательственных отношений внедоговорного характера, вопросов причинения вреда. В доктрине эта формула прикрепления иногда рассматривается как частный случай общего коллизионного принципа закон места совершения акта.

Закон места совершения правонарушения означает, что обязательства внедоговорного характера определяются правом того государства, на территории которого был причинен ущерб. Прежде всего данная привязка применяется для регулирования деликтных обязательств и определения деликтного статута правоотношения: «В сфере деликтных и квазиделиктных обязательств применимым является только закон места деликта или квазиделикта» (ст. 30 Ордонанса Мадагаскара относительно общих положений внутреннего права и международного частного права (1962 г.).

Вопросы деликтного статута в праве разных государств имеют различное решение – разный возраст деликтоспособности, различные основания ответственности, ее ограничения и освобождения от нее, разные способы возмещения вреда, объем и размер возмещения, бремя доказывания вины потерпевшего или деликвента, ответственность без вины, возмещение морального вреда. Наиболее сложная проблема – определение понятия «место совершения правонарушения».

В общем праве место причинения ущерба традиционно понимается как место совершения вредоносного деяния (действия или бездействия), в континентальном праве – как место наступления вредоносных последствий. В настоящее время законодательство и судебная практика идут по пути сочетания обоих начал. Правоприменительные органы государств – членов ЕС применяют толкование Европейского Суда по делу Bier v. Mines de Potasse d'Alsace (1976 г.): под местом причинения вреда следует понимать как место совершения действия, лежащего в основе деликта, так и место проявления вредных последствий.

В Своде законов о конфликтах законов США указано, что место причинения ущерба – это территория штата, в котором произошло последнее событие, необходимое для того, чтобы считать лицо ответственным за гражданское правонарушение. В американской доктрине господствует позиция, согласно которой должен применяться закон места обнаружения вредных последствий. Под влиянием доктрины американские суды регулируют деликтные отношения в соответствии с правом, «свойственным данному деликту». ГК штата Луизиана закрепляет (ст. 3542): «Любой вопрос в деликтных или квазиделиктных обязательствах регулируется правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу».

Статья 11 Закона Великобритании о МЧП устанавливает:

«(1) Общим правилом является то, что применимым правом является право местности, в которой события, составляющие рассматриваемые правонарушение или деликт, случились.

(2) В случае когда составные части этих событий случились в различных местах, применимое по общему правилу право следует принимать как являющееся:

(а) для иска с основанием в отношении личного вреда, причиненного лицу, или смерти, вытекающей из личного вреда, – правом местности, где лицо находилось, когда оно понесло вред;

(b) для иска с основанием в отношении вреда имуществу – правом местности, где имущество находилось, когда оно было повреждено;

(c) в любом другом случае – правом местности, в которой случились наиболее значимые составная часть или составные части этих событий».

Подавляющее большинство современных национальных кодификаций МЧП придерживаются комплексного подхода к определению места совершения правонарушения – это как место совершения вредоносного деяния, так и место наступления вредоносных последствий: «К месту совершения противоправного действия относится место осуществления противоправного действия и место, где наступают последствия такого действия. Если такие места не совпадают, суд может выбирать между правовыми системами, в них действующими» (п. 11 Руководящих указаний Верховного народного суда КНР по некоторым вопросам применения Общих положений гражданского права (1986 г.).

В основном привязка к праву места совершения вредоносного деяния является генеральной, а привязка к праву места наступления вредоносных последствий – субсидиарной. Например, Закон о МЧП Румынии гласит: противоправным действиям применяется закон того государства, в котором имел место юридический факт. Когда все или некоторые вредные последствия наступают в другом государстве, применяется право этого государства.

В некоторых юрисдикциях применение права места наступления вреда обусловлено определенными обстоятельствами:

1) требованием потерпевшего – Кодекс Туниса (ст. 70): «Внедоговорная ответственность подчиняется закону государства, на территории которого произведено вредоносное действие. Однако если вред производится в другом государстве, по требованию потерпевшего лица применимым является право этого государства»;

2) соответствие интересам потерпевшего: «В интересах потерпевшего применимым может быть признано право государства, на территории которого вред наступил» (ст. 32.2 Указ Венгрии);

3) деликвент предвидел (должен был предвидеть) наступление вредных последствий на территории данного государства: «…Если вредные последствия наступили в другом государстве и причинитель должен был предвидеть их наступление в этом государстве, применяется право государства, в котором наступили вредные последствия» (ст. 133.2 Закона о МЧП Швейцарии);

4) закон места наступления вредных последствий предусматривает ответственность за данное деяние, а закон места его совершения – нет: «Если закон места, где возник вред, возлагает на причинителя вреда ответственность, но ее не возлагает закон места совершения действия или бездействия, которое вызвало вред, применимым является первый закон, если причинитель должен был предвидеть наступление вреда в упомянутом месте» (ст. 2097 ГК Перу).

Законодательство Польши и Украины предписывает применение права государства места совершения деликта. Право места наступления вредоносных последствий не применяется. Если стороны состоят в гражданстве одного государства или домицилированы в одном государстве, определяющим является право этого государства (ст. 31 Закона о МЧП Польши, ст. 49 Закона о МЧП Украины).

В настоящее время закон места совершения деликта оценивается как «жесткая» коллизионная привязка и в практике большинства государств наблюдается тенденция к отказу от ее применения. Практически все государства законодательно закрепили «презумпцию общего гражданства или домицилия», – если потерпевший и деликвент имеют общее гражданство, место жительства или обычное место пребывания в одном и том же государстве, применяется право этого государства (Канада, Португалия, Китай, Италия).

Основной принцип современного разрешения внедоговорных обязательств – возможность выбора законодательства, наиболее благоприятного для потерпевшего (по инициативе суда или самого потерпевшего): «…Применимо право места совершения причинившего вред действия или право места наступления последствий, с учетом того, какое из них более благоприятно для потерпевшего» (ст. 28 Закона Югославии о разрешении коллизий законов с правилами других стран (1982 г.).

Варианты выбора в разных юрисдикциях: закон места совершения вредоносного деяния, закон места наступления вредоносных последствий, личный закон (гражданства или домицилия) потерпевшего или деликвента, закон общего гражданства или общего домицилия, закон суда, принцип тесной связи, автономия воли сторон.

В ФРГ внедоговорные обязательства подчиняются не только традиционным привязкам деликтных отношений, но и автономии воли сторон: «После наступления события, приведшего к возникновению внедоговорного обязательства, стороны могут избрать право, которое будет применяться к этому обязательству» (ст. 42 Вводного закона к ГГУ). Предусматривается и возможность применения права на основе принципа «существенно более тесной связи». Выбор права по деликтам на основе критерия «более прочной связи» закреплен и в законодательстве Австрии и Лихтенштейна.

В Объединенных Арабских Эмиратах применение права места совершения деликта должно сочетаться с правом страны суда: ответственность наступает только за деяния, признанные незаконными в ОАЭ (ст. 20.2 Закона о МЧП ОАЭ).

Право, подлежащее применению к обязательствам внедоговорного характера, регулирует деликтный статут отношения (ст. 107 Закона о МЧП Румынии, ст. 1220 ГК РФ):

– характеристика деяния как противоправного;

– вопросы деликтной право и дееспособности;

– условия и объем ответственности;

– основания ограничения ответственности или освобождения от нее, распределение ответственности между деликвентом и потерпевшим;

– ответственность доверителя за действия доверенного лица;

– характер убытков, которые могут быть возмещены;

– способы и размер возмещения;

– допустимость уступки права на возмещение;

– круг лиц, имеющих право на возмещение понесенных убытков.

В российском праве положения ст. 1219 ГК РФ устанавливают «цепочку» коллизионных норм, позволяющую применять систему «гибкого» регулирования деликтных отношений:

– к обязательствам из причинения вреда применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда;

– когда в результате такого действия или обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране;

– к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, применяется право этой страны. Если стороны не являются гражданами одной и той же страны, но имеют место жительства в одной и той же стране, применяется право этой страны;

– после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда.

Российское законодательство не предусматривает установление права, применимого к обязательствам внедоговорного характера, на основе принципа наиболее тесной связи. Автономия воли сторон допустима, но ограничена правом страны суда. Такое ограничение предусмотрено не только в отечественном праве, но и в других государствах (Швейцария, Тунис).

3.6.7
Закон валюты платежа и закон валюты долга (lex monetae)

В денежных обязательствах различаются понятия «валюта долга» и «валюта платежа». Это позволяет выражать денежное обязательство в иностранной валюте, международных денежных или расчетных единицах, условных денежных или расчетных единицах. Реальный платеж, направленный на погашение денежного обязательства, производится в национальной валюте, иной иностранной валюте либо международных денежных единицах.

Закон валюты платежа и закон валюты долга – специальные коллизионные привязки для урегулирования вопросов, возникающих по поводу содержания денежных обязательств. Данные формулы прикрепления выработаны в германской доктрине и практике и не являются общепризнанной коллизионной привязкой. В российском праве этих привязок нет. Отечественная доктрина МЧП в принципе негативно оценивает применение валютных привязок, считая, что их нельзя рассматривать как коллизионные принципы.

В зарубежной доктрине и практике признается, что закон валюты платежа (валюты долга) может успешно применяться для определения валютного статута правоотношения. Суть валютной привязки – если сделка заключена в определенной иностранной валюте, то во всех валютных вопросах она подчинена правопорядку того государства, которому принадлежит данная валюта.

Закон валюты платежа (валюты долга) связан с принципом номинализма – содержание денежного обязательства, выраженного в определенной валюте, неизменно по своей сумме, невзирая на любые изменения в покупательной способности денег. Принцип номинализма ранее был закреплен в законодательстве и практике всех государств, и его всеобщий характер исключал возникновение коллизионных проблем. С начала XX в. в контракты стали включаться условия, направленные на то, чтобы гарантировать кредитору стабильность денежного содержания платежей. Первым подобным условием стала «золотая оговорка»: обязательство уплатить долг в сумме, эквивалентной определенному количеству золота указанных веса и пробы. В связи с этим возникли коллизионные проблемы подчинения денежных вопросов обязательств закону валюты долга.

«Золотая оговорка» широко применялась в первой половине XX в.: в 20-х гг. США регулярно выпускали облигации с условием уплаты в денежных знаках, эквивалентных на момент платежа указанной в обязательстве сумме золотых долларов определенного веса и пробы. Однако «золотая оговорка» не стала эффективным способом гарантии ценностного содержания денежного обязательства – действие оговорки может обессиливаться законом или судебной практикой, если валюта данной страны обесценивается вследствие отхода от золотого стандарта, девальвации или перехода к бумажному денежному обращению.

Классический пример – Закон США об аннулировании золотой оговорки (1933 г.), который установил отход доллара от золотого паритета и объявил, что все денежные обязательства в золотых долларах погашаются бумажными долларами по номиналу доллар за доллар; золотая оговорка была аннулирована и запрещена. К тому времени американская валюта широко использовалась в международных расчетах, поэтому в судебной практике европейских стран (Великобритания, Франция, Скандинавские страны) возникли коллизионные вопросы о применении к долгам, выраженным в золотых долларах, Закона США.

Английская судебная практика признала применение коллизионной валютной привязки. В решениях английских судов зафиксировано, что подчинение обязательства валюте определенного государства предполагает применение к вопросам денежного содержания этого обязательства законов того государства, которому принадлежит данная валюта. Практика французских судов продемонстрировала принципиально иной подход. Решения французских судов устанавливали, что по долгу, выраженному в золотых долларах, нет оснований признавать аннулирование золотой оговорки в соответствии с Законом США 1933 г., если только общим статутом обязательства не является право США. Французские суды применяли привязку не к закону валюты долга (в данной ситуации – именно валюта долга, а не платежа), а к закону, которому подчинено обязательство в целом; привязка к закону валюты долга признания не получила.

Вопрос о платежном соотношении старой и новой денежных единиц может быть решен только законом того государства, которому принадлежит данная валюта; право других государств не содержит ответа на этот вопрос. Валютные изменения конкретного государства должны признаваться в других странах по всем долгам, выраженным в валюте такого государства. Таким образом, денежное содержание обязательств (и все вопросы его изменения) автоматически подчиняются закону валюты долга.

Закон валюты долга (валюты платежа) используется для локализации договора, установления его наиболее тесной связи с правом определенного государства. Выражение суммы долга в иностранной валюте в совокупности с другими условиями сделки (место исполнения указано в государстве валюты долга; сделка подчинена юрисдикции данного государства) могут показывать намерение сторон подчинить свою сделку в целом правопорядку этого государства.

Законодательство отдельных государств закрепляет коллизионную привязку закон валюты платежа – Закон о МЧП Румынии (ст. 126.1) гласит: «Валюта платежа определяется правом государства, ее выпустившего». Аналогичное положение закреплено в ст. 147.1 Закона о МЧП Швейцарии: «К денежной единице применяется право государства эмиссии». В Великобритании в случаях, «когда судебное решение выносится в отношении суммы, выраженной в валюте иной, чем стерлинги… суд может распорядиться о том, что процентная ставка, применимая к долгу, будет такой ставкой, какую суд сочтет надлежащей» (ст. 1 Закона о МЧП Великобритании). Вопросы денежного содержания обязательства, выраженного в иностранной валюте, решаются на основе судейского усмотрения. Суд вправе применить к данному вопросу не только английское право, но и право того государства, в чьей валюте заключено обязательство.

3.6.8 Закон суда (lex fori)

Закон страны суда – привязка односторонней коллизионной нормы, означающая применение «местного» права, права того государства, чей суд рассматривает дело. Правоприменительные органы государства должны руководствоваться правом своей страны, несмотря на то что правоотношение связано с иностранным правопорядком. Коллизионный вопрос решается в пользу права того государства, на территории которого рассматривается частно-правовой спор. Закон страны суда – широко распространенная в практике формула прикрепления.

Изначальный текст ФГК содержал только односторонние коллизионные нормы и во всех случаях предусматривал применение исключительно права страны суда. До недавнего времени в практике английских судов разрешение спора на основе закона суда являлось общим правилом, а применение иностранного права – исключением.

В современном законодательстве (в том числе отечественном) формулировка «право страны суда» применяется довольно редко. Имеет место тенденция заменять этот термин выражением «монгольское право», «швейцарское право», «российское право». Смысл подобной замены неясен, и такая терминология не может быть признана удачной, поскольку существует общий коллизионный принцип «право страны суда», предполагающий применение национального права (если дело слушается в российском суде, то, соответственно, применяется российское право).

При определении права, подлежащего применению к частно-правовым отношениям, связанным с иностранным правопорядком, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с «местным» правом, если иное не предусмотрено законом (п. 1 ст. 1187 ГК РФ; ст. 3.1 Указа Венгрии). В законодательстве большинства государств предусмотрено, что если «в разумные сроки» не удалось установить содержание иностранного права, суд решает дело на основании своего национального права: «Если судье… не удалось установить содержание иностранного права, применяется право, избранное с помощью иных сходных критериев… При их отсутствии применяется итальянское право» (ст. 14.2 Закона о реформе МЧП Италии).

Как правило, национальное право применяется при решении вопросов ограничения и лишения дееспособности, безвестного отсутствия и объявления умершими иностранных физических лиц, при решении вопросов расторжения брака (Швейцария, Чехия, Россия): «Условия и юридические последствия объявления лица безвестно отсутствующим определяются по швейцарскому праву».

Терминология «право страны суда» используется главным образом в специальном законодательстве. В соответствии со ст. 424 КТМ РФ к возникновению морского залога на судно и очередности удовлетворения требований, обеспеченных таким залогом, применяется закон государства, в суде которого рассматривается спор. Закон КНР о морской торговле (1992 г.) предусматривает применение права «места нахождения суда, рассматривающего дело»:

– к связанным с судном привилегированным требованиям;

– к возмещению ущерба, возникшего в результате столкновения судов в открытом море;

– к пределам ответственности за возмещение убытков на море.

Большинство национальных кодификаций МЧП предусматривает применение права страны суда в качестве альтернативной формулы прикрепления в двусторонних коллизионных нормах: например, в отношении обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения, стороны могут договориться о применении права страны суда (ст. 1223 ГК РФ). В современном законодательстве коллизионная привязка к праву страны суда имеет субсидиарный характер. После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда (п. 3 ст. 1219 ГК РФ; ст. 132 Закона о МЧП Швейцарии).

Отсылка к закону суда привлекательна для правоприменительных органов – она позволяет на законных основаниях применять местное право, что значительно упрощает и ускоряет процесс. Однако применение закона суда фактически не учитывает наличие иностранного элемента в правоотношении, может привести к извращению его содержания, некорректному разрешению спора, самое главное – к отказу за рубежом в признании и исполнении судебного решения.

Общепризнанная сфера действия закона суда – это МГП. Однако в настоящее время в международных договорах и национальных законах закрепляется возможность применения иностранного процессуального права при исполнении иностранных судебных поручений,

признании и принудительном исполнении иностранных судебных решений, определении гражданско-процессуального статуса лиц.

3.6.9
Закон флага (lex flagi, lex banderae)

Коллизионный принцип «закон флага» представляет собой трансформацию привязки «личный (национальный) закон» применительно к воздушным и водным судам, космическим объектам: «Национальность морских судов определяется корабельным патентом, регистрационным свидетельством и флагом в качестве внешнего отличительного признака» (ст. 274 Кодекса Бустаманте). Правовой статус таких объектов регулируется законодательством государства, чей флаг несет воздушное или водное судно. Основная сфера применения закона флага – международные морские, речные и воздушные перевозки, торговое судоходство и мореплавание.

В некоторых случаях закон флага используется как привязка к закону места совершения акта: «Закон флага морского или речного судна или закон того государства, в котором было зарегистрировано воздушное судно, применяется к юридическим фактам и действиям, совершенным на борту, если в силу своего характера они регулируются законом места их совершения» (ст. 139 Закона о МЧП Румынии).

Закон флага применяется для решения следующих вопросов:

– полномочия, компетенция, права и обязанности капитана или командира судна;

– договор найма членов экипажа;

– ответственность судовладельца или авиапредприятия за действия командира (капитана) и экипажа;

– обязанности членов экипажа и внутренний судовой распорядок;

– вещные и обеспечительные права на суда;

– морская ипотека, привилегии и гарантии вещного характера;

– формы регистрации актов, на основании которых возникают, передаются или прекращаются вещные и обеспечительные права на суда;

– права кредиторов после продажи судна и погашение этих прав.

В КТМ РФ большое количество норм построено на основе этой коллизионной привязки: право собственности и другие вещные права на морские суда (ст. 415), правовое положение членов экипажа (ст. 416), право на имущество, находящееся на затонувшем судне в открытом море (ст. 417), пределы ответственности судовладельца (ст. 426).

Водные и воздушные суда, космические объекты представляют собой «условную территорию», «условную недвижимость» государства флага, поэтому большинство отношений, возникающих на борту любых судов, в первую очередь предполагают применение именно закона флага: «Нормы относительно национальности… морских и воздушных судов относятся к международному публичному порядку» (ст. 283 Кодекса Бустаманте).

3.7
Закон автономии воли сторон (закон, избранный сторонами правоотношения, оговорка о применимом праве – lex voluntatis)

Закон автономии воли сторон – основная коллизионная привязка по всем договорным обязательствам (торговым контрактам, договору перевозки, брачному контракту, трудовому контракту). Это самая «гибкая» коллизионная норма. Право сторон самим избрать применимое законодательство закреплено в судебной практике и законах практически всех государств – России, Китая, США, Японии, Великобритании, Чехии, Италии, Перу. Автономия воли предопределяет диспозитивный характер коллизионной нормы, максимальную свободу сторон на выбор модели поведения (в том числе относительно выбора законодательства).

Принцип автономии воли занимает центральное место в национальных правовых системах; иные коллизионные привязки имеют вспомогательный характер и используются только при отсутствии выбора применимого права сторонами договора: «Договорные обязательства регулируются законом места жительства… договаривающихся сторон… законом места, где договор был заключен. Все это действует, если только стороны не договорятся» (ст. 19 ГК Египта).

Автономия воли играет в МЧП троякую роль – это источник МЧП, его основной специальный принцип и одна из коллизионных привязок. В случае применения автономии воли как коллизионной привязки суд при выборе права руководствуется намерением сторон, совершивших сделку.

Автономия воли сторон относительно выбора применимого права не может иметь неограниченный характер. Общий подход англо-американской системы права (решение по делу Vita Food Products Inc v. Unus Shipping Co. Ltd, 1939) – выбор права субъектами сделки должен быть добросовестным и законным. ГК штата Луизиана устанавливает (ст. 3540): «Вопросы договорных обязательств регулируются правом, избранным сторонами, или правом, на которое стороны ясно полагались, но исключительно в той мере, в какой это право не нарушает публичный порядок штата, чье право являлось бы иначе применимым».

Основные ограничения автономии воли сторон:

– выбор сторонами применимого к договору права не должен противоречить публичному порядку государства, на территории которого реализуется автономия воли;

– выбор сторонами применимого к договору права не должен быть сделан с целью обхода закона, т. е. с целью исключить применение к договору императивных норм (в том числе императивных коллизионных норм) той национальной правовой системы, отказ от использования которой стороны сформулировали посредством автономии воли.

В доктрине ФРГ выделены дополнительные критерии ограничения автономии воли сторон (Х. Кох):

– отсутствие иностранного элемента в правоотношении. Субъекты договора, связанного только с одним правопорядком, не вправе изменить или обойти императивные нормы этого правопорядка. В настоящее время частные лица правомочны подчинять иностранному праву «внутренние» сделки. Однако императивные нормы соответствующего национального права имеют приоритет перед избранным иностранным законодательством;

– наличие в договоре стороны, требующей специальной защиты. Характерные примеры ограничения автономии воли – потребительские и трудовые контракты. Автономия воли не может использоваться для ограничения защиты интересов потребителей и наемных

работников, которую гарантируют императивные нормы правопорядка, подлежащего применению в отсутствие выбора права (первичный объективные статут договора);

– «Международно-императивные нормы внутреннего права». Выбранное сторонами иностранное право не может вытеснить те нормы национального права, которые должны «принудительно» регулировать определенные аспекты договорного отношения, несмотря на автономию воли. Независимо от иностранного договорного статута действуют нормы права конкуренции, права договоров о найме жилья, валютного права (публичные нормы с частноправовым эффектом).

Одной из попыток ограничить автономию воли является теория, согласно которой автономия воли должна быть обусловлена наличием правопорядка, в пределах которого она допустима. Такая позиция была выражена в первой половине XX в. в законодательстве государств германской подсистемы континентального права (Л. А. Лунц). Суд прежде всего должен установить первичный статут правоотношения, т. е. по объективным признакам (независимо от воли сторон) определить, какое законодательство подлежит применению. При этом судья руководствуется коллизионными нормами своего национального права, как если бы стороны не выбрали применимого материального права. Затем суд обязан решить, не «наталкивается» ли автономия воли сторон на принудительные (императивные) нормы установленного судом первичного статута. Таким образом, lex voluntatis находится в прямой зависимости от lex cause. Эта теория до настоящего времени применяется в австрийских, немецких и швейцарских судах. В законодательстве большинства других государств предусмотрено, что если сделка имеет реальную связь с правом одного государства, а стороны выбрали право другой страны, то автономия воли не должна нарушать императивные нормы правопорядка, с которым правоотношение наиболее тесно связано (ст. 1210 ГК РФ).

Как коллизионная привязка автономия воли ранее применялась только к обязательственному статуту правоотношения. В настоящее время право, избранное сторонами, может определять формальный, вещный, деликтный и иные статуты отношения: «Условия формы правовой сделки устанавливаются законом, применимым к ее содержанию» (ст. 71 Закона о МЧП Румынии).

Законодательство некоторых государств ограничивает пространственные пределы автономии воли – стороны могут сделать выбор в пользу только той правовой системы, с которой правоотношение реально связано: «В области договорных обязательств стороны могут подчинить свои отношения выбранному ими праву, если оно имеет связь с обязательством» (ст. 25.1 Закона о МЧП Польши).

Большинство стран предусматривает возможность неограниченного выбора права сторонами; даже приветствуется выбор права «нейтрального» государства (с которым сделка никак не связана). Презюмируется, что выбор такого права априорно ставит стороны в равное положение. Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам (1994 г.), устанавливает, что в качестве применимого права стороны могут избрать право любого государства, даже не являющегося участником Конвенции. В российском законодательстве закреплена подобная позиция. Судебная и арбитражная практика также признает действительным выбор сторонами права, не связанного с договором.

Право, избранное сторонами, представляет собой общий статут договора и регулирует:

– порядок заключения договора;
– действительность договора, основания его недействительности;
– права и обязанности сторон;
– толкование договора;
– приведение договора в исполнение;
– ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора;
– прекращение договора.

Право сторон договора на выбор применимого правопорядка закреплен в ст. 1210 ГК РФ. Положения этой нормы позволяют определить основное содержание принципа автономии воли:

– выбор применимого права может быть сделан при заключении договора или в последующем;

– избранное право может касаться всего договора или отдельных его частей;

– выбор применимого права должен быть явно выражен или определенно вытекать из условий договора и обстоятельств дела;

– выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу;

– выбор сторонами подлежащего применению права считается действительным, без ущерба для прав третьих лиц, с момента заключения договора.

Российский законодатель установил ограничение применения автономии воли в отдельных договорных отношениях, связанных с иностранным правопорядком. Выбор применимого права исключается в договорах о создании юридического лица с иностранным участием (ст. 1214), в договорах в отношении находящихся на территории России земельных участков, участков недр, обособленных водных объектов и иного недвижимого имущества (п. 2 ст. 1213 ГК РФ).

Общепризнанная позиция современной западной доктрины и практики – субъекты всех договоров обладают автономией воли и вправе избрать иностранное право для регулирования «национальных» договорных отношений. В отечественной доктрине высказывается точка зрения, что правила ст. 1210 ГК РФ распространятся на «российские» договоры; российские лица могут подчинить любую сделку (в том числе не связанную с иностранным правопорядком) законодательству другого государства. С точки зрения интересов международного оборота, эта позиция представляется оптимальной. Однако необходимо отметить, что вряд ли выбор иностранного права в качестве применимого к «внутренней российской» сделке будет признан правоприменительными органами РФ.

Положения ст. 1210 включены в разд. VI ГК РФ «Международное частное право». Сфера действия норм этого раздела определена в ст. 1186: гражданско-правовые отношения, осложненные каким-либо иностранным элементом. Право свободного выбора применимого к сделке законодательства другого государства принадлежит только субъектам гражданско-правовых договоров, имеющих объективную связь с иностранным правопорядком. Исключение могут составлять интернет-договоры.

Отдельные национальные кодификации содержат прямой запрет выбора права сторонами отношения, не связанного с иностранным правопорядком: «Выбор права не осуществляется, если отсутствует иностранный элемент в правоотношениях» (ст. 5 Закона о МЧП Украины).

В отсутствие соглашения сторон о применимом праве российский суд разрешает спор на основе предписаний ст. 1211 ГК РФ – к договору применяется право страны, с которым договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которым договор наиболее тесно связан, считается право того государства, на чьей территории находится место жительства или основное место деятельности центральной стороны правоотношения (контрагента, чье исполнение имеет решающее значение для содержания договора). В ст. 1211 ГК РФ перечислено 26 разновидностей гражданско-правовых контрактов, и по каждому определена субсидиарная коллизионная привязка, устанавливаемая на основе критерия реальной связи. Коллизионный вопрос в отношении договоров, не перечисленных в ст. 1211, решается по аналогии закона.

В судах западных государств (Великобритания, Франция, Австрия, США) при отсутствии в договоре оговорки о применимом праве устанавливается «гипотетическая», «подра-

зумеваемая» воля сторон. Суд сам определяет, какое право стороны хотели бы применить к спорному отношению. Для установления «подразумеваемой воли сторон» используются критерии «локализации» договора; «справедливости»; «доброго, заботливого хозяина», «разумного» человека; тесной, реальной, разумной связи применимого права с конкретным фактическим составом. В западной доктрине и практике разработана «теория презумпций»: кто выбрал суд (арбитраж), тот выбрал право; закон, свойственный данному договору; общее гражданство (домицилий) сторон; право учреждения, обслуживающего клиентов в массовом порядке.

Отыскание закона, свойственного данному договору («собственное право контракта» – the proper law of the contract), представляет собой своеобразный прием разрешения коллизионных вопросов, выработанный в английской судебной практике. Английский суд пользуется принципом автономии воли как юридико-техническим приемом для того, чтобы путем отыскания «подразумеваемой» воли «разумного человека» решить коллизионный вопрос применительно только к данному правоотношению, без создания прецедента. «Собственное право контракта» понимается как совокупность договорных условий и фактических обстоятельств, свойственных только данному договору, регулирующему определенные отношения между конкретными субъектами в конкретных фактических обстоятельствах.

В настоящее время наблюдается процесс унификации коллизионного принципа автономии воли, например в Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, закреплено (ст. 7):

– договор купли-продажи регулируется правом, избранным сторонами;

– соглашение о выборе права должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и поведения сторон;

– выбор права может быть ограничен частью договора;

– стороны в любое время могут договориться о подчинении договора в целом или его части какому-либо иному праву, помимо права, ранее избранного сторонами как применимого к договору;

– любое изменение сторонами применимого права, имевшее место после заключения договора, не должно причинить ущерб действительности договора или правам третьих лиц.

В Римской конвенции 1980 г. говорится, что договоры регулируются правом, избранным сторонами. Выбор права должен быть явно выражен или безусловно вытекать из условий договора либо обстоятельств дела. Межамериканская конвенция 1994 г. устанавливает: автономия воли сторон – основа решения коллизионной проблемы. Возможен как прямо выраженный, так и подразумеваемый выбор права. Выбор права может относиться не только к контракту в целом, но и к его отдельной части. Для разных частей контракта допускается выбор различных правопорядков.

3.8
Закон наиболее тесной связи (the law of the real connection)

Закон наиболее тесной связи означает применение права того государства, с которым частное правоотношение наиболее тесно связано. Несмотря на неопределенность содержания и трудность правоприменения, эта формула прикрепления получает все большее распространение в МЧП. Современное МЧП стремится к установлению максимально гибких критериев определения применимого права. Применение права того государства, с которым отношение наиболее тесно связано, представляет собой наиболее яркий пример проявления этой тенденции (Е. В. Кабатова).

Наиболее тесная связь – абстрактный, «каучуковый» критерий, содержание которого может трактоваться принципиально различным образом. Подходы для определения какого-либо объективного критерия при установлении применимого права были обозначены в XIX столетии в «доктрине Савиньи» – отыскание для каждого юридического отношения той правовой сферы, к которой это отношение принадлежит по своей природе. Любая коллизионная норма отвечает на вопрос, «какой из разноместных… материальных законов применяется к данной категории правоотношений… ответ этот дается признанием обязательной силы за тем из законов, с которым данная категория правоотношения… всего теснее связана» (Б. Э. Нольде).

Формула прикрепления к закону наиболее тесной связи сложилась в англо-американской доктрине и практике. Критерий наиболее тесной связи устанавливается посредством теории презумпций. Определение этого критерия выработано многовековой судебной практикой. В современной английской доктрине принцип тесной связи выражается в теории намерения и теории локализации. Теория намерения заключается в следующем: правом, свойственным договору, является право, применение которого входило в намерение сторон. Теория локализации: правом, свойственным договору, является право, в котором в максимальной степени группируются основные элементы договора.

В законодательстве (ст. 1105 ЕТК США) и судебной практике США критерий наиболее тесной связи ограничивает пределы автономии воли и служит признаком для локализации договора при отсутствии выбора права сторонами. Схожая практика имеет место и в английских судах.

Германская доктрина исходит из того, что правом, свойственным договору, является право, выбранное сторонами. При этом необходимо определить и правовую систему, которая имеет объективную и наиболее тесную связь с договором. Если выбор применимого права сторонами не сделан, применяется право, обеспечивающее исполнение договора, наиболее характерное для его сути (ст. 28 Вводного закона к ГГУ).

Доктрина

В отечественной доктрине существует концепция, согласно которой принцип тесной связи имеет не столько коллизионную природу, сколько отражает сущность и природу МЧП: «Принцип наиболее тесной связи выступает как общий принцип, а не как результат применения коллизионной нормы». Привязка коллизионной нормы указывает на конкретную правовую систему, подлежащую применению. Если законодатель или практика отсылает к праву страны, с которой правоотношение тесно связано, то указание на конкретную правовую систему отсутствует. Применимое право должно быть определено судом или арбитражем. Это позволяет утверждать,

что установление тесной связи – не результат применения коллизионной нормы, а результат применения общего принципа, используемого в современном МЧП (Е. В. Кабатова).

Большинство представителей доктрины подчеркивают коллизионную природу принципа тесной связи: «Следует заметить, что значение «гибкой» коллизионной нормы, отсылающей к праву страны, с которым отношение наиболее тесно связано, переросло рамки «рядового» коллизионного правила… Указанный принцип приобрел «статус» одного из основных коллизионных начал» (В. П. Звеков).

Принцип тесной связи (как и автономия воли) не может быть оценен однозначно. Структура коллизионной нормы с привязкой «выбор права сторонами договора» тоже мало похожа на структуру обычной коллизионной нормы. В данном случае также отсутствует указание на конкретную правовую систему. Применимое право установлено не законодателем, а сторонами договора. Подобный процесс также коренным образом отличается от действия обычной коллизионной нормы. Однако автономия воли не теряет свое качество коллизионной привязки, одновременно являясь источником МЧП и его главным специальным принципом.

В некоторых кодификациях МЧП критерий наиболее тесной связи используется в качестве общего подхода для регулирования всех частно-правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком (ст. 41 ГК Португалии; ст. 1 Закона о МЧП Австрии).

В большинстве современных национальных кодификаций МЧП принцип наиболее тесной связи закреплен как коллизионная привязка и установлены критерии определения права, наиболее тесно связанного с договором. Закон о МЧП Швейцарии определяет такой правопорядок как право государства, в котором сторона, обязанная совершить предоставление, определяющее существо обязательства, имеет место обычного пребывания (критерий «характерного предоставления»). Аналогичный подход закреплен в законодательстве Лихтенштейна, Квебека, Румынии, Австралии.

Анализ нормативных актов и сравнение начала наиболее тесной связи с началом автономии воли сторон позволяют утверждать, что понятие «тесная связь» выступает в МЧП в двойственном качестве. Наиболее тесная связь одновременно является и коллизионной привязкой, и специальным принципом МЧП. В качестве коллизионной привязки правильнее говорить не о принципе, а о законе наиболее тесной связи.

Коллизионная привязка к закону наиболее тесной связи закреплена во многих международных соглашениях – в Конвенции о юрисдикции, применимом праве и признании решений об усыновлении (г. Гаага, 15 ноября 1965 г.), Конвенции о кодексе поведения линейных конференций (г. Женева, 6 апреля, 1974 г.), Конвенции о праве, применимом к режимам собственности супругов (г. Гаага, 14 марта 1978 г.).

Детальным и подробным образом закон наиболее тесной связи определен в Римской конвенции 1980 г., ст. 4 которой устанавливает: если стороны не выбрали применимое право, то им будет право того государства, с которым договор наиболее тесно связан. Генеральная презумпция – договор наиболее тесно связан с правопорядком, в котором сторона, осуществляющая характерное исполнение, имеет в момент заключения договора свое обычное местожительство или местонахождение административного центра. Правопорядок, к которому принадлежит сторона договора, осуществляющая характерное исполнение, определяется посредством частных презумпций. Например, в сфере профессиональной предпринимательской деятельности – это страна места нахождения основного коммерческого предприятия стороны, осуществляющей такое исполнение.

Если по условиям договора его исполнение должно осуществляться в ином месте, нежели место нахождения центральной стороны обязательства, то для определения тесной

связи учитывается правопорядок места исполнения. Конвенция устанавливает приоритет норм договора в вопросе определения характерного исполнения и придерживается фактического подхода – действительного места нахождения стороны, осуществляющей такое исполнение

В ст. 4 закреплены критерии тесной связи для отдельных видов договоров:

– относительно недвижимости (страна места нахождения недвижимости);

– договор перевозки грузов (страна, в которой в момент заключения договора перевозчик имел свое основное коммерческое предприятие, или страна места погрузки либо разгрузки, или страна места нахождения коммерческого предприятия грузоотправителя).

Римская конвенция 1980 г. закрепляет самое гибкое понимание принципа тесной связи – в случае невозможности применить нормативно закрепленные презумпции применяется право страны, определяемое из обстоятельств дела: «…Если из обстоятельств дела в целом явствует, что договор имеет наиболее тесную связь с иной страной, чем вышеизложенные правила, то эти правила не применяются».

В международных соглашениях, принятых после Римской конвенции, разработаны иные виды генеральных презумпций для определения применимого права на основе принципа тесной связи:

– деловые отношения между сторонами (ст. 8 Гаагской конвенции 1986 г.);

– обстоятельства, известные сторонам или предполагаемые ими в тот либо иной момент до заключения или при заключении договора (ст. 3 Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге).

Большинство национальных кодификаций МЧП восприняли концепцию **«характерного исполнения» (characteristic performance)**, закрепленную в Римской конвенции 1980 г. Применяется презумпция: договор наиболее тесно связан с тем правопорядком, на территории которого сторона, осуществляющая характерное исполнение, имеет свое обычное место жительства (для физических лиц) или место нахождения органа управления (для юридических лиц) либо основное место коммерческой деятельности (ст. 62 Кодекса Туниса; ст. 44 Закона о МЧП Украины).

Основанием презумпции принципа тесной связи является связь существа обязательства с его стороной, которая совершает характерное исполнение. Характерное исполнение – это совершение предоставления, определяющего существо обязательства. Данный критерий предполагает применение права, регулирующего основу правоотношения **(закон существа сделки – lex causae)**. Привязка к закону существа обязательства закреплена в ГК Перу, в Законах о МЧП Швейцарии, Украины. В российском законодательстве закон существа отношения сформулирован как право, подлежащее применению к соответствующему отношению (ст. 1208, 1218 ГК РФ).

В отечественном законодательстве формула прикрепления к закону тесной связи закреплена в п. 2 ст. 1186 ГК РФ: «…Применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано». Закон наиболее тесной связи применяется:

– если применимое право невозможно определить в соответствии с международными договорами, обычаями и законодательством РФ (п. 2 ст. 1186);

– если невозможно определить применимое право в соответствии с правом страны, в которой действует несколько правовых систем (ст. 1188);

– если стороны не выбрали право, применимое к договору (ст. 1211, ст. 1213).

Понятия «закон наиболее тесной связи», «характерное предоставление», «закон существа отношения» имеют «гибкий» характер. Нормы, содержащие подобные понятия, называют «каучуковыми» – растяжимыми, предполагающими различное толкование и широкую свободу судейского усмотрения. Оценка наличия связи правоотношения с правопоряд-

ком какого-либо государства лежит в сфере судейского усмотрения. «Каучуковые» нормы издавна свойственны западному праву, и благодаря многовековой судебной практике они имеют определенное содержание. В нашей стране отсутствует судебная практика применения подобных норм, и в настоящее время в российских судах их чрезвычайно трудно использовать без дополнительных разъяснений и толкований.

3.9
Основные проблемы коллизионного права

«Гибкое» коллизионное регулирование. В настоящее время основной способ решения коллизионного вопроса – применение абстрактных, «гибких» правил, позволяющих учитывать конкретные обстоятельства данного фактического состава. Одновременно с закреплением гибких коллизионных привязок имеет место отказ от «жестких» коллизионных норм, основанных на каком-либо твердом критерии выбора права. В доктрине гибкие коллизионные правила называют «новым поколением» формул прикрепления (Л. П. Ануфриева). Гибкие коллизионные привязки (закон наиболее тесной связи, собственное право контракта, собственное право деликта) широко применяются в договорных и внедоговорных обязательствах.

Привязки к закону тесной связи и закону существа отношения в настоящее время закреплены в законодательстве подавляющего большинства стран (ст. 4 Закона о МЧП Австрии; ст. 15 Закона о МЧП Швейцарии; ст. 1186, 1188, 1211, 1213 ГК РФ); их повсеместное распространение – это правовая реальность и одна из специфических особенностей современного МЧП.

«Статуарное деление». В одном правоотношении присутствует система различных статутов: личный, вещно-правовой, обязательственный, формальный, деликтный, валютный. Все они обладают особенностями и правовой спецификой. Правоотношение делится на статуты: основной (общий статут брака) и вспомогательные (статут формы брака, статут имущественных последствий брака). К каждому статуту применяется его «собственное» коллизионное регулирование, обусловливающее использование «собственного» материального права для каждого вспомогательного статута. Как правило, это право того государства, с которым данная часть правоотношения наиболее тесно связана. Цель подобного регулирования – максимально эффективное обеспечение выполнения решений национальных правоприменительных органов за границей.

«Множественность коллизионных привязок». Отношение, связанное с иностранным правопорядком, далеко не во всех случаях подчиняется одному законодательству. Зачастую основной вопрос (существо отношения – права и обязанности сторон) привязаны к праву одного государства, а специальные вопросы (дееспособность, форма сделки) – к праву другого государства. Проявления множественности коллизионных привязок:

1. К*умуляция (совмещение, объединение, сочетание) коллизионных привязок.* Отношение «привязано» не к одному и не последовательно, а одновременно к двум или более правопорядкам (Л. П. Ануфриева). Одна коллизионная норма права страны суда предполагает применение одновременно двух и более материальных норм права двух и более государств: «Условия, необходимые для совершения брака, определяются законом гражданства каждой из сторон» (ст. 15 Закона о МЧП Южной Кореи). Чаще всего кумуляция встречается в брачно-семейных отношениях.

В доктрине существует и иное понимание кумулятивных коллизионных норм – такие нормы устанавливают возможность применения иностранного права, но его нарушение не приводит к юридической недействительности отношения, если соблюдены требования права страны суда, например положения ст. 1209 ГК РФ (Н. Ю. Ерпылева).

Международный коммерческий арбитраж (главным образом Арбитражный суд МТП) широко использует принцип «обратной кумуляции» – кумулятивное обращение к различным национальным системам коллизионного права. Арбитраж последовательно рассматривает коллизионные нормы всех правопорядков, связанных со спором. Если коллизионные

нормы различных государств предписывают применение одного и того же материального права, арбитраж разрешает спор на его основе.

2. Р*асщепление коллизионной нормы* – это применение права разных государств к отдельным элементам одного и того же отношения:

– правоотношение в целом подчиняется одному правопорядку, а его отдельные вопросы – другому. Расщепление предполагает установление общей (генеральной) коллизионной привязки и субсидиарных привязок, исключающих действие общей. Например, наследственные отношения в целом подчиняются личному закону наследодателя, а наследование недвижимости предполагает отдельное коллизионное регулирование: в соответствии с законом места нахождения недвижимой части наследственного имущества (ст. 1224 ГК РФ);

– коллизионные нормы изначально предполагают подчинение разных элементов отношения разным правовым системам. Например, договор с участием потребителя – для определения размера возмещения может применяться право государства, где имел место ущерб. Право государства места заключения контракта на приобретение товара будет определять гарантийные сроки данного товара.

3. А*льтернативные коллизионные нормы* – отношение признается действительным, если оно удовлетворяет требованиям либо одного, либо другого правопорядка, прямо указанных в данной норме (ст. 419, 420 КТМ РФ). Множественность коллизионных привязок имеет место и в простых, и в сложных соподчиненных альтернативных коллизионных нормах, содержащих субсидиарные и генеральные привязки (ст. 1211, 1213 ГК РФ).

4. *«Парные» коллизионные привязки* – применимое право может быть прямо зафиксировано в норме, но может выводиться и косвенно, путем закрепленного в привязке принципа (Л. П. Ануфриева). Например, договор купли-продажи при отсутствии автономии воли сторон регулируется в соответствии с законом наиболее тесной связи (ст. 1211 ГК РФ). Критерий наиболее тесной связи либо непосредственно устанавливается в коллизионном предписании (право страны продавца), либо определяется косвенно, через формулу прикрепления к праву стороны, осуществляющей характерное предоставление (как правило – закон страны продавца).

5. *«Цепочки» («объединения», «ассоциации») коллизионных норм.* Законодатель устанавливает иерархию формул прикрепления в целях более детального регулирования одного и того же отношения. Для выбора права по одному вопросу используется система взаимосвязанных коллизионных норм: «(1) Личный закон человека – это закон того государства, гражданином которого он является… (2) Если лицо имеет несколько гражданств, и одно из них венгерское, то его личным законом является венгерский закон. (3) Личным законом лица, которое имеет несколько гражданств… а также лиц без гражданства является закон государства, на территории которого они имеют местожительство… личный закон лица, имеющего за границей несколько местожительств… закон государства, с которым оно связано наиболее тесным образом» (ст. 11 Указа Венгрии).

Самостоятельность коллизионных привязок. Основное обязательство имеет свое собственное коллизионное регулирование; сопряженные с ним действия сторон, которые в совокупности могут квалифицироваться как самостоятельные сделки, предполагают применение иных коллизионных правил. Самостоятельное коллизионное регулирование прежде всего затрагивает связанные с основным контрактом расчеты посредством ценных бумаг, связанные с основным контрактом банковские сделки, односторонние сделки.

Ранее самостоятельность коллизионного регулирования в основном имела место в акцессорных обязательствах. Современное законодательство придерживается позиции, что «в отношении акцессорной сделки… применимо право, которым регулировалась основная сделка» (ст. 25 Закона о МЧП Югославии). Зависимые правовые сделки, «чьи последствия

зависят от существующего обязательства, рассматриваются согласно материальным нормам того государства, чьи нормы являются определяющими для этого обязательства… в особенности в отношении сделок, которые имеют предметом обеспечение или изменение обязательства» (ст. 49 Закона о МЧП Лихтенштейна).

Самостоятельности коллизионного регулирования противостоит *теория «общей коллизионной привязки»* — фактически связанные между собой сделки с хозяйственной точки зрения составляют единое целое, хотя юридически независимы друг от друга. Такая ситуация характерна в основном для смешанных договоров и рамочных контрактов. Современная тенденция – единое коллизионное регулирование комплексных отношений, применение к ним общей коллизионной привязки (п. 5 ст. 1211 ГК РФ).

Предварительный коллизионный вопрос. «Предварительный вопрос» имеет место, если суду нужно решить связанные с существом спора вспомогательные вопросы, влияющие на разрешение основного вопроса. Проблема предварительного вопроса может возникать как при материально-правовом, так и при коллизионном регулировании. При последнем предварительный вопрос называют первичным (например, при решении вопроса о расторжении брака проблема действительности брака является первичной). Предварительный коллизионный вопрос возникает, когда налицо взаимосвязанные отношения и от выбора права по одному из них зависит определение прав и обязанностей по другому, т. е. основное и дополнительное отношения регулируются разными коллизионными нормами (Л. А. Лунц). Предварительный коллизионный вопрос может возникать (Торбен Свен Шмидт), когда:

– lex causae должно быть иностранное право;

– коллизионная норма иностранного права в части предварительного вопроса указывает иное право, чем коллизионная норма lex fori;

– материальные последствия применения норм, указанных коллизионной нормой lex fori, должны отличаться от материальных последствий применения норм, указанных коллизионной нормой lex causae.

Например, на наследование по закону претендуют наследники от первого и второго браков умершего наследодателя. В данной ситуации решение основного вопроса (наследственного статута) прямо зависит от решения проблем брачно-семейного статута. Предварительный коллизионный вопрос – это вопрос о действительности браков (и первого, и второго). Коллизионное регулирование брачно-семейного и наследственного статутов принципиально различно; тем не менее решение вопроса о действительности браков предопределит разрешение основного спора (спора о наследстве).

Возможны предварительные вопросы второй или даже третьей степени. В частности, вопрос наследования (главный вопрос) может регулироваться иностранным правом, которое признает наследственные права только за законными детьми (первый предварительный вопрос). Законность детей может зависеть от действительности заключенного ранее брака – это второй предварительный вопрос. Действительность заключенного брака зависит от действительности развода в третьем государстве одного из родителей – третий предварительный вопрос (Торбен Свен Шмидт).

Доктрина

В современной доктрине господствует точка зрения, что предварительный коллизионный вопрос имеет самостоятельное коллизионное регулирование, самостоятельную коллизионную привязку. Предварительный вопрос должен решаться и вне зависимости от материального права, применимого для решения основного вопроса (Л. А. Лунц, Х. Кох). Например, если для узаконения внебрачного ребенка предварительным вопросом является вопрос признания отцовства, то оба статута (узаконения и признания) имеют самостоятельное и материально-

правовое, и коллизионное регулирование. Такой подход закреплен и в законодательстве: «Вопросы предшествующие, предварительные и побочные, которые могут возникнуть по поводу основного вопроса, не должны обязательно разрешаться в соответствии с правом, которое регулирует этот последний вопрос» (ст. 6 Закона о МЧП Венесуэлы).

Адаптация (приспособление) коллизионной нормы. Проблема адаптации (приспособления) коллизионной нормы возникает, когда суд на основании коллизионного правила lex fori должен применить законы нескольких государств (Л. Раапе). Кумуляция коллизионных норм может привести к подчинению одного отношения двум и более правопорядкам, предусматривающим различное коллизионное регулирование. При совместном применении коллизионных норм нескольких правопорядков может возникнуть противоречие, затрудняющее правовое регулирование. Законодательство отдельных стран учитывает эту проблему: «Когда различные аспекты одного и того же правоотношения регулируются различными системами права, они должны быть применены согласованным образом, с приложением усилий осуществить устремления, преследуемые каждой из упомянутых систем права. Трудности, вызванные единовременным применением таких правовых систем, разрешаются за счет… требований справедливости в конкретном деле» (ст. 14 ГК Мексики).

Чаще всего эта проблема встречается в сфере семейных отношений при разном гражданстве супругов. Несовместимость правового регулирования здесь связана с тем, что «смешанные» браки предполагают обязательный учет личного закона каждого из супругов (и ребенка) и «дробное» (дифференцированное) регулирование вопросов брачно-семейного статута. Не менее часто подобные сложности имеют место при столкновении статута наследования и статута, регулирующего имущественные отношения супругов. Как правило, проблемы противоречий национального коллизионного регулирования устраняются посредством именно материально-правовой адаптации (принцип «наименьшего сопротивления»).

Адаптация коллизионной нормы производится в целях избежать противоречия при применении принципиально различных установлений законодательства нескольких государств. Если суд в силу постановлений национального коллизионного права должен применить нормы нескольких несовместимых правопорядков, то в такой ситуации целесообразно «адаптировать» коллизионную норму.

Внебрачный ребенок немецкой гражданки признан в добровольном порядке его отцом-французом. Генеральной коллизионной привязкой немецкого права при определении статуса ребенка, рожденного вне брака, является закон гражданства его матери (ст. 19 Вводного закона к ГГУ). Субсидиарно применяются закон гражданства отца и закон постоянного места жительства ребенка (ст. 20, 22, 23). Французское право подчиняет данное правоотношение единому статуту – закону гражданства ребенка.

Суд может избрать коллизионно-правовое решение и попытаться найти единую, соответствующую требованиям и немецкого, и французского права коллизионную привязку. Однако более целесообразно материально-правовое решение. Из положений законодательства различных государств суд в разовом порядке должен создать материальное правило, представляющее собой правоприменимое целое, как если бы такая норма была творением одного законодателя (Л. Раапе). Такая норма является «разовой» (ad hoc) и применяется один раз – только для решения данного конкретного спора (Л. А. Лунц).

Подстановка (замещение) – это замена какого-либо национального элемента в отношении иностранным элементом. Нормы национального материального права регулируют отношения внутри страны. В виде исключения регулируемые правоотношения могут иметь связь с иностранным правопорядком (например, удостоверение иностранным нотариусом

договора о приобретении недвижимости, которое по форме должно соответствовать местному праву). Внутренние правоотношения могут подчиняться иностранному закону в качестве предварительного коллизионного вопроса (например, усыновление по иностранному праву в рамках основного вопроса – наследования местной недвижимости).

Возникает вопрос, может ли наличие иностранного элемента повлечь за собой правовые последствия, аналогичные применению внутренней материальной нормы? При положительном ответе на этот вопрос происходит «подстановка». Условие ее применения – иностранный правовой институт по своим последствиям и функциям равнозначен правовому институту внутреннего права, который подлежит замещению («конкретная эквивалентность»). Все зависит от цели подлежащего замещению элемента фактических обстоятельств дела.

Соответствие удостоверения швейцарским нотариусом договора о покупке земельного участка на территории ФРГ предписаниям немецкого права зависит от того, насколько швейцарский нотариус ведет себя так, как это положено немецкому нотариусу, выполняющему аналогичные функции. Швейцарский нотариус должен также при подписании документа соблюдать процессуальное право, соответствующее по своим принципам немецкому процессуальному праву, регулирующему вопросы нотариального засвидетельствования. Критерием соответствия выступает обязанность нотариуса проверить документы на их соответствие требованиям закона, дать разъяснения по правовым вопросам, удостоверить личности участников, составить протокол переговоров, зачитать вслух, подтвердить и подписать удостоверяемый документ (Х. Кох).

«Хромающие» отношения – сложнейшая проблема современного МЧП, самая опасная с практической точки зрения коллизия – «коллизия коллизионных норм» (коллизия коллизий). По праву одной страны определенные отношения являются юридически действительными (порождают юридические связи), а по праву другой страны эти же самые отношения не имеют правовых последствий (являются юридически ничтожными). Главная причина «хромающих» отношений – скрытые коллизии коллизий, т. е. одинаково сформулированные объем или привязка коллизионной нормы в разных государствах понимаются по-разному (Ф. Кан). Основная область возникновения «хромающих» отношений – сферы брачно-семейного и наследственного права.

«Хромающие» отношения достаточно часто имеют место в сфере внешней торговли, порождая проблемы «двойной» национальности (отсутствия национальности) юридических лиц, признания действительности сделок с точки зрения формы. Например, сделка с участием российского лица, совершенная в Великобритании в устной форме и соответствующая английскому праву, в России с точки зрения формы будет признана недействительной. «Хромающие» отношения представляют собой серьезный фактор дестабилизации международной жизни и создают чрезвычайно негативные последствия для внешнеторговых связей. Основные способы уменьшения таких отношений – гармонизация национального коллизионного права и унификация коллизионных норм.

Тема 4
Основы применения иностранного права

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

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2006.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. М., 2002.

4.1
Установление содержания иностранного права

Процесс регулирования частно-правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, состоит из двух стадий. Первая стадия – решение коллизионного вопроса, выбор применимого права на основе предписаний коллизионных норм права страны суда. Вторая стадия – применение избранного права. Если компетентным признан иностранный правопорядок, неизбежно возникновение специфических вопросов – определение общих понятий права другого государства, установление его содержания, особенности толкования и применения.

В МЧП существует презумпция применения иностранного права. Презюмируется и необходимость установления его содержания. При этом возникают следующие проблемы:

– кто должен устанавливать содержание иностранного права;

– как установить это содержание;

– какие юридические последствия могут возникнуть, если содержание иностранного права не будет установлено?

Правоприменительный процесс основан на общем принципе «судья знает право» (jura novit curia): суд и другие правоприменительные органы знают свое национальное право и применяют его. Обязанность сторон – приводить факты и доказывать их, а обязанность суда – оценивать доказательства и применять соответствующие правовые нормы. Если отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному правопорядку, то судья изначально не может знать его содержания.

Общий концептуальный подход к пониманию иностранного права: суд устанавливает содержание иностранного права ex officio (по должности) по собственной инициативе и в силу обязанности, возложенной на него законом; суд применяет иностранное право как систему юридически обязательных предписаний. Суду, а не сторонам, ссылающимся на иностранное право в обоснование своих требований, вменяется обязанность по выяснению содержания иностранных предписаний. Цель установления содержания иностранного права – определение нормативно-правовой основы будущего судебного решения, а не выявление фактических обстоятельств, имеющих значение для рассмотрения дела.

Иностранное право применяется в том объеме, в каком оно применяется в его «родном» государстве «родным» судом. В законодательстве большинства государств закреплен специальный механизм установления содержания иностранного права, например:

1) бремя установления содержания иностранного права возложено на суд. Суд ex officio должен запросить информацию о содержании иностранного права, но может использовать информацию, предоставленную сторонами. Обязанность устанавливать содержание иностранного права не может быть возложена на стороны (Венгрия, Германия, Италия, Мексика, Украина);

2) содержание подлежащего применению иностранного права устанавливается судом по должности; одновременно суд вправе потребовать содействия сторон и возложить на них обязанность установить содержание иностранного права (Австрия, Тунис, Румыния);

3) при рассмотрении споров из определенных видов деятельности либо по определенным притязаниям бремя установления содержания иностранного права может быть возложено на стороны (Россия, Швейцария);

4) бремя установления содержания иностранного права во всех случаях возложено на стороны (Великобритания).

В Германии суды строго придерживаются принципа «jura novit curia». Требование стороны не может быть отвергнуто на том основании, что иностранное право ею не доказано.

Закон о МЧП Австрии закрепляет, что иностранное право устанавливается судом по долгу службы. Допустимы вспомогательные средства для установления содержания иностранного права: содействие сторон, информация из министерства юстиции, заключения экспертов. Во Франции бремя доказывания иностранного права возложено на стороны. В решении Кассационного суда от 27 января 1998 г. закреплено: содержание иностранного права устанавливает суд, если именно он заявил о необходимости его применения (В. Л. Толстых).

Распределение бремени доказывания иностранного права влияет на качество привлекаемых доказательств. Судебная практика показывает, что при установлении содержания иностранного права предпочтение отдается неофициальным процедурам, не связанным с обращением в министерство юстиции или с использованием правовой помощи. Это более простые процедуры, но степень их надежности невелика. В странах, где установление содержания иностранного права – обязанность судей, такие процедуры осуществляются более эффективно (С. К. Галимуллина).

Основные доказательства иностранного права – заключения экспертов. Их содержание и качество в большой степени зависят от того, кто именно – суд или стороны – осуществляет поиски эксперта (специалиста по иностранному праву). Например, в Испании наиболее часто используется совместное заключение двух известных юристов. В Великобритании иностранное право обычно доказывается свидетельскими показаниями или экспертными заключениями. Во Франции используется certificat de coutume – документ, подтверждающий содержание иностранного права, составленный на французском языке торгово-промышленной палатой иностранного государства, иностранным юристом или дипломатом. Certificat de coutume – это внесудебная экспертиза.

Основные недостатки законодательного обременения сторон обязанностью по установлению содержания иностранного права (В. Л. Толстых):

– эксперты, приглашенные сторонами, высказываются в пользу той стороны, которая их пригласила и оплатила услуги;

– сложность проверки профессиональной квалификации экспертов;

– процесс установления содержания иностранного права приобретает состязательный характер;

– стороны обременяются несвойственными им функциями доказывания. Круг доказательств иностранного права становится более узким;

– санкцией за неустановление содержания иностранного права является применение национального права, что противоречит природе правоприменения.

Судебная практика большинства государств показывает, что предпочтение отдается «смешанной» системе: обязанность по установлению содержания иностранного права принадлежит суду, но в виде исключения в определенных ситуациях такой обязанностью обременены стороны. Стороны должны помогать суду представлять необходимые документы и доказательства.

Российское законодательство закрепляет общий принцип: установление содержания норм иностранного права – обязанность правоприменительного органа, которая возложена на него законом (ст. 1191 ГК; ст. 14 АПК; ст. 166 СК). Обязанности по установлению содержания норм иностранного права имеют не только суды общей юрисдикции, арбитражные и третейские суды, но и иные органы, управомоченные применять иностранное законодательство. Статья 1191 ГК РФ, в которой употребляется только термин «суд», содержит общую норму. В ст. 166 СК РФ кроме судов упоминаются органы записи актов гражданского состояния и «иные органы», применяющие иностранное семейное право.

Участие сторон в процессе установления содержания иностранного права предопределяется их собственной волей; стороны вправе, но не обязаны предпринимать какие-либо

действия по установлению содержания иностранного права. Участвующие в деле лица по собственной инициативе могут предоставлять информацию о содержании иностранного права, иным образом помогать суду при определении содержания применимого иностранного права (абз. 2 п. 2 ст. 1191 ГК; абз. п. 1 ст. 166 СК РФ).

По спорам, связанным с предпринимательской (п. 2 ст. 1191 ГК РФ) и иной экономической (п. 2 ст. 14 АПК РФ) деятельностью, суд может возложить бремя установления содержания иностранного права именно на стороны. В российской доктрине отмечается, что данные нормы противоречат иным положениями действующего законодательства, в частности положениям процессуальных законов о доказательствах и доказывании (А. П. Сергееев, Ю. К. Толстой, И. В. Елисеев). Кроме того, возможна ситуация, что при рассмотрении требований из предпринимательской деятельности суды будут уклоняться от принятия минимальных мер по установлению содержания иностранного права.

В 1968 г. под эгидой Совета Европы была заключена Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства. Конвенция установила специальную процедуру и специальный механизм, призванные облегчить процесс установления содержания иностранного права, позволить судам одного государства получить необходимую информацию из других стран. На первый взгляд, положения Конвенции имеют чисто технический характер, однако они направлены на разрешение одной из самых сложных проблем МЧП и МГП – установление содержания норм подлежащего применению иностранного законодательства.

В Конвенции закреплена обязанность государств-участников создать специальные органы (или возложить дополнительные обязанности на уже существующие структуры), которые должны предоставлять судам других государств информацию о местном праве. Информация передается безвозмездно. Соответствующие ведомства занимаются сбором информации об иностранном и национальном праве; отвечают на запросы иностранных и национальных органов о содержании национального и иностранного права; направляют запросы в компетентные органы иностранных государств о содержании права данных государств.

Положения российского законодательства о порядке и способах установления содержания иностранного права содержатся в ГК РФ, СК РФ и АПК РФ. Механизм этого процесса – дипломатический порядок, официальные запросы через министерство юстиции, непосредственные сношения судов разных государств друг с другом и иными компетентными органами. Российские суды вправе обращаться с запросами о содержании иностранного права в Минюст России и иные компетентные органы РФ, в иностранные компетентные органы, научно-исследовательские учреждения, дипломатические и консульские представительства России в других государствах, привлекать экспертов (абз. 1 п. 2 ст. 1191 ГК РФ). Главный способ установления содержания норм иностранного права – самостоятельная исследовательская деятельность суда. Содержание норм иностранного права устанавливается судом непосредственно на основе текстов иностранных законов и судебных решений, в соответствии с официальным толкованием, практикой применения и доктриной соответствующего государства (п. 1 ст. 1191 ГК РФ). Суд может основываться только на текстах иностранных законов, переведенных на русский язык (п. 4 ст. 75 АПК РФ).

Российские суды при попытках установления содержания иностранного права практически лишены поддержки каких-либо государственных органов – Минюста России и МИД России. Суды вынуждены пользоваться недостоверными источниками, упрощенно толковать и применять иностранное право или вообще уклоняться от его применения. Должным образом установить содержание иностранного права зачастую удается только в тех случаях, когда лицо, участвующее в деле, в этом заинтересовано и несет бремя доказывания содержания иностранного закона.

Законодательство большинства государств предписывает: при невозможности установить содержание иностранного права применяется закон страны суда (Австрия, Польша, Чехия, ФРГ, Украина, Швейцария). Например, согласно ст. 5.3 Закона о МЧП Венгрии, если содержание иностранного права не может быть установлено, применяется венгерское право. Однако есть и другой подход – в Законе о МЧП Югославии закрепляется обязанность суда по установлению содержания иностранного права (ст. 13), но отсутствует указание, какое право должен применять суд, если его усилия не увенчались успехом. Представляется, что в таком случае по аналогии применяется норма ст. 10 («Право государства, в котором отсутствует единый правовой порядок»), – отношение регулируется правом того государства, с которым имеется наиболее тесная связь.

В ГК Португалии закреплено: «При невозможности установить содержание применимого иностранного закона следует прибегнуть к закону, который является субсидиарно компетентным, и необходимо использовать такой же образ действий всегда, когда не является возможным установить фактические или правовые элементы, от которых зависит выявление применимого закона» (ст. 23.2). Законодатель ориентирует суд не на применение португальского права (закона суда), а на установление иного иностранного правопорядка, наиболее тесно связанного с делом. Аналогичное правило установил итальянский законодатель.

Российское гражданское и арбитражно-процессуальное законодательство предусматривает (п. 3 ст. 1191 ГК РФ; п. 3 ст. 14 АПК РФ): если содержание норм иностранного права, несмотря на все принятые меры, не может быть установлено в разумные сроки, применяется российское право. Семейное законодательство не оперирует понятием «разумные» сроки; российское право применяется, если все предпринятые судом меры не привели к установлению содержания иностранного права (п. 2 ст. 166 СК РФ).

Законодатель декларирует применение российского права, несмотря на решение коллизионного вопроса в пользу иностранного права, если все предпринятые в соответствии с законом действия не помогли в «разумные» сроки установить содержание иностранного права. Положения российского законодательства не дают четкого представления ни о временном факторе, ни о том, насколько настойчив должен быть суд, устанавливая содержание иностранного права. Необходимо установить более четкие критерии, препятствующие необоснованному уклонению судей от применения иностранного права или необоснованному отказу от его применения.

4.2
Применение и толкование норм иностранного права

Юридическая категория «применение права» в МЧП обозначает специфическое явление – применение иностранного права. Иностранное право – это волеизъявление иностранного суверена; применение иностранного права возможно только в соответствии с предписаниями коллизионной нормы или на основе соглашения сторон.

Правоприменительный орган, руководствуясь предписаниями коллизионной нормы или соглашением сторон, устанавливает, правопорядок какого государства должен регулировать частно-правовое отношение с иностранным элементом. Если применимым является правопорядок другого государства, необходимо определить перечень и содержание соответствующих норм, дать им толкование, определить специфику реализации. Применение иностранного права не может быть полностью идентичным применению отечественного права.

В МЧП существует постулат: нормы иностранного права должны определяться, применяться и толковаться, как если бы дело рассматривалось в той стране, чье право подлежит применению. При этом необходимо учитывать, что на применении иностранного права не может не сказаться фактор его действия в правовом поле другого государства.

Применение иностранного права в различных юрисдикциях основано на двух противоположных подходах: оценка права другого государства как права или как факта. Считается, что правовые нормы известны суду, а фактические обстоятельства должны доказываться в процессе рассмотрения дела. Если процесс имеет состязательный характер, бремя доказывания лежит на самих сторонах. Восприятие иностранного права как факта предполагает, что ссылки на него – это ссылки на какие-либо фактические обстоятельства, доказывание которых возлагается на стороны. Суд только оценивает доказательства; средства и способы доказывания определены в национальном процессуальном праве, которым руководствуется правоприменитель.

Если иностранное право понимается как особая правовая система, то для разрешения спора необходимо обратиться ко всей совокупности норм данного государства, т. е. его правопорядку в целом. Применение иностранного права – это применение иностранного правопорядка, а не отдельных законодательных положений другой страны. Восприятие иностранного права как права предполагает, что стороны заинтересованы в установлении его содержания и применении, однако все действия в этой сфере предпринимаются судом.

Позиция, господствующая в континентальной правовой системе, состоит в том, что иностранное право понимается как комплекс юридически обязательных предписаний, имеющих такой же характер, что и национальная правовая система. Иностранное право рассматривается как юридическая категория, а не как обстоятельство, подлежащее доказыванию наряду с другими обстоятельствами дела. К установлению содержания иностранного права не применимы, например, нормы ст. 56 ГПК РФ и ст. 65 АПК РФ об обязанности лиц, участвующих в деле, доказывать те обстоятельства, на которые они ссылаются как на основания своих требований и возражений.

В Италии суд применяет иностранное право по должности и как свое собственное объективное право. Вопросы иностранного права – вопросы права, а не факта: «Установление содержания иностранного права осуществляется судом. В этих целях помимо средств, предусмотренных международными конвенциями, может использоваться информация, полученная через Министерство юстиции; судьи могут также делать запросы экспертам или в специализированные учреждения» (ст. 14.1 Закона о реформе МЧП Италии).

В Бразилии действующее иностранное право требует доказывания только в случае, если оно неизвестно суду. В рамках собственной компетентности суда иностранное право

не требует доказывания (ст. 14 Вводного закона к ГК Бразилии). Иностранное право представляет собой именно право, а не фактическое обстоятельство.

Континентальная правовая система демонстрирует и иной подход: процессуальное законодательство Испании рассматривает иностранное право как объект доказывания (ст. 281 ГПК Испании) – объектами доказывания являются обычай и иностранное право; иностранное право должно быть доказано в части своего содержания и юридической силы теми средствами, которые суд сочтет необходимыми.

Большинство стран англосаксонской правовой семьи придерживаются отношения к иностранному праву как к факту. Суд применяет только свое собственное право, но может признать субъективные права, возникшие под действием иностранного права. Иностранное право – это фактическое обстоятельство, которое наряду с другими фактами выступает доказательством по делу. Средства доказывания такого факта определяются в национальном процессуальном законе и применяются точно так же, как в случаях установления любого иного фактического обстоятельства. Стороны обязаны представить доказательства, которые суд оценивает в том числе по поводу содержания иностранного права и состоятельности обоснованных на нем притязаний. Суд не применяет иностранное право как юридически обязательные предписания, а оперирует им как фактом по делу. Стороны могут ссылаться на иностранное право, но оно должно быть доказано как фактическое обстоятельство (as a fact). Во всех странах, придерживающихся такой трактовки, признается особый характер этого факта.

Специфика процессуального права Великобритании – презумпция тождества содержания иностранного и английского права. Однако эта презумпция применяется в пределах, в которых данное тождество не оспаривается стороной, ссылающейся на иностранное право. Если подобная ссылка отсутствует или различие не доказано, суд может вынести решение на основе английского права, даже когда отношение связано исключительно с иностранным государством.

Акт о порядке представления доказательств по гражданским делам (1972 г.) предусматривает, что за некоторыми исключениями содержание иностранного права не может быть доказано:

– цитированием более раннего решения английского суда, в котором шла речь о той же иностранной правовой норме;

– непосредственно текстом иностранного закона, представленного на заключение судьи;

– ссылкой на решение иностранного суда, в котором освещалось содержание и действие данной нормы;

– не является «надлежащим доказательством» решение суда какого-либо третьего государства, содержащее суждение о необходимом иностранном праве.

Применение в английских судах иностранного права (как и любого иного обстоятельства, в отношении которого осведомленность суда не презюмируется) обусловлено выяснением его содержания с помощью «надлежащих доказательств». Бремя установления содержания и доказывания иностранного права возложено на сторону, которая ссылается на это право. Поскольку доказательства содержания иностранного закона оцениваются так же, как доказательства иных фактов, возможно установить содержание иностранного права посредством экспертных свидетельских показаний.

В США презумпция тождества национального и иностранного права используется применительно к государствам системы «общего права». Если лицо, которое ссылается на иностранный правопорядок, отрицает такое тождество, или очевидно, что тождество отсутствует (соответствующее право принадлежит к континентальной семье), американский суд

самостоятельно определяет его содержание в установленном порядке. По общему правилу в США бремя установления содержания иностранного права возложено на суд.

Федеральные правила гражданского процесса (1966 г.) (регулирование судопроизводства в судах федеральных округов США) предусматривают, что суд при установлении содержания иностранного права учитывает любые имеющие значение материалы (аффидевиты, заявления под присягой) независимо от того, кем именно они представлены и допускаются ли федеральными нормами о доказательствах. То, что определит суд, квалифицируется как «решение суда по вопросу о праве» (ст. 44.1).

Процессуальное законодательство отдельных штатов (например, штата Нью-Йорк) требует от судов оценивать иностранное право как «общеизвестный факт», не требующий доказательств, если заинтересованная сторона представит необходимые материалы (тексты законодательных актов, судебные решения). Эти материалы рассматриваются как доказательство prima facie.

Нормативная основа применения иностранного права в России – это гражданское и семейное законодательство, арбитражно-процессуальное и гражданско-процессуальное законодательство, КТМ РФ, Основы законодательства Российской Федерации о нотариате, утв. Верховным Советом РФ 11 февраля 1993 г. № 44621, Закон РФ о МКА. В качестве источника информации об иностранном праве российские суды используют иностранные нормативные акты, нормы прецедентного права государств common law, заключения специалистов по законодательству соответствующего государства. При разрешении гражданских дел российские суды применяют иностранное право в соответствии с федеральным законом или международным договором РФ (п. 5 ст. 11 ГПК РФ). В арбитражном процессе применение иностранного права может быть обусловлено и соглашением сторон (п. 5 ст. 13 АПК РФ). Отсутствие в ст. 11 ГПК РФ указания на то, что иностранное право может применяться по соглашению сторон, противоречит ст. 1210 ГК РФ, которая устанавливает право участников гражданских отношений самим избрать применимое законодательство.

В России иностранное право применяется правоприменительными органами ex officio и рассматривается как право, а не как факт. Предписания суду относиться к иностранному праву как праву императивно закреплено в законодательстве. Российские суды применяют не только иностранное законодательство, но и правовые обычаи, и судебную практику, и доктрину иностранных государств в тех пределах, в каких они признаются источниками права у себя на родине.

Российские суды должны применять иностранное право, к которому отсылают отечественные коллизионные нормы, независимо от того, ссылаются ли стороны на какой-либо иностранный закон. Суд может привлечь стороны для содействия в установлении содержания норм иностранного закона, может назначить экспертизу, обратиться к компетентным органам с соответствующим запросом. Все эти положения распространяются на основания и порядок применения иностранного права при рассмотрении дел в негосударственных правоприменительных органах (третейских судах).

Российские правоприменительные органы обязаны учитывать общее требование: иностранное право должно применяться так, как это имеет место у него «на родине». Суд, перед которым поставлена задача решить дело на основе иностранного закона, должен встать на точку зрения иностранного судьи, проникнуться его правосознанием и решить дело так, как решил бы его данный иностранный суд, применяя свое собственное право. Этот вывод вытекает из общего подхода к применению иностранного закона.

Практическая реализация этого правила представляет собой наибольшую сложность в МЧП, – насколько суд одного государства, знающий и применяющий ex officio (по должности) только свое собственное национальное право, способен истолковать и применить иностранное право так, как применял бы его суд соответствующего иностранного государства.

Способен ли в принципе суд одного государства проникнуться правосознанием суда другой страны, встать на точку зрения иностранного суда? Насколько, например, французский или германский судья способен встать на точку зрения английского или американского судьи? Необходимо учитывать и различную правовую ментальность в странах Западной Европы, государствах бывшего СССР, в странах Азии, Африки и Латинской Америки.

В национальном законодательстве установлено право национальных компетентных органов отказать в признании и исполнении иностранного судебного и арбитражного решения по причине неправильного применения иностранного права. Поскольку очень трудно представить, что судья одного государства сможет действительно проникнуться правосознанием иностранного судьи и встать на его точку зрения, то практически всегда есть возможность отказать в признании и исполнении иностранных судебных решений по причине неправильного применения права. Основная задача судьи, рассматривающего частно-правовой спор, связанный с иностранным правопорядком, – принять такое решение, которое было бы признано и исполнено на территории другого государства.

Законодательство многих государств не содержит специальных норм о принципах применения иностранного правопорядка (Лихтенштейн, Россия, Франция). Одновременно можно привести немало примеров законодательного закрепления норм, устанавливающих требования к применению иностранного закона: Закон о МЧП Австрии (ст. 3) подчеркивает, что иностранное право подлежит применению так, как оно применяется в сфере действия страны происхождения. ГК Мексики (ст. 14) содержит положение, что иностранное право применяется так, как его применил бы соответствующий иностранный судья. «Судье надлежит применять иностранный закон так, как он толкуется в правопорядке, которому он принадлежит. Толкование иностранного закона подлежит надзору кассационного суда» (ст. 34 Кодекса Туниса). Своеобразное правило закреплено в Законе о МЧП Венесуэлы: «Иностранное право… применяется согласно принципам, которые действуют в соответствующем иностранном государстве, и таким образом, чтобы были осуществлены цели, преследуемые венесуэльскими коллизионными нормами» (ст. 2).

В отношении последствий неправильного применения или толкования иностранного права государства придерживаются диаметрально противоположного подхода: в Бельгии, Нидерландах, Франции, ФРГ в компетенцию высших судебных органов государства не входит контроль за применением судами иностранного права, поэтому неправильное применение иностранного права не является основанием для пересмотра судебного решения. В государствах – членах Международного симпозиума о Кодексе Бустаманте (Австрия, Греция, Италия, Польша, страны Латинской Америки) неправильное применение иностранного права является безусловным основанием для пересмотра судебного решения. В Законе о МЧП Швейцарии предусмотрено: федеральный суд пересматривает решение нижестоящих судов, если при вынесении решения не было применено иностранное право, подлежащее применению по нормам швейцарского МЧП, или если решение неправильно исходит из того, что содержание иностранного права установить не удалось.

Российское законодательство устанавливает: неправильное применение норм материального права (в том числе иностранного) представляет собой основание для отмены или изменения судебного или арбитражного решения в апелляционном и кассационном порядке (ст. 270, п. 2 ст. 288 АПК РФ; ст. 330, 362, 363 ГПК РФ). В отношении иностранного права такая позиция законодателя объясняется тем, что суд, не применяя иностранный закон, нарушает российскую коллизионную норму, предусматривающую применение иностранного права. Нарушение предписаний российских коллизионных норм – один из поводов для отмены или изменения судебного решения вышестоящей судебной инстанцией. Понятие «неправильное применение или нарушение норм материального права» определяется как

неприменение закона, подлежащего применению; применение закона, не подлежащего применению; неправильное истолкование закона (ст. 330, 363 ГПК РФ; ст. 270, 288 АПК РФ).

Решения международных коммерческих арбитражей (любых третейских судов) являются окончательными и не подлежат отмене, поэтому рассмотренные положения применимы только к судам общей юрисдикции и государственным арбитражным судам. Неправильное применение иностранного права в третейском разбирательстве может служить основанием для отказа в исполнении арбитражного решения по жалобе заинтересованной стороны или протесту управомоченных органов.

Одновременно неприменение иностранного права или неправильное определение применимого права вопреки требованиям коллизионной нормы не является безусловным основанием для передачи дела на новое рассмотрение. В России иностранное право признается как правовая категория, а не как фактическое обстоятельство. Если нижестоящий суд установил фактические обстоятельства полно и всесторонне, вышестоящий суд может сам выяснить содержание иностранного права и принять новое решение по существу спора.

4.3
Квалификация коллизионной нормы

Применение любой правовой нормы невозможно без ее толкования: установление ее смысла и связи с фактическими обстоятельствами, в которых норма должна быть применена. Юридическая квалификация фактов в соответствии с правовой нормой и сферой ее применения является одним из аспектов толкования права. Конкретные приемы и правила толкования должны соответствовать правовой системе того государства, правовая норма которого толкуется и применяется. Результаты толкования не должны противоречить основным целям и принципам права и его нормативным предписаниям.

Процесс квалификации законодательно не регулируется, но определены требования к конечному результату квалификации. Это отражается в мотивировочной части судебных решений. Неправильная квалификация может послужить основанием для отмены или изменения решения суда.

В МЧП понятие квалификации имеет в виду квалификацию отношения на основании коллизионной нормы. Это квалификация отношения с точки зрения отечественных правовых категорий, отраженных в объеме коллизионной нормы. Квалификация представляет собой «сжатую формулировку, обобщающую большое количество норм материального права или выражающую общий принцип международного частного права» (М. Вольф).

Особенность квалификации в МЧП заключается в том, что на каждом этапе разрешения частно-правового спора, связанного с иностранным правопорядком, квалификация осуществляется по разным правилам. В доктрине утверждается, что процесс рассмотрения спора из частно-правового отношения международного характера подразумевает наличие трех стадий, связанных с определением применимого права, – квалификация, выбор применимого права, применение избранного права (Дж. Д. Фалконбридж).

Три стадии процесса определения применимого права выводятся из концепции Ф. Кана о существовании трех разновидностей коллизии коллизий (Н. С. Бирюкова):

– коллизии относительно объема коллизионной нормы;

– коллизии относительно привязки коллизионной нормы;

– коллизии, связанные с тем, что одинаково сформулированные в коллизионных нормах понятия в разных государствах понимаются по-разному.

Квалификация и выбор применимого права объединяются в понятие «первичная квалификация». Стадия применения избранного судом права – это «вторичная квалификация» (Дж. Чешир). Вторичная квалификация осуществляется на основе права, которое суд определил в качестве компетентного.

Первичная квалификация. Проблема квалификации коллизионных правовых понятий существует на стадии выбора права, при решении коллизионного вопроса и применении отечественных коллизионных норм (первичная квалификация). Выбор применимого права непосредственно зависит от того, правовые понятия какой страны будут использованы при решении коллизионного вопроса.

Для применения коллизионной нормы необходимо раскрыть содержание имеющихся в ней юридических понятий, соотнести их с фактическими обстоятельствами дела, т. е. произвести квалификацию. «Квалификация является составным элементом всякой конфликтной нормы» (А. Пиленко). Коллизионная норма связывает национальное право с иностранным, поэтому проблема квалификации сводится к тому, с точки зрения права какого государства необходимо толковать юридические категории, содержащиеся в самой коллизионной норме.

Один из первых прецедентов, иллюстрирующих проблему квалификации, – хрестоматийное «мальтийское дело». Решение спора по существу находилось в зависимости от

того, в соответствии с правом какого государства будет осуществляться квалификация при определении применимого права. В настоящее время аналогичные проблемы возникают при разграничении сделок (коммерческих или гражданских), определении гражданско-правовой и брачной дееспособности, при разграничении вопросов контрактной и деликтной ответственности.

> Согласно общему коллизионному принципу деление вещей на движимые и недвижимые (объем коллизионной нормы) регулируется законом места нахождения вещи (привязка коллизионной нормы). Если квалификация объема коллизионной нормы производится по российскому праву, необходимо учитывать предписания ст. 130 ГК РФ. В частности, деньги и ценные бумаги квалифицируются как движимое имущество. Если квалификация производится по испанскому праву, деньги и ценные бумаги исключаются из разряда движимых вещей. Кроме того, в Испании недвижимыми вещами признаются машины, сосуды, минеральные удобрения, инструменты и приспособления, предназначенные для обработки земли. По российскому праву такие вещи являются движимыми. Сервитуты в Испании считаются недвижимыми вещами, а в России относятся к категории имущественных прав (Н. С. Бирюкова).
>
> В МГП возникают проблемы «процессуальной» квалификации – квалификация какого-либо института гражданского процесса в качестве материально-правовой или процессуально-правовой категории. Процессуальная квалификация может предопределять решение коллизионного вопроса. Например, по английскому праву исковая давность – это процессуальная категория, по российскому – материально-правовая. Если суд рассматривает спор между российским покупателем и английским продавцом и квалифицирует исковую давность в соответствии с российским правом, этот вопрос подчиняется английскому праву (закону страны продавца). Если суд квалифицирует исковую давность в соответствии с английским правом – как институт процессуального права, – он обязан применить российские нормы об исковой давности, потому что по общему правилу суд применяет свое процессуальное право (В. Л. Толстых).

На практике квалификация зачастую используется как способ обхода принципов и основ МЧП, чтобы избежать применения «неудобного» правопорядка. Подобная цель достигается:

– применением «избавительных средств» (escape devices) или манипуляционных прикрытий» (manipulative coverups), широко известных англо-американской судебной практике (Н. С. Бирюкова). Обращение к таким средствам объясняется соображениями справедливости, удобства, целесообразности. Суд, установив, что в результате квалификации компетентным будет признано право государства, применение которого приведет к «нежелательному результату», осуществляет переквалификацию (квалификация обязательственного статута в качестве деликтного). Применение «избавительных средств» позволяет изменить решение о выборе применимого права;

– выбором удобного суда (forum shopping). Практически всегда суд применяет коллизионные нормы своего национального права. Коллизионные нормы с большой долей вероятности указывают правопорядок, применимый в конкретной ситуации. Стороны спора могут заранее просчитать исход дела в зависимости от обращения в суд того или иного государства. На основании такого расчета выбирается суд, в котором дело будет разрешено наиболее благоприятным образом;

– «подменой ярлыков» (change of labels). В соответствии с процессуальным законодательством США стороны при подаче иска вправе самостоятельно квалифицировать правоотношение. Обозначение истцом той или иной правовой категории основания иска может предопределить исход спора. Достаточно часто возникают ситуации, когда истцы квалифицируют основание иска как деликтное отношение, тогда как на самом деле речь идет о нарушении контракта.

В МЧП существует *теория «конфликта квалификаций»*. Конфликт квалификаций связан с коллизией коллизий. В праве разных государств текстуально одинаковые правовые понятия (дееспособность, форма сделки, личный закон) имеют принципиально различное содержание. Конфликт квалификаций – одна из наиболее сложных, глубинных коллизий, так как при применении терминологически одинаковых понятий решение по одному и тому же делу в судах разных стран может быть прямо противоположным. Конфликт квалификаций следует отличать от конфликта юрисдикций – проблемы выбора компетентного суда (одна из наиболее сложных проблем МГП).

Существуют следующие теории разрешения конфликта квалификаций:

1) *квалификация по закону суда* (lex fori – т. е. по национальному праву того государства, чей правоприменительный орган рассматривает дело). Коллизионная норма как норма национального права использует национальные юридические категории, свойственные данной правовой системе. Поскольку коллизионный вопрос решается на основе коллизионного права страны суда, то и квалификация должна производиться именно по закону суда.

Основной недостаток квалификации по закону суда – игнорирование того, что правоотношение связано с территорией других государств и что коллизионный вопрос может быть решен в пользу выбора иностранного права. Квалификация по lex fori – одна из причин возникновения «хромающих» отношений. Применение «lege fori может привести к абсурдной ситуации, когда ни один из браков не будет квалифицироваться в Швейцарии как брак… если он заключен за рубежом» (В. Нидерер).

Одно и то же понятие может быть квалифицировано различными способами в зависимости от того, суд какого государства рассматривает спор. Такая квалификация может привести к forum shopping. Одновременно квалификация по lex fori не дает ответа на вопрос, как квалифицировать правовой институт, не известный местному праву.

Квалификация по закону суда, как правило, имеет место в процессе первичной квалификации, т. е. это квалификация коллизионных понятий страны суда. Она производится на стадии выбора права, когда еще неизвестно, в пользу какого правопорядка будет решен коллизионный вопрос;

2) *квалификация по праву того государства, с которым отношение наиболее тесно связано* (lex causae – по праву существа отношения). Этот способ квалификации позволяет избежать основных недостатков квалификации по закону суда – иностранные правовые понятия квалифицируются в «родных» для них правовых категориях. Квалификация коллизионной нормы в соответствии с иностранным правом направлена на то, чтобы не допустить извращения его правовых понятий, которые могут возникнуть при квалификации по закону суда.

Любое отношение и понятия, встречающиеся в коллизионной норме, следует объяснять по праву государства, с которым отношение в большей степени связано. Если отношение, рассматриваемое судом, связано с иностранным государством и должно регулироваться его правопорядком, необходима квалификация по праву данного иностранного государства (М. Вольф). Однако при квалификации по lex causae возникает вопрос, – если применимое право определяется после квалификации, то в соответствии с правом какого государства следует ее осуществлять? От квалификации отношения зависит выбор коллизионной

нормы. Нельзя квалифицировать отношение по lex causae, поскольку еще неизвестно, к какому праву отошлет коллизионная норма и какой правопорядок будет являться lex causae.

Квалификация по иностранному праву – это, как правило, вторичная квалификация, которая имеет место после выбора права, когда коллизионный вопрос решен в пользу применения иностранного права. По существу, речь идет не о квалификации коллизионных понятий, а о квалификации юридических категорий материального права. При решении коллизионного вопроса в пользу иностранного права все материальные правовые понятия должны определяться именно в его национальных категориях.

Есть возможность первичной квалификации по иностранному праву, если все фактические обстоятельства связаны с правом одного государства, а дело по какой-либо причине рассматривается в суде другого государства. Кроме того, юридические понятия, требующие квалификации и связанные с фактическими обстоятельствами правоотношения, могут быть в принципе неизвестны местному праву (понятие «вдовья доля» в российском праве) или известны в ином терминологическом обозначении и с иным содержанием. В такой ситуации целесообразна квалификация по lex causae;

3) *теория «автономной» квалификации* основана на том, что коллизионная норма, национальная по своей природе, связывает отечественное право с иностранным, и это обстоятельство нельзя игнорировать. Для выполнения роли связующего звена между правопорядками разных государств коллизионная норма должна использовать общие для всех правовых систем понятия.

Некоторые ученые предлагают использовать метод квалификации, основанный на сочетании права страны суда и общих понятий, – объем коллизионной нормы должен использовать общие для всех правовых систем правовые понятия, а квалификация юридических категорий коллизионной привязки производиться в соответствии с законом суда (М. М. Богуславский).

Идея создания коллизионных норм, состоящих из юридических понятий, общих для большинства правовых систем, имеет позитивный характер. Такие коллизионные нормы смогли бы выполнять свою функцию выбора компетентного права наилучшим образом. Проблема – где найти общие для всех правовые понятия? Их выработка – задача сравнительного правоведения. Однако сразу же возникает еще более сложная проблема, – кто именно должен производить сравнительный анализ права разных государств и устанавливать общие для всех правовые понятия? Сравнительный анализ – это задача доктрины, выводы которой не имеют для суда юридически обязательного характера. Только суд решает коллизионный вопрос и определяет применимое право.

Судья в процессе правоприменительной деятельности вправе произвести сравнительный анализ права тех государств, с которым связано данное отношение, выделить общие юридические категории и на их основе применить отечественную коллизионную норму. Но возможно ли в принципе обязать судью заниматься сравнительным правоведением в случае рассмотрения дела, связанного с иностранным правопорядком? Сравнительный анализ, произведенный конкретным судьей, – это его частное, субъективное мнение, которое может быть полностью противоположным мнению другого судьи по аналогичному делу. В настоящее время трудно говорить о возможности практической реализации автономной квалификации.

Законодательство и судебная практика многих государств (Франции, Испании, Румынии, Египта, Сирии) придерживаются квалификации по lex fori. Однако в основном современный законодатель использует для квалификации сочетание lex fori и lex causae (Венгрия, Канада, Украина, Армения). В некоторых юрисдикциях учитываются автономная квалификация и требования международного права: «Квалификация осуществляется согласно понятиям тунисского права, если она имеет задачей выявить коллизионную норму, позволяющую

определить применимое право. Для целей квалификации анализ составных частей юридического института, не известного тунисскому праву, осуществляется в соответствии с иностранным правом, которому он принадлежит. При квалификации надлежит учитывать различные международные юридические понятия и особенности международного частного права. Квалификацию в рамках международных договоров надлежит осуществлять исходя из конкретных понятий данных международных договоров» (ст. 27 Кодекса Туниса).

Вторичная квалификация. Результат первичной (коллизионно-правовой) квалификации – решение коллизионного вопроса, отсылка к определенному национальному правопорядку. Применение материально-правовой нормы любой правовой системы предполагает материально-правовую квалификацию – квалификацию с целью определить права и обязанности субъектов правоотношения. Материально-правовая квалификация всегда осуществляется по lex causae.

В ст. 1187 ГК РФ речь идет о толковании юридических понятий при определении применимого права. Это позволяет сделать вывод, что данные положения относятся как к квалификации понятий объема коллизионной нормы, так и к квалификации понятий ее привязки. Основной метод, закрепленный законодателем, подразумевает квалификацию российских коллизионных норм в соответствии с «российским правом», т. е. квалификация должна осуществляться по lex fori.

Статья 1187 устанавливает общую норму относительно квалификации права. Специальные нормы, касающиеся квалификации, содержатся в других статьях ГК РФ (ст. 1191, 1208, 1210, 1215, 1218). Положения, предусмотренные специальными нормами, не вполне соответствуют предписаниям ст. 1187 ГК РФ. Во многих случаях априорно признается необходимость использовать нормы «применимого» (т. е., возможно, не российского, а иностранного) права при квалификации коллизионных понятий. Установления ст. 1208, 1215, 1218 ГК РФ предопределяют обязанность суда учитывать положения «применимого» права на первой стадии решения коллизионного вопроса – при квалификации понятий объема коллизионной нормы. По существу, в отношении договоров, процентов по денежным обязательствам, исковой давности российский законодатель закрепил квалификацию по lex causae, а не по lex fori.

Часть 2 ст. 1187 указывает на возможность квалификации по иностранному праву, если «юридические понятия, требующие квалификации, не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом». Применение иностранного права для квалификации коллизионных норм предусмотрено в случаях, когда:

– понятия неизвестны российскому праву;

– понятия известны российскому праву, но с другим содержанием;

– понятия известны российскому праву, но в ином значении.

Квалификация не известных российскому праву юридических понятий, норм и правовых институтов производится по lex causae. Это соответствует современным тенденциям правового регулирования, однако отечественный законодатель не сумел избежать наиболее существенных пороков данного метода квалификации. В частности, если спорное отношение связано с несколькими иностранными правопорядками, на его регулирование могут претендовать правовые системы двух или более государств. Российский суд вряд ли сможет определить, от понятий какого именно иностранного права российские юридические понятия отличаются своим «словесным обозначением либо содержанием».

При разработке нормативного регулирования вопросов квалификации российскому законодателю следовало бы взять за образец положения, например, ст. 27 Кодекса Туниса. С точки зрения юридической техники, законодательные определения этого североафриканского государства намного более грамотны, чем предписания ст. 1187 ГК РФ.

Мобильный конфликт – это изменение территориального положения какого-либо элемента привязки коллизионной нормы. Подобный конфликт возникает в правоотношениях длящегося характера (договор, брачно-семейные отношения).

1. Обстоятельство, закрепленное в коллизионной привязке, в момент реализации субъектами отношения их прав и обязанностей локализовано в одном государстве. В момент рассмотрения спора это обстоятельство локализовано в другом государстве. В данном случае изменения статуса сторон не учитываются, поскольку они произошли после завершения объективной стороны правоотношения: «Последующее изменение являющихся определяющими для привязки к какому-либо… правопорядку условий не оказывает на уже законченные фактические составы никакого влияния» (ст. 7 Закона о МЧП Лихтенштейна).

2. Обстоятельство, закрепленное в коллизионной привязке, претерпевает изменения в процессе реализации субъектами прав и обязанностей. Такой мобильный конфликт вызывает серьезные трудности. Варианты его разрешения:

– применение права, действующего на момент возникновения отношения;

– применение по аналогии норм, регулирующих конфликт законов во времени. По общему правилу акты гражданского законодательства не имеют обратной силы и применяются к отношениям, возникшим после введения их в действие: «Положения настоящей главы не применяются к ранее сложившимся юридическим составам» (ст. 34 Ордонанса Мадагаскара). Данное решение предполагает применение права, действующего на момент возникновения отношения;

– применение норм нового правопорядка, т. е. права того государства, в котором локализовано обстоятельство, закрепленное в коллизионной привязке, локализовано на момент рассмотрения спора. «В случае, когда применимое право определяется в соответствии с критериями гражданства, обычного места жительства или места пребывания, имеется в виду гражданство, обычное место жительства или место пребывания на день возбуждения дела в суде» (ст. 3 Закона о МЧП Турции). Однако необходимо учитывать, что изменение обстоятельства привязки может быть вызвано сознательным желанием стороны подчинить отношение более благоприятному правопорядку. В такой ситуации изменение привязки представляет собой обход закона. Кроме того, это может привести к forum shopping;

– применение права, в каждом конкретном случае установленного по принципу наиболее тесной связи. «Применимый закон определяется… исходя из составной части привязки, существующей на момент возникновения юридической ситуации, или… существующей на момент, когда возникают последствия этой юридической ситуации» (ст. 29 Кодекса Туниса). Этот подход представляется оптимальным (В. Л. Толстых).

Российское законодательство не содержит положений о разрешении мобильного конфликта. Представляется, что в случае возникновения такой проблемы следует по аналогии применять абз. 1 п. 2 ст. 1186 ГК: «Если… невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано».

4.4
Теория отсылок в международном частном праве

Одной из наиболее сложных проблем МЧП является проблема «скрытых коллизий». Эти коллизии представляют собой основную причину конфликта квалификаций. В данной ситуации коллодируют не материальные, а коллизионные нормы права разных государств. Проблема усугубляется тем, что друг другу противоречат не коллизионные нормы в целом, а их формулы прикрепления. Скрытые коллизии принято называть «коллизии коллизий», т. е. столкновение коллизионных принципов (Л. А. Лунц).

Коллизии коллизий возникают, когда один и тот же термин применяется к разным по существу явлениям (личный закон индивида понимается либо как закон гражданства, либо как закон домицилия). Скрытые коллизии (коллизии коллизий) могут иметь позитивную и негативную форму. Позитивные коллизии коллизий – два и более правопорядка одновременно претендуют на регулирование одного и того же отношения. Негативные коллизии коллизий – ни один из возможно применимых правопорядков не соглашается регулировать спорное правоотношение.

Скрытые коллизии лежат в основе теории отсылок: обратной отсылки и отсылки к третьему закону (renvoi первой и второй степеней). Обратная отсылка означает, что избранное на основе коллизионной нормы страны суда иностранное право отказывается регулировать спорное отношение и отсылает обратно к закону суда (отсылка первой степени). Отсылка к третьему закону имеет место в случае, когда избранный иностранный правопорядок не содержит материального регулирования данного отношения, а предписывает применить право третьего государства (отсылка второй степени). Гипотетически возможны и дальнейшие отсылки – к праву четвертого, пятого и т. д. государств.

Причинами появления отсылок являются не только скрытые коллизии, но и сам характер коллизионной нормы: это норма абстрактного, общего характера, отсылающая к иностранному правопорядку в целом, к иностранной правовой системе, в том числе к коллизионному праву (Л. А. Лунц). Непосредственная причина возникновения отсылок – негативные коллизии коллизий.

Теория отсылок появилась в МЧП в XIX в. В 1878 г. во французском суде впервые состоялось решение, затрагивающее отсылочные проблемы коллизионной нормы (решение по делу Форго). Значимость этой проблемы подчеркнута в резолюции Института международного права «О применении иностранного международного частного права» (1998 г.): теория отсылок призвана играть важную роль в обеспечении гармонизации права. Задача МЧП – отыскать правовую систему, наиболее подходящую к конкретному правоотношению. Выполнению данной задачи служат все институты МЧП, в том числе теория отсылок. Институт международного права высказался за унификацию правил применения этой теории на международной основе.

Исходя из того, что проблема отсылок имеет принципиально различное правовое регулирование в законодательстве разных стран, их можно поделить на группы:

1) государства, допускающие применение всей системы отсылок в полном объеме (в том числе отсылок третьей, четвертой и т. д. степеней), пока не будет выявлено право, предусматривающее материальное регулирование спорного отношения: «Если иностранное право,…подлежащее применению, предписывает применять… польское право, применяется польское право. Если иностранное право,… подлежащее применению, предписывает применять… другое иностранное право, применяется это другое право» (ст. 4 Закона о МЧП Польши). Сходные положения закреплены в законодательстве Австрии, Финляндии, стран бывшей Югославии;

2) государства, право которых дозволяет применять отсылки первой и второй степени, но только в виде исключения (Мексика), либо такая возможность оговорена какими-либо условиями (Германия). Как правило, условия применения отсылок имеют абстрактный характер – например, такое применение «соответствует разумному и справедливому регулированию (Чехия). «Если имеет место отсылка к праву какого-либо другого государства, то применяется также его международное частное право, насколько это не противоречит смыслу отсылки» (ст. 4 Вводного закона к ГГУ);

3) государства, предусматривающие возможность применения только обратной отсылки (отсылки к праву страны суда), – Венгрия, Испания, Лихтенштейн, Япония. «Если иностранный закон… отсылает… к румынскому закону, то применяется румынский закон… Отсылка, производимая иностранным законом к праву другого государства, последствий не имеет» (ст. 4 Закона о МЧП Румынии);

4) государства, предусматривающие возможность применения отсылок первой и второй степени либо только обратной отсылки в случаях, конкретно оговоренных в законе (Венесуэла, Португалия, Швейцария, Украина);

5) государства, законодательство которых полностью запрещает применение отсылок (Египет, Греция, Перу, Канада). «В настоящем разделе «право» по отношению к любой стране не включает правила международного частного права» (ст. 15 Закона Великобритании об иностранных сроках исковой давности (1984 г.);

6) государства, законодательство которых в принципе не содержит регулирования этого вопроса (Алжир, Аргентина, Болгария, Таиланд).

Большинство государств мира либо в законодательстве, либо в судебной практике (Великобритания, США) применяют институт отсылок в ограниченном объеме. Чаще всего признают только обратную отсылку, отказываясь от отсылки к праву третьего государства. Причина – практическая целесообразность: обратная отсылка на законном основании позволяет суду применять свое собственное право, что упрощает процесс разрешения спора. Обратная отсылка, по существу, представляет собой возможность отказаться от применения иностранного права. Отсылка к праву третьего государства такой возможности не предоставляет, а наоборот, усложняет процесс выбора компетентного правопорядка.

Признание отсылок осложняет процесс первичной квалификации: если отсылка признается, суды при применении иностранной коллизионной нормы должны толковать понятия привязки по lex causae, т. е. в контексте национальной системы права соответствующего иностранного государства, а не в соответствии с законом государства суда (Ф. Мадл, Л. Векаш).

Гаагская конвенция о регулировании коллизий между национальным законом и законом домицилия (1995 г.) представляет собой одну из попыток разрешить проблему «скрытых» коллизий в формуле прикрепления «личный закон». Эта попытка не увенчалась успехом – Конвенция не вступила в силу и не оказала заметного влияния на национальное законодательство (Л. А. Лунц).

Особое значение проблема отсылок имеет для признания и исполнения иностранных судебных решений. В законодательстве всех государств предусмотрена возможность отказать в признании и исполнении иностранного судебного решения по причине неправильно выбранного права. Правильность выбора права устанавливается на основе коллизионного права того государства, на чьей территории должно быть выполнено судебное решение, а не на основе коллизионного права государства, чей суд принял данное решение. Если решение вынесено без учета предписаний иностранных коллизионных норм, это может послужить достаточным основанием для отказа в его исполнении за границей.

Российская доктрина демонстрирует положительное отношение к применению отсылок, особенно обратной отсылки. Иная точка зрения выражена в отечественном законода-

тельстве – любая отсылка к иностранному праву рассматривается как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву (п. 1 ст. 1190 ГК РФ). Исключение – обратная отсылка иностранного права может применяться в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физических лиц (п. 2 ст. 1190). ГК РФ признает только отсылку первой степени в определенных законом случаях.

Право и практика всех государств устанавливают общее исключение из применения отсылок: они не применимы в договорных обязательствах. Причина: генеральная коллизионная привязка договорных обязательств – автономия воли сторон. Теория отсылок не совместима с автономией воли, так как стороны при выборе права имеют в виду конкретное материально-правовое регулирование. Применение отсылок способно извратить автономию воли, поскольку установления коллизионного права могут предопределить применение права другого государства, что не соответствует намерениям сторон. Несовместимость отсылок с автономией воли представляет собой общепризнанное положение: «Выбор права сторонами не распространяется… на отсылочные нормы выбранного правопорядка» (ст. 11 Закона о МЧП Австрии). Это правило закреплено и в международных соглашениях (Гаагская конвенция 1986 г.; Межамериканская конвенция 1994 г.).

4.5
Коллизионная взаимность

В коллизионном праве существует понятие коллизионной взаимности, которая отличается от материальной и формальной. Коллизионная взаимность представляет собой взаимное применение права, т. е. суд одного государства применяет право другого государства только при условии, что иностранный суд ведет себя точно так же. По общему правилу при рассмотрении частно-правовых споров, связанных с иностранным правопорядком, коллизионная взаимность не должна учитываться: «Суд применяет иностранное право независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве к аналогичным отношениям право Республики Армения» (ст. 1257 ГК Армении).

Иностранное право подлежит применению в национальных судах независимо от того, применяется ли право данного государства за границей, поскольку такое применение предписано постановлениями национального коллизионного права, а не коллизионной взаимностью. Исключение из этого правила – взаимное применение права непосредственно обусловлено в законе или в международном договоре: «Применение иностранного закона не зависит от условия взаимности, если только последующие положения или специальные законы не предусматривают иного» (ст. 6 Закона о МЧП Румынии).

В законодательстве большинства государств закреплена презумпция существования коллизионной взаимности (ее наличие предполагается, а вот отсутствие необходимо доказать): «В случае, когда применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, если не доказано иное» (ст. 1189 ГК РФ).

Применение норм иностранного права на условиях взаимности предусматривается в отдельных областях правового регулирования. Обычно это касается предоставления определенных прав физическим и юридическим лицам (Л. Н. Галенская). Федеральный закон от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» декларирует, что находящиеся на территории России иностранные граждане имеют право на компенсационные выплаты в счет возмещения вреда жизни или здоровью в случае, если в соответствии с законодательством иностранного государства аналогичное право предоставлено российским гражданам.

4.6
Оговорка о публичном порядке

В законодательстве всех государств предусмотрены случаи отказа в применении иностранных правовых норм. Наиболее распространенное основание отказа – оговорка о публичном порядке. Эта оговорка представляет собой «защитную меру»; англо-американская доктрина и практика относят ее к «избавительным средствам».

Основополагающее начало МЧП – применение иностранных правовых норм не должно нарушать основ местного правопорядка. Иностранное право, подлежащее применению, может базироваться на принципах, полностью противоречащих правовой системе страны, суд которой рассматривает спор. Любое государство, допуская применение иностранного права на своей территории, устанавливает порядок и пределы такого применения. Оговорка о публичном порядке содержится в праве всех государств и представляет собой общепризнанный принцип МЧП. Сформулировать ее можно следующим образом: избранное на основе отечественной коллизионной нормы иностранное право не применяется и субъективные права, возникшие на его основе, не признаются, если такое применение или такое признание противоречат публичному порядку данного государства.

Национальное законодательство основано на единой точке зрения – в применении иностранной правовой нормы может быть отказано, если последствия ее применения не совместимы с публичным порядком данного государства (например, в России – заключение полигамного брака, запрет заключения брака до истечения «вдовьего года»). Недопустимо утверждение, что право одного государства противоречит праву другого государства (это нарушение принципов невмешательства во внутренние дела другого государства и суверенного равенства государств). Национальному публичному порядку могут противоречить не само иностранное право в целом (как целостная правовая система), а только последствия применения его норм.

Доктрина

Определения публичного порядка:

1. Это «совокупность моральных, экономических и социальных принципов, представляющий особый интерес, который надлежит защищать без каких-либо исключений» (Дж. Чешир, П. Норт).

2. Это «основополагающие, системообразующие нормы и принципы, обеспечивающие стабильность экономической, политической, социальной, правовой сфер государства, причем на правовой аспект публичного порядка в значительной степени оказывает влияние моральная, культурная, религиозная составляющие жизни конкретного общества» (Ю. Г. Морозова).

3. «Публичный порядок (public policy)… представляет собой некие фундаментальные и ненарушаемые принципы права и справедливости» (Р. А. Траспов).

В доктрине публичный порядок делится на внутренний и международный; позитивный и негативный; материально-правовой и процессуальный. Европейская правовая доктрина использует категории «публичный порядок Сообщества» и «действительно международный публичный порядок».

Внутренний публичный порядок устанавливается каждым государством самостоятельно и имеет в виду только внутригосударственные отношения. Международный публичный порядок – это нормы права, принятые национальным законодателем с учетом

международных обязательств. Международный публичный порядок должен соблюдаться при применении иностранных законов, признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений.

Позитивный публичный порядок – это существование определенной категории внутренних правовых норм, которые в силу их особой важности не могут быть обойдены за счет применения иностранного права. Негативный публичный порядок заключается в том, что иностранное право не применяется, если такое применение противоречит предписаниям особо значимых установлений национального правопорядка.

Материально-правовой публичный порядок имеет в виду, что применение иностранных материальных норм не должно приводить к последствиям, не совместимым с основами национального правопорядка. Процессуальный публичный порядок подразумевает, что признание и исполнение решений иностранных правоприменительных органов не должно приводить к последствиям, не совместимым с основами национального правопорядка.

Ассоциация международного права в 2002 г. утвердила рекомендации по применению государственными судами положения о публичном порядке при признании и приведении в исполнение международных арбитражных решений. Цель рекомендаций – обеспечить последовательность и предсказуемость в толковании и применении публичного порядка. В случае признания или приведения в исполнение международных арбитражных решений следует применять не «национальный публичный порядок», а более узкий критерий – «международный публичный порядок», т. е. международный публичный порядок данной страны.

Существо действующего международного правопорядка выражается в документах, принадлежащих к lex mercatoria: Проект международной конвенции ООН о незаконных платежах (1979 г.), Руководящие принципы ОЭСР для многонациональных предприятий (1976 г.), резолюция Совета Европы по разработке международной программы действий против коррупции (1994 г.), рекомендации МТП, касающиеся вымогательства и коррупции в операциях международной торговли (1977 г.). Понятие международного публичного порядка используется в Кодексе Бустаманте (на этот порядок содержат указание более 40 статей). К международному публичному порядку относятся положения о неотчуждаемости приданого (ст. 192); принудительном отчуждении в целях общественного блага (ст. 194); размере торговых процентов (ст. 257); национальности водных и воздушных судов (ст. 284). Законодательство некоторых государств содержит указание на международный публичный порядок: в приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного за границей, должно быть отказано, если оно содержит постановления, «приведение в исполнение которых приведет к результату, который очевидно несовместим с принципами международного публичного порядка Португалии» (ст. 1096.1 ГПК Португалии).

В подавляющем большинстве национальные законы не оперируют термином «международный публичный порядок». Такая терминология свойственна в основном англо-американскому праву и законодательству латиноамериканских государств: «Не применяются иностранные законы, которые явно противоречат существенным принципам международного публичного порядка, на котором Республика основывает свою правовую индивидуальность» (ст. 2404 ГК Уругвая).

Первый законодательный акт, закрепивший оговорку о публичном порядке, – ФГК, согласно которому «нельзя нарушать частными соглашениями законы, затрагивающие общественный порядок и добрые нравы» (ст. 6). Такая формулировка называется оговоркой о публичном порядке в позитивном варианте, т. е. придание особого значения ряду законов, «вытесняющих применение коллидирующих с ними норм иностранного права» (Л. А. Лунц). В настоящее время позитивная концепция публичного порядка присутствует в большинстве национальных кодификаций МЧП как особый институт – институт императивных норм.

Первый законодательный акт, использовавший негативную концепцию публичного порядка, – Вводный закон к ГГУ, согласно которому «правовая норма другого государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно не совместим с существенными принципами германского права. Она в особенности не применяется, если это применение не совместимо с основными правами» (ст. 6). Негативная форма оговорки – «речь идет о свойствах иностранного закона, которые делают его неприменимым» (Л. А. Лунц). В настоящее время подавляющее большинство государств устанавливает эту форму оговорки (Швейцария, Польша, Испания, Австрия); субсидиарно закрепляется позитивный вариант оговорки в форме института императивных норм.

Законодатель либо использует формулировку «публичный порядок» без каких-либо разъяснений, либо дает самые общие ориентиры в виде указания на основополагающие принципы права, основы правопорядка, публичные интересы (Турция, Швейцария, Польша, Китай). В основном понятие «публичный порядок» раскрывается в судебной практике, значительно реже – в законодательстве: «Публичный порядок… вопросы, относящиеся к личному статусу… брак, наследование и происхождение… вопросы, относящиеся к суверенитету, свободе торговли, обращению материальных ценностей, правила частной собственности и другие… установления, на которых базируется общество… не противоречит характерным положениям и основополагающим принципам исламского шариата» (ст. 3 Закона о МЧП ОАЭ).

В законодательстве любого государства существует категория законов, действие которых не может быть отменено иностранным правом – «законы публичного порядка». Проблема применения таких законов – ни в одном государстве нет их исчерпывающего перечня. Законодательство содержит только общие критерии этих актов – законы, имеющие «наиболее важное значение» для государства, законы «особой важности», «устанавливающие принципы, лежащие в основе всей социальной структуры государства».

Доктрина

В доктрине предпринимаются попытки определить категорию «публичный порядок» путем перечисления норм, составляющих основу национального правопорядка.

1. Основополагающие принципы национального публичного права (конституционного, уголовного, административного).

2. Общепризнанные принципы морали и справедливости, на которые опирается национальный правопорядок; национальное самосознание общества.

3. Законные права и интересы физических и юридических лиц, общества и государства.

4. Общепризнанные принципы и нормы международного права, международно-правовые стандарты защиты прав человека, являющиеся частью правовых систем большинства государств и имеющие примат перед действием национального права.

Этот перечень не имеет исчерпывающего, закрытого характера. Оговорка о публичном порядке является «каучуковой» категорией и может быть использована для отказа в применении иностранного права, даже если последствия его применения никак не противоречат основам национального правопорядка. В доктрине ссылка на публичный порядок расценивается как правовая патология, аномалия. Верховный Суд США в решении по делу Грейс постановил: «Ссылка на нарушение принципов публичного порядка допустима, только если эти принципы являются четко определенными и доминирующими в обществе, что должно быть нормативно закреплено в

законах и судебной практике, а не вытекать из общих соображений или представлений о публичном интересе…».

В российском законодательстве закреплен негативный вариант оговорки о публичном порядке. В различных законодательных актах используется терминология: основы правопорядка (публичный порядок) РФ (ст. 1193 ГК РФ; ст. 167 СК РФ), публичный порядок РФ (ст. 244 АПК РФ), суверенитет, безопасность и публичный порядок РФ (ст. 412 ГПК РФ). Статья 1193 ГК РФ подчеркивает исключительный характер оговорки о публичном порядке: норма иностранного права, подлежащая применению, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) РФ. Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы России. Противоречие последствий применения нормы основополагающим принципам правовой системы страны суда должно быть явным.

ВС РФ попытался определить понятие публичного порядка: его Судебная коллегия по гражданским делам в определении от 25 сентября 1998 г. по делу № 5-Г98-60 указала, что «под «публичным порядком Российской Федерации» понимаются основы общественного строя российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, не допустимый с точки зрения российского правосознания». В постановлении Президиума ВС РФ от 2 июня 1999 г. подчеркивается, что под публичным порядком следует понимать основные принципы, закрепленные в Конституции РФ и законах РФ.

К сожалению, не представляется возможным согласиться с утверждением, что «для нашей практики характерен крайне осторожный подход к вопросу об использовании оговорки о публичном порядке» (М. М. Богуславский). Приходится констатировать, что российские правоприменительные органы склонны к чрезмерно широкой интерпретации публичного порядка. Это «подрывает и без того небезупречную репутацию российской судебной системы. В результате под ударом оказываются активы российских компаний, находящиеся за рубежом» (Р. Карабельников).

Если суд отказывает в применении нормы иностранного права по причине противоречия последствий ее применения публичному порядку страны суда, в правовом регулировании возникает пробел. Возникает проблема «замещения» – какая норма должна применяться вместо отвергнутой? Законодательные подходы:

– этот вопрос законодательно не регулируется (Греция, Грузия, Египет);

– применяется право страны суда (Буркина-Фасо, Лихтенштейн). «Вместо иностранного права, в применении которого отказано, применяется венгерское право» (ст. 7.3 Указа Венгрии);

– применяется иностранное право (Португалия, Италия). «Иностранное право не применяется, если последствия его применения противоречат публичному порядку. В таком случае применяется право, избранное с помощью иных сходных критериев, если таковые предусмотрены той же правовой нормой. При их отсутствии применяется итальянское право» (ст. 16 Закона о реформе МЧП Италии).

Российское законодательство решает вопрос замещения следующим образом: в случае отказа в применении нормы иностранного права со ссылкой на публичный порядок «при необходимости применяется соответствующая норма российского права» (ст. 1193 ГК РФ). Такую формулировку нельзя считать удачной. Как быть, если в российском праве отсутствует «соответствующая» норма или данное правоотношение в принципе неизвестно российскому праву (например, расторжение однополого брака)? Представляется, что законодательства Италии и Португалии предлагают более функциональный вариант решения:

следует обратиться к иным нормам иностранного правопорядка, регулирующим данное правоотношение, и только при явной невозможности их применения суду следует применять собственное право.

4.7
Институт императивных норм как разновидность защитной оговорки

В любой правовой системе есть особый круг императивных норм, которые не являются частью публичного порядка, но должны применяться всегда, даже если национальное коллизионное право отсылает к иностранной правовой системе. «В процессе своего развития международное частное право приходит к признанию того факта, что наряду с публичным порядком действуют строго императивные нормы национального права, которые должны иметь приоритет перед нормами применимого иностранного права» (О. Н. Садиков). Такие нормы являются «продолжением» норм публичного порядка; имеют «сверхимперативный» или «особо императивный» характер; их применение невозможно устранить ни соглашением сторон о выборе права, ни в силу привязки национальной коллизионной нормы. Институт императивных норм – разновидность защитной оговорки, одно из «избавительных средств», способ отказа от применения иностранного права. Для удобства терминологии этот институт условно можно назвать «императивная оговорка»; нормы, образующие его основу, в доктрине обозначаются как сверхимперативные.

Положение об обязательном применении императивных норм национального закона представляет собой позитивный вариант оговорки о публичном порядке: «Императивные нормы швейцарского права в силу особого их назначения применяются независимо от того, право какого государства подлежит применению» (ст. 18 Закона о МЧП Швейцарии). Сходные положения предусмотрены в законодательстве Италии, Венесуэлы, Великобритании.

Защитная оговорка о применении императивных норм шире позитивной концепции публичного порядка. Императивная оговорка подразумевает соблюдение не только особо важных национальных норм, но и иностранных сверхимперативных норм. Основные проблемы императивной оговорки:

– круг норм, подлежащих обязательному применению; их соотношение с нормами публичного порядка;

– круг государств, императивные нормы которых необходимо соблюдать.

Наиболее сложная проблема – определение круга норм, подлежащих обязательному применению. В отдельных случаях указание на сверхимперативный характер нормы содержится в формулировке этой нормы, прямо оговаривается в законодательстве или международных соглашениях. Например, при ратификации Венской конвенции 1980 г. Россия заявила о невозможности заключить внешнеторговый контракт в устной форме, если хотя бы одна из сторон имеет коммерческое предприятие на ее территории. Таким образом, условие о письменной форме сделки – сверхимперативная норма российского права. Сверхимперативными нормами английского права можно считать положения Закона о недобросовестных условиях договора (1977 г.) (Ю. Г. Морозова). В основном сверхимперативность презюмируется, выводится из специфики связи нормы и правоотношения, значимости нормы для правоотношения (положения о защите прав потребителей, правила валютного и антимонопольного законодательства, запрет экспортных и импортных ограничений, правила оборота ценных бумаг).

Римская конвенция 1980 г. придерживается широкого понимания сверхимперативных норм – это «нормы внутригосударственного права, от которых невозможно отступить путем заключения соглашения» (п. 3 ст. 3). К таким нормам относятся положения о защите прав потребителей и предписания трудового законодательства (ст. 5, 6). В Конвенции определены условия наделения норм качеством сверхимперативности:

– природа и цель таких норм;

– последствия их применения или неприменения.

Национальное законодательство закрепляет более «расплывчатые» подходы: «Императивная норма, принадлежащая иному правопорядку… может быть принята во внимание, если… учета данной императивной нормы требуют законные интересы, имеющие с точки зрения общих начал швейцарского права… решающее значение. При решении вопроса о том, следует ли принять во внимание такую императивную норму, учитываются ее цель, а также последствия, которые ее применение имело бы для вынесения решения, надлежащего с точки зрения общих начал швейцарского права» (ст. 19 Закона о МЧП Швейцарии).

Круг государств, императивные нормы которых необходимо соблюдать, прямо очерчен в законодательстве – это государство, суд которого рассматривает спор, и государство, с которым правоотношение наиболее тесно связано (Австралия, Великобритания, Германия). «Суд… может применять императивные нормы права другого государства, имеющие тесную связь с соответствующими правоотношениями» (ст. 14 Закона о МЧП Украины).

В ст. 7 Римской конвенции 1980 г. подчеркивается: «При применении… права какого-либо государства могут быть приняты во внимание императивные нормы другого государства, с которым отношение имеет тесную связь, поскольку согласно праву последнего такие нормы должны применяться независимо от права, применимого к договору. Ничто… не ограничивает применения императивных норм того государства, суд которого рассматривает спор, независимо от права, применимого к договору».

В российском праве положение о применении императивных норм (оговорка о публичном порядке в позитивном варианте) закреплено в п. 1 ст. 1192 ГК РФ: определенные императивные нормы российского права применяются всегда, независимо от решения коллизионного вопроса. Законодатель попытался определить круг таких норм: императивные нормы, в которых непосредственно указана обязательность их применения; нормы, имеющие особое значение для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота. Формулировка ст. 1192 порождает расширительное толкование закрепленных в ней положений – практически любая императивная норма российского права может быть объявлена имеющей особое значение.

В отечественном праве закреплена необходимость учета императивных норм иностранного права (п. 2 ст. 1192 ГК): при применении права какого-либо государства российский суд может принимать во внимание императивные нормы права другого иностранного государства, с которым отношение наиболее тесно связано. Это положение имеет диспозитивный характер: российский суд может (а не должен) учитывать характер таких норм, последствия их применения или неприменения. Он не обязан применять иностранные императивные нормы, а только может принять их во внимание.

Соглашение сторон о подчинении договора какому-либо правопорядку выводит отношение из сферы действия любого иного права и может привести к его нарушению. В законодательстве многих стран правила о необходимости соблюдения национальных императивных норм и императивных норм права, наиболее тесно связанного с договором, распространяется в первую очередь на договорные отношения. Соответствующие императивные нормы обладают приоритетом перед автономией воли сторон и не могут игнорироваться даже в том случае, когда применимым правом является иностранное право (ст. 27, 34 Вводного закона к ГГУ). Сходные положения закреплены и в ст. 17 Гаагской конвенции 1986 г.: «Положения Конвенции о применимом праве не препятствуют применению тех норм права страны суда, которые должны применяться независимо от права, регулирующего данный договор».

Аналогичные положения установил российский законодатель (п. 5 ст. 1210 ГК РФ): если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент выбора подлежащего

применению права, следует, что договор реально связан только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действия императивных норм страны, с которой договор реально связан.

4.8
Обход закона в международном частном праве

Привязка коллизионной нормы определяет, какой правопорядок (местный или иностранный) должен регулировать соответствующее отношение. Изменение коллизионной привязки во многих случаях способно привести к применению иного правопорядка. Такое изменение может быть результатом намеренных действий субъектов отношения с целью избежать «неудобного» правового регулирования. Применение «благоприятного» правопорядка обеспечивается посредством искусственного создания фактического обстоятельства (объективного критерия), закрепленного в коллизионной привязке.

Объективный критерий, формирующий привязку коллизионной нормы, сознательно привносится в правоотношение заинтересованным субъектом. Для разрешения этого противоречия была разработана теория обхода закона (agere in fraudem legis). Институт обхода закона представляет собой одну из защитных оговорок, «избавительное» средство, основание для отказа в применении иностранного права, на которое указывает коллизионная норма.

Обманная привязка может быть создана не во всех формулах прикрепления. Такая возможность возникает, когда коллизионная норма прямо или косвенно принимает во внимание индивидуальную волю. В частности, в коллизионной норме, устанавливающей компетенцию lex rei sitae в отношении недвижимостей, отсутствует возможность проявления субъективной воли. Заинтересованное лицо по своему желанию не может изменить место нахождения недвижимости в целях применения.

Наиболее сложные проблемы в теории обхода закона:

– соотношение обхода закона с оговоркой о публичным порядке и императивной оговоркой;

– предмет регулирования норм об обходе закона;

– какие нормы имеет в виду обход закона – коллизионные или материальные;

– как понимать обход закона – как действительное создание коллизионной привязки к иностранному закону (заключение за границей договора с целью использовать иностранную правовую форму) или как фиктивное указание привязки (указание в договоре, что он якобы совершен за границей).

Предмет института «обход закона» – это недействительность каких-либо действий, направленных на исключение правопорядка, объективно применимого в силу закона. Цель квалификации таких действий в качестве обхода закона – применение права в соответствии с предписаниями коллизионных норм. В классической теории agere in fraudem legis подчеркивается, что «обходится» не коллизионная, а материальная норма: «При обходе закона… переходят в сферу действия другого правопорядка, содержащего желательные материальные нормы, и затем приноравливаются к последним… Обходится материальная норма… Коллизионная норма – только орудие для такого обхода» (Л. Раапе).

Цель создания обманной привязки – вывести правоотношение из сферы действия «неудобного» правопорядка. Для заинтересованного лица неудобными являются положения материально-правового характера, устанавливающие конкретные права и обязанности (нотариальная форма регистрации сделки, порядок создания юридического лица). В подобной ситуации все действия направлены на обход материальных, а не коллизионных норм. Коллизионные предписания открывают путь для такого обхода, представляют собой инструмент обхода материальных норм.

Проблема обхода закона возникает, когда субъекты умышленно пытаются вывести свои отношения из сферы действия норм права

определенного государства посредством специальных договоренностей между собой. Например, в соответствии с российским законодательством правоспособность иностранных юридических лиц определяется на основе критерия инкорпорации. Из всех возможных критериев, применяемых к национальности юридических лиц, именно этот является наиболее удобным для обхода закона. В настоящее время Россия – мировой лидер по количеству российских компаний, зарегистрированных в офшорных зонах. Такая ситуация неудивительна в свете отечественного налогового законодательства.

В сфере договорных отношений институт обхода закона выступает ограничителем автономии воли сторон, которая предполагает, что стороны сознательно выбирают «удобные» материально-правовые предписания, наиболее благоприятную для них модель поведения. В данном случае речь не может идти о создании обманной привязки. Институт обхода закона не должен применяться в тех институтах МЧП, в которых автономия воли является генеральной коллизионной привязкой.

Законодательство многих государств не содержит норм об обходе закона (Австрия, Греция, Китай, Перу, Япония). Рабочая группа, готовившая проект Римской конвенции 1980 г., отказалась от использования теории agere in fraudem legis, посчитав ее несостоятельной. В большинстве государств вопросы обхода закона решаются в рамках судебной практики. Французские суды более всего склонны признавать последствия обхода закона недействительными. Понятие «обход закона» трактуется чрезвычайно широко.

Не меньшее количество государств законодательно закрепляет теорию agere in fraudem legis (Испания, Канада, Украина). При этом различные юрисдикции демонстрируют неоднозначные подходы к регулированию этого института. Кодекс Туниса так определяет обход закона (ст. 30): «Обход закона образуется искусственным изменением одной из составных частей привязки, относящихся к действительной юридической ситуации, с намерением уклониться от применения тунисского или иностранного права, обозначенного применимой коллизионной нормой».

В Венгрии иностранное право не применяется, «когда оно привязывается к иностранном элементу, созданному сторонами искусственно или путем симуляции в целях обхода иным образом применимой нормы закона (обманная привязка)» (ст. 8.1 Указа Венгрии). В ГК Португалии подчеркивается (ст. 21): «При применении коллизионных норм не учитываются фактические составы и права, созданные с обманным намерением обойти применимость того закона, который в других обстоятельствах являлся бы компетентным».

Российское законодательство не регулирует институт обхода закона (хотя в проектах разд. VI части третьей ГК РФ такие нормы присутствовали). В надлежащих случаях отказ от применения иностранного права обеспечивается оговоркой о публичном порядке и императивной оговоркой. Отечественное право не декларирует недействительности соглашений, направленных на обход императивных норм российского права или норм иностранного правопорядка, наиболее тесно связанного с отношением. Смысловое толкование ст. 1192 и 1210 ГК РФ подтверждает, что в случае наличия соглашений, позволяющих обойти соответствующие императивные нормы, возникает проблема недействительности подобных соглашений: «Если из совокупности обстоятельств дела, существенных на момент выбора подлежащего применению права, следует, что договор реально связан только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан».

Тема 5
Право лиц (субъекты международного частного права)

5.1
Физические лица в международном частном праве

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

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

Лунц, А. Л. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2000.

Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2000.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2006.

5.1.1
Правовой статус физического лица (индивида)

Физическое лицо (индивид) – первичный субъект любых частно-правовых отношений. С точки зрения МЧП, физические лица делятся на две категории: «граждане (данного государства), т. е. собственные граждане, национальные лица» и «иностранцы». Понятие «иностранцы» объединяет следующие категории физических лиц:

– иностранные граждане – лица, имеющие юридическую связь с каким-либо государством;

– бипатриды – лица, имеющие правовую связь с двумя или несколькими государствами;

– апатриды – лица, не имеющие юридической связи ни с каким государством;

– беженцы – лица, вынужденные по определенным причинам покинуть территорию своего государства и получившие убежище на территории другого.

Иностранец – физическое лицо, находящееся на территории государства, гражданином которого оно не является. Правовое положение иностранцев определяется совокупностью правовых норм, определяющих их права и обязанности. Эти нормы содержатся как в национальном законодательстве, так и в международно-правовых актах.

К первой категории иностранцев принадлежат иностранные граждане. Правоотношение гражданства образует основу правового статуса индивида. Гражданство – это устойчивая политико-правовая связь индивида с определенным государством. Оно означает юридическую принадлежность индивида к определенному государству.

Специфика гражданско-правового статуса иностранных граждан предопределяется наличием особой правовой связи – гражданства – с определенным государством, сохраняющейся и при нахождении гражданина за его пределами. С другой стороны, на иностранных граждан распространяется юрисдикция государства, на чьей территории они находятся.

На территории государства пребывания иностранные граждане пользуются определенными режимами. Правовой статус иностранцев, определяющий объем их прав и обязанно-

стей, обозначается термином «режим иностранцев». Для иностранцев установлены следующие виды режимов:

– н*ациональный режим* предполагает уравнивание иностранцев в правах и обязанностях с местным населением (ст. 62 Конституции РФ). Абсолютный и полный национальный режим иностранцам не предоставляется ни в одном государстве – иностранные граждане лишены избирательных прав, права занимать государственные должности. Это является общепринятым и не представляет собой дискриминации. Национальный режим в основном устанавливается в национальном законодательстве, но может быть предусмотрен и в международно-правовых актах;

– с*пециальный режим* – предполагает наделение иностранцев какимито особыми правами и установление для них особых обязанностей, отличных от прав и обязанностей местных граждан. Общепринято предоставление иностранцам национального режима в сфере экономических, социальных, гражданско-процессуальных, гражданских прав; предоставление специального режима в сфере политических, трудовых, административных, семейных прав. Специальный режим закрепляется как в национальном законодательстве, так и в международных соглашениях.

Специальный режим может носить негативный характер. В этом случае он представляет собой совокупность правовых ограничений, которые распространяются только на иностранцев (например, иностранцы не могут быть капитанами водных судов и членами экипажей воздушных судов).

Специальный режим может иметь позитивный (преференциальный) характер, т. е. иностранные граждане в целом или граждане отдельных государств обладают преимуществами в какой-либо сфере деятельности (безвизовый въезд жителей пограничных областей на территорию соседнего государства, беспошлинная приграничная торговля). Принято предоставление преференциального режима иностранцам по сравнению с гражданами из других государств, но не по сравнению с собственными гражданами;

– р*ежим наибольшего благоприятствования* – представляет собой уравнивание граждан всех иностранных государств в правах и обязанностях друг с другом в какой-то определенной области на территории определенного государства. Права и привилегии, которыми пользуются граждане одного государства, на данной территории автоматически распространяются на граждан всех остальных государств. Этот режим устанавливается в основном в международных соглашениях и в настоящее время имеет тенденцию к трансформации в национальный режим. Предоставление режима наибольшего благоприятствования для иностранцев является наиболее распространенным явлением.

Любой из перечисленных режимов предполагает возможность введения по распоряжению властей соответствующего государства ограничений и изъятий, особенно в случае применения *реторсий*: «Физические… лица иностранного государства,… лица без гражданства обладают правоспособностью и дееспособностью наравне с гражданами Грузии. Исключение… допускается, если в иностранном государстве действуют нормы, ограничивающие права физических… лиц Грузии. Для этого необходима четко определенная законом норма» (ст. 21 Закона о МЧП Грузии).

Иностранцы находятся в «двойном подчинении», подчиняются двум различным началам – территориальному (юрисдикция государства пребывания) и экстерриториальному (юрисдикция государства гражданства). Общепризнанно, что иностранец может выполнять обязанности или пользоваться правами, соответствующими его национальному праву, только в той мере, в какой это не противоречит суверенитету, безопасности и законодательству государства пребывания.

Правовой статус бипатридов и апатридов обладает серьезной спецификой. В международном праве он оценивается как усложненный статус, международно-правовая патология.

Бипатриды – лица с двойным или множественным гражданством; они относятся к «промежуточной категории» лиц. Термин «множественное гражданство» является более точным, но поскольку на практике в основном распространено двойное гражданство, то чаще используется термин «двойное гражданство».

Основной источник возникновения бипатризма – коллизии «права почвы» и «права крови», т. е. расхождения в законодательстве разных государств по вопросам приобретения и утраты гражданства (Т. Шингерей). Согласно «праву крови» гражданами государства являются все лица, рожденные от граждан этого государства; согласно «праву почвы» гражданами данного государства являются все лица, рожденные на его территории.

Страны, в какой-либо форме допускающие состояние двойного гражданства, – Австралия, Великобритания, Марокко, Украина, Израиль, Аргентина (более 90 государств).

Германский закон о гражданстве (1913 г.) (Lex Delbrock 1913) устанавливал, что немцы, получившие гражданство зарубежных государств, с согласия германских властей сохраняют гражданство Германской империи. Этот закон позволил гражданам Германии заниматься хозяйственной деятельностью за границей. Например, на лондонскую биржу допускались только британские граждане, немцы могли заниматься операциями на бирже только после получения британского гражданства. Возможность множественного гражданства, мотивированная экономическими соображениями, в других государствах рассматривается как злоупотребление правом. Непосредственно в связи с Lex Delbrock во время Первой мировой войны появилось понятие «враждебный иностранец».

Иностранец, ставший гражданином США путем натурализации, может сохранить свое прежнее гражданство при условии, что его родная страна не требует, чтобы он отказался от прежнего гражданства. Аналогичным образом гражданин США может стать гражданином другой страны, сохранив американское гражданство, но только если другая страна не обязует его отказаться от гражданства США.

В практике международных судебных органов сформулирован принцип «эффективности» гражданства, основа которого – начало наиболее тесной связи. Международные суды решают вопрос о принадлежности к гражданству при помощи определенных критериев:

– постоянное фактическое место жительства или место, где человек «чаще всего бывает»;

– место трудовой деятельности или место, где находится источник постоянного дохода;

– место нахождения недвижимого имущества;

– место жительства семьи;

– место несения военной или государственной службы;

– место, где индивид реально пользуется своими гражданскими и политическими правами.

В большинстве государств в основном для установления личного закона бипатрида применяется принцип эффективного гражданства – критерий наиболее тесной связи лица с каким-либо из государств, гражданством которых это лицо обладает: «Если… лицо является… гражданином нескольких государств, то применяется право того из этих государств, с которым лицо наиболее тесно связано… посредством своего обычного места пребывания или ходом своей жизни» (ст. 5 Вводного закона к ГГУ).

По отношению к бипатридам, одно из гражданств которых – гражданство страны суда, применяется правило: государство, гражданин которого имеет гражданство другого государства, рассматривает такое лицо как своего гражданина, игнорируя его статус как бипатрида: «Если наряду с иностранной государственной принадлежностью лицо имеет также австрийское гражданство, то последнее является определяющим» (ст. 9.1 Закона о МЧП Австрии).

Апатриды (лица без гражданства) – это особое правовое состояние индивида. Как правило, апатризм – следствие коллизий национальных законов о гражданстве. Это правовой

статус, который характеризуется отсутствием у лица гражданства какого-либо государства. Безгражданство считается правовой аномалией, поскольку в международном праве закреплено право лица на гражданство.

Безгражданство может быть абсолютным (апатрид по рождению) и относительным (апатрид вследствие утраты гражданства). Например, рождение у родителей, государство гражданства которых придерживается принципа почвы, ребенка на территории государства, законодательство которого основано на принципе крови; вступление в брак с иностранцем женщины, национальный закон которой предусматривает в таких случаях автоматическую утрату гражданства, а национальный закон мужа не предусматривает автоматического приобретения гражданства.

Апатриды подчиняются юрисдикции того государства, на территории которого они имеют постоянное место жительства. По своему правовому положению они приравнены к иностранным гражданам, но при этом не пользуются защитой и покровительством какого-либо государства. Апатриды обладают меньшим объемом гражданских прав и свобод, чем граждане государства пребывания (отсутствие конституционных и политических прав). Как и иностранные граждане, апатриды не несут воинской обязанности, на них распространяются те же профессиональные ограничения.

В отношении лиц без гражданства действует закон страны их пребывания, потому что они не связаны с правовой системой другого государства, так как не имеют доказательств наличия гражданства (подданства) иностранного государства. Лица без гражданства более подчинены местному правопорядку, чем граждане иностранных государств: «Положение апатрида регулируется законом его места жительства… при отсутствии места жительства – законом суда» (ст. 1015 Кодекса Буркина-Фасо).

Проблему **беженцев** порождает массовый уход (исход) населения (mass exodus), связанный с нарушениями прав человека и экономической миграцией населения. Беженцы – это de facto лица без гражданства, т. е. их статус почти ничем не отличается от статуса апатридов. Особую категорию беженцев составляют политические беженцы (эмигранты). Правовой статус беженцев и перемещенных лиц урегулирован в международном праве: Конвенция о статусе беженцев (г. Женева, 28 июля 1951 г.), Протокол, касающийся статуса беженцев (1966 г.), Соглашение о морякахбеженцах (1957 г.) с Протоколом к нему (1973 г.).

В соответствии с Конвенцией беженцам предоставляется такой же режим, как и другим иностранным гражданам, если только специально для беженцев не предусмотрен более благоприятный правовой статус. В некоторых областях беженцы пользуются национальным режимом (начальное образование, размер вознаграждения за труд, медицинское обслуживание). Личным законом беженца является закон страны убежища; ст. 12 Конвенции предусматривает, что личный статус беженца определяет закон государства его домицилия (юридически оформленного места проживания), а если такого нет, то закон страны его фактического пребывания.

Этот подход закреплен в национальном законодательстве: «Личным законом лица, которое является беженцем… или чьи связи с его отечеством в силу… веских причин прерваны, является право того государства, в котором оно имеет свое место жительства, а в отсутствие такового – обычное место пребывания; отсылка этого права к праву отечества во внимание не принимается» (ст. 10 Закона о МЧП Лихтенштейна).

Правовой статус иностранцев регулируется нормами различных отраслей права – конституционного, административного, гражданского. В некоторых государствах (Франция, Испания) существует специальная отрасль – «**право иностранцев**». В законодательстве таких государств определены различные категории иностранцев: в соответствии с французским «законом Паскуа» (1993 г.) иностранцы делятся на коммерсантов – обыкновенных

резидентов, лиц-резидентов, привилегированных иностранцев (граждан ЕС), туристов, студентов, сезонных рабочих (Г. К. Дмитриева).

Статья 11 ФГК определяет правовое положение иностранцев: «Иностранец пользуется во Франции такими же гражданскими правами, как те, которые предоставлены или будут предоставлены французам по договорам с государством, к которому принадлежит этот иностранец». Закрепленный в ФГК принцип взаимности создает две категории иностранцев: привилегированные иностранцы (пользуются преимуществами международного договора) и простые иностранцы (не имеющие таких преимуществ).

В России действует Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», согласно которому иностранный гражданин – это физическое лицо, не являющееся гражданином России и имеющее доказательство наличия гражданства (подданства) иностранного государства. Законно находящимся на территории РФ иностранным гражданином является лицо, имеющее действительные вид на жительство, либо разрешение на временное проживание, либо визу, либо иные документы, предусмотренные федеральным законом или международным договором, подтверждающие его право на пребывание в Российской Федерации.

Согласно ч. 3 ст. 62 Конституции РФ иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в России правами и несут обязанности наравне с ее гражданами, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором РФ. Эта общая конституционная норма закреплена в специальном законодательстве (ст. 4 Федерального закона; ст. 1196 ГК РФ).

В Российской Федерации национальный режим предоставляется иностранным гражданам и лицам без гражданства в безусловном порядке, без встречного требования о взаимности в отношении наделения аналогичным режимом российских граждан в другом государстве. В отдельных сферах деятельности предоставление национального режима обусловлено взаимностью: согласно ч. 3 ст. 45 Федерального закона от 3 августа 1995 г. № 123-ФЗ «О племенном животноводстве» иностранные граждане на территории РФ осуществляют деятельность в этой области в той мере, в какой указанный режим предоставляется соответствующим иностранным государством гражданам Российской Федерации.

В Российской Федерации иностранные граждане и лица без гражданства относятся к специфическим субъектам права:

– общий объем прав и обязанностей иностранных граждан, лиц без гражданства на территории РФ и российских граждан не совпадает. На иностранных граждан и лиц без гражданства не распространяются некоторые права и обязанности, которые связаны с наличием гражданства Российской Федерации;

– на иностранных граждан, находящихся на территории РФ, оказывает воздействие национальное законодательство государств, гражданами которых они являются;

– пребывание в Российской Федерации иностранных граждан и лиц без гражданства регулируется не только общими, но и специальными нормами права.

5.1.2 Личный закон индивида

Основная особенность гражданско-правового положения иностранцев заключается в том, что они подчиняются двум правопорядкам — правопорядку государства места пребывания и правопорядку государства своего гражданства. Их правовое положение отличается двойственным характером. Общее правило определения личного закона иностранцев – особая правовая связь индивида с государством.

Национальный (личный) закон индивида регулирует вопросы его личного статуса: правоспособность, дееспособность (общую и специальную), право на имя, неимущественные брачно-семейные отношения, опеку и попечительство: «Закон страны, в которой имеет место жительства лицо, определяет правила относительно начала и окончания правосубъектности, имени, дееспособности и семейных прав» (ст. 7 Вводного закона к ГК Бразилии).

Во Франции сфера применения личного статута определена в ст. 3 ФГК как закон, относящийся к состоянию и правоспособности лиц. Понятие «состояние лица» охватывает вопросы, связанные с именем, домицилием, гражданским состоянием, семейными отношениями (за исключением имущественных отношений между супругами и наследственных отношений). Понятие правоспособности включает общие вопросы недееспособности физических лиц (несовершеннолетние, душевные и психические расстройства) и их защиты (опека и попечительство). Специальные ограничения правоспособности (например, во врачебной практике в отношении подарков пациентов) не охватываются данным понятием и подчинены особому регулированию (М. Н. Клевченкова).

По общему правилу в континентальном праве личный закон понимается как закон гражданства, в общем праве – как закон домицилия. Личный закон может устанавливаться и по иным критериям: «Статус физического лица и связанные с ним особенности… последствия этого статуса регулируются правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к конкретному вопросу» (ст. 3519 ГК штата Луизиана).

В основном современные национальные кодификации МЧП придерживаются «смешанной» системы определения личного закона индивида: подчинение местному праву личного статуса иностранцев на основе принципа домицилия; распространение местного права на всех граждан этих государств по принципу закона гражданства.

В отдельных юрисдикциях к иностранным гражданам применяется закон гражданства, к бипатридам и апатридам – национальное право: «Право Государства Объединенные Арабские Эмираты применяется в случае с лицами с неизвестным гражданством или с лицами, которые… имеют одновременно более чем одно гражданство» (ст. 24 Закона о МЧП ОАЭ).

Понятие личного закона физических лиц в российском праве установлено ст. 1195 ГК РФ. Генеральная коллизионная привязка личного закона – это закон государства гражданства, субсидиарная – право государства места жительства. Личный закон иностранного гражданина – право страны, гражданство которой данное лицо имеет. Личным законом лиц с двойным гражданством, одно из которых российское, является российское право. Личным законом иностранных граждан может быть российское право, если иностранец имеет место жительства в России (п. 3 ст. 1195 ГК РФ).

Личный закон апатрида определяется на основе признака домицилия (п. 5 ст. 1195 ГК РФ). Такая норма является общей для законодательства большинства государств, но это правоположение порождает проблему – как определить личный закон апатрида при отсутствии у него постоянного места жительства.

Закон домицилия применяется при определении личного закона бипатрида (п. 4 ст. 1195 ГК РФ). При наличии у лица нескольких иностранных гражданств личным законом считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства. Здесь возникает такая же проблема – что считать личным законом бипатрида при отсутствии у него постоянного места жительства. Более удачный способ установления личного закона таких лиц – применение критерия реальной связи (место жительства семьи, место постоянной работы, место нахождения имущества и т. д.) или принципа эффективного гражданства: «Если… лицо пользуется несколькими гражданствами, судье надлежит придерживаться эффективного гражданства» (ст. 39 Кодекса Туниса).

Личным законом индивида, имеющего статус беженца, является право страны убежища (п. 6 ст. 1195 ГК РФ). По сравнению со статусом других категорий физических лиц, статус беженца предоставляет индивиду определенные преимущества (в сфере социального обеспечения, трудоустройства, пенсионного обеспечения).

Личный закон физических лиц – индивидуальных предпринимателей определяется по общему правилу, т. е. по праву страны гражданства. Право физического лица заниматься предпринимательской деятельностью без образования юридического лица определяется по праву страны, где такое физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Если это правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации, применяется право страны основного места осуществления такой деятельности (ст. 1201 ГК РФ). В данной ситуации гражданство физического лица не имеет значения.

5.1.3 Гражданская правоспособность физических лиц

Гражданская правоспособность физических лиц – это способность индивида иметь права и обязанности. Правоспособность свойственна человеку как жизнеспособному существу, она не зависит от возраста, состояния здоровья, умственных способностей. Правоспособность возникает с момента рождения (наследственные права – с момента зачатия) и прекращается в момент смерти. При жизни правоспособность может быть ограничена по судебному решению (в административном или уголовном процессе – лишение права заниматься врачебной или торговой деятельностью, занимать определенные должности).

В праве большинства государств установлена императивная материально-правовая норма – в сфере гражданской правоспособности иностранцы пользуются национальным режимом; однако отдельные вопросы правоспособности имеют коллизионное регулирование – определяются по личному закону индивида: «Возникновение и прекращение гражданской правоспособности физического лица определяется его личным законом. Иностранцы и лица без гражданства имеют гражданскую правоспособность в Украине наравне с гражданами Украины, кроме случаев, предусмотренных законом или международными договорами Украины» (ст. 17 Закона о МЧП Украины). В Швейцарии общие вопросы гражданской правоспособности определяются по швейцарскому праву. Вопросы «приобретения и утраты правосубъектности регулируются правом, применяемым к отношению, предполагающему пользование гражданскими правами», т. е. по закону существа отношения (ст. 34 Закона о МЧП Швейцарии).

Основными аспектами правового статуса индивида, связанными с категорией гражданской правоспособности, являются личные неимущественные права, право лица на имя, признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление его умершим. Общепризнанное положение – эти вопросы подлежат коллизионному регулированию: «К защите личных неимущественных прав по выбору истца применяется или право государства, где имели место нарушение или иные обстоятельства, послужившие основанием для требования, или право государства, где истец имеет место жительства» (ст. 431 ГК Монголии).

Право на имя – одно из личных неимущественных прав гражданина, которое непосредственно связано с его личностью и возникает с рождения. С момента регистрации (перемены) своего имени у гражданина возникает право приобретать и осуществлять под этим именем права и обязанности (М. М. Богуславский). Правомочия физического лица включают:

– право на имя (включая его перемену), а также на псевдоним;

– право на использование своего имени;

– право на защиту своего имени.

В США по вопросам права лица на имя к иностранцам применяется только американское право (Л. А. Лунц). В континентальной системе права право на имя определяется по личному закону, однако в отношении последствий злоупотребления чужим именем применяется закон суда или закон места совершения правонарушения: «Имя лица регулируется его личным законом. Защита против совершенных в Румынии действий, нарушающих право на имя, обеспечивается в соответствии с румынским законом» (ст. 14 Закона о МЧП Румынии). «Защита имени определяется согласно праву того государства, в котором осуществляется нарушающее действие» (ст. 13.2 Закона о МЧП Австрии).

Серьезной проблемой современного МЧП является институт безвестного отсутствия и объявления безвестно отсутствующих лиц умершими. Эта проблема входит в категорию правоспособности, как вопрос начала и конца правоспособности (Л. А. Лунц). В международном праве действуют многосторонние (Конвенция об объявлении умершими лиц, безвестно отсутствующих (1950 г.) и двусторонние соглашения, регулирующие этот вопрос. В двусторонних договорах коллизионные проблемы безвестного отсутствия и установления факта смерти лица разрешаются на основе личного закона или закона страны суда. Компетентными являются суды государства гражданства того лица, в отношении которого возбуждено дело о безвестном отсутствии. В отдельных случаях, прямо предусмотренных в договоре, компетентным является суд другой договаривающейся стороны (ст. 23 российско-польского договора), а применимым правом – закон суда (Г. К. Дмитриева).

Институт безвестного отсутствия и признания лиц умершими известен законодательству не всех государств. Такой институт отсутствует в МЧП Венесуэлы, Вьетнама, Испании, Ирана, Египта. Во Франции возможно объявление лица безвестно отсутствующим в порядке судебного определения, имеющего значение только для данного дела. Судебное определение влечет ограниченные имущественные последствия – временный ввод во владение наследством, но отсутствие возможности расторгнуть брак с таким лицом (Л. А. Лунц). Праву США и Великобритании институт безвестного отсутствия в принципе не известен: в этих странах для целей судебного разрешения конкретного спора допустимо установить «прецедент относительно опровержимой презумпции факта смерти лица, отсутствующего в течение семи лет» (Э. Дженкс).

Большинство государств мира устанавливают законодательное регулирование института безвестного отсутствия.

Генеральная коллизионная привязка – личный закон соответствующего лица; субсидиарно практически всегда предусматривается возможность применения права страны суда: «Основания и последствия исчезновения, отсутствия и предполагаемой смерти лица определяются его последним национальным законом… Итальянская юрисдикция возникает в случае:

а) если последним национальным законом лица было итальянское право;

б) если последнее место жительства лица находилось в Италии;

в) если установление исчезновения, отсутствия и предполагаемой смерти может вызвать юридические последствия в соответствии с итальянским правом» (ст. 22 Закона о реформе МЧП Италии).

По делам об установлении факта смерти одного или нескольких лиц национальное коллизионное регулирование придерживается следующих подходов:

1) применение закона существа отношения: «Когда требуется установить факт более длительного нахождения в живых одного лица по сравнению с другим лицом и неизвестно, кто из них умер раньше, момент смерти устанавливается на основании права, регулирующего отношение, применительно к которому данный факт подлежит установлению» (ст. 21 Закона о реформе МЧП Италии);

2) применение личного закона исчезнувшего лица в сочетании с законом суда: «Презумпция, что одно лицо пережило другое, или презумпция о смерти регулируются последним личным законом исчезнувшего лица. Если этот закон не может быть определен, применяется румынское право» (ст. 16 Закона о МЧП Румынии).

Установление факта смерти лица в определенное время и при определенных обстоятельствах имеет в виду установление на основе представленных доказательств не презюмируемого, а действительного факта смерти (М. М. Богуславский). В законодательстве предлагается следующее решение: «Когда юридическое последствие зависит от нахождения в живых одного или другого лица и они обладают различными законами места жительства, а презумпции нахождения в живых по этим законам являются несовместимыми… они презюмируются умершими в один и тот же момент и не имеют права наследовать друг после друга» (ст. 62, 2069 ГК Перу). Аналогичное положение закреплено в ст. 26 ГК Португалии.

В российском праве гражданская правоспособность физических лиц определяется на основе их личного закона (ст. 1196 ГК РФ). Иностранные граждане и апатриды пользуются в России гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами. Российское право закрепляет сочетание коллизионного и материально-правового методов регулирования гражданской правоспособности иностранных граждан и лиц без гражданства. Предоставление национального режима установлено в ч. 3 ст. 62 Конституции РФ. Применение коллизионного регулирования (личного закона) предполагает признание иностранных ограничений правоспособности, основанных на приговоре иностранного суда и не противоречащих публичному порядку РФ.

Норма ст. 1196 ГК РФ имеет императивный характер. Определение гражданской правоспособности физического лица не на основе его личного закона, а каким-либо иным коллизионным критерием может трактоваться как нарушение принципа суверенитета государства, гражданином которого индивид является или на территории которого постоянно проживает (М. М. Богуславский).

Право физического лица на имя, его использование и защиту определяется его личным законом, если иное не предусмотрено законом (ст. 1198 ГК РФ). Положения ст. 161 и 163 СК РФ, которые регулируют неимущественные брачно-семейные отношения с участием иностранных граждан и лиц без гражданства, могут применяться при решении вопросов, связанных с правом на имя (определение фамилий супругов, имен и фамилий детей).

Признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление физического лица умершим подчиняются российскому праву (ст. 1200 ГК РФ). Эта норма сформулирована как односторонняя – применимое право определяется для тех случаев, когда соответствующие признание или объявление имеют место на территории РФ.

5.1.4
Гражданская дееспособность физического лица

Гражданская дееспособность физического лица – это его способность своими действиями осуществлять гражданские права и обязанности. Данная правовая категория непосредственно связана с умственно-психологическим состоянием человека. Законодательство всех стран устанавливает, что полностью дееспособным индивид становится по достижении установленного в законе возраста. В законодательстве закреплена возможность признания физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным.

По общему правилу все вопросы дееспособности подчиняются коллизионному регулированию. Дееспособность физических лиц определяется их личным законом:

– законом страны гражданства (Германия, Турция, Япония). «Дееспособность определяется по праву государства, гражданином которого лицо является» (ст. 7 ГК Греции);

– законом домицилия (Бразилия, Перу, Венесуэла). «Гражданская дееспособность лица определяется по праву места жительства. Изменение места жительства не влияет на приобретенную ранее дееспособность» (ст. 35 Закона о МЧП Швейцарии);

– личным законом, установленным на основе «смешанной» системы (Лихтенштейн, Италия, Португалия). «Гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом» (ст. 18 Закона о МЧП Украины).

Генеральная привязка к личному закону может предполагать решение отдельных специальных вопросов дееспособности на основе субсидиарных коллизионных начал (закона существа отношения): «Дееспособность физических лиц определяется их национальным законом. Однако когда право, регулирующее отдельное действие, предписывает специальные условия дееспособности, эти условия определяются этим же правом» (ст. 23 Закона о реформе МЧП Италии).

Вопросы договорной дееспособности решаются альтернативно по праву, свойственному договору, либо по праву, действующему «в месте, где лицо обычно пребывает» (ст. 9.1 Законопроекта Австралии о выборе права (1992 г.). Гражданская дееспособность физического лица по договорным и внедоговорным обязательствам может определяться правом государства места совершения сделок или возникновения обязательств из причинения вреда (ст. 18 Закона о МЧП Украины).

В законодательстве установлено: физическое лицо не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности по его личному закону, если такое лицо является дееспособным по праву государства места совершения сделки (Алжир, Германия, Канада). «Правовая сделка, совершенная в Португалии лицом… недееспособным согласно компетентному личному закону, не может быть отменена на основании недееспособности… когда внутренний португальский закон… считал бы это лицо дееспособным» (ст. 38.1 ГК Португалии). Эта норма связана с одним из общих постулатов МЧП: лицо, дееспособное по своему личному закону, всегда признается дееспособным за границей; лицо, не дееспособное по своему личному закону, может быть признано дееспособным за границей. Данное правило – одно из старейших в МЧП. Цель признания недееспособного по его личному закону иностранца дееспособным в другом государстве – защита интересов местных «купцов».

Иностранец может заключить за границей сделку, а впоследствии отказаться от выполнения своих обязательств под предлогом отсутствия у него дееспособности. Подобная ситуация встречается нередко и является серьезным тормозом развития внешнеторговых связей. Повсеместное признание общего принципа права «договоры должны соблюдаться» привело к законодательному закреплению правила о возможности признания недееспособного иностранца дееспособным на территории государства места заключения сделки.

В США по вопросам дееспособности суды в принципе руководствуются правом места совершения акта; такая же ситуация имеет место и в Великобритании в отношении коммерческих сделок (Л. А. Лунц). «Лицо является способным заключать договоры, если оно обладает этой способностью согласно праву либо штата, в котором оно домицилировано на момент совершения договора, либо штата, чье право является применимым к договору» (ст. 3539 ГК штата Луизиана).

Законодательство большинства государств устанавливает исключения из правила «местной дееспособности недееспособного иностранца»:

1) ссылка иностранца на отсутствие дееспособности по личному закону принимается во внимание, если доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности: «Лицо, которое считается дееспособным в соответствии с правом государства, в котором заключается договор, может ссылаться на недееспособность, основанную на его собственном национальном законе… если другая… сторона в момент

заключения договора знала о его недееспособности или не знала об этом по своей вине» (ст. 23 Закона о реформе МЧП Италии);

2) ссылка иностранца на отсутствие у него дееспособности по его личному закону принимается во внимание в связи «с односторонними юридическими действиями» (ст. 2070 ГК Перу). В отношении односторонних действий лицо может ссылаться на недееспособность, основанную на его национальном законе, если «это не причинит ущерба лицам, которые в отсутствие своей вины рассматривали данное лицо как дееспособное» (ст. 23 Закона о реформе МЧП Италии);

3) ссылка иностранца на отсутствие у него дееспособности по его личному закону принимается во внимание в связи «с правами на недвижимости, расположенные за границей» (ст. 2070 ГК Перу); в связи с правовыми сделками, «посредством которых происходит распоряжение находящимся в другом государстве земельным участком или приравненным к нему правом» (ст. 12 Закона о МЧП Лихтенштейна);

4) ссылка иностранца на отсутствие у него дееспособности по его личному закону принимается во внимание по семейным и наследственным правовым сделкам (Греция, Румыния).

Во всех правовых системах предусмотрены возможность и основания признания физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным. Во Франции, Монако, Италии, Германии игрок в рулетку может быть объявлен ограниченно дееспособным как расточитель. Это может повлиять на решение вопроса о действительности сделок, совершенных им за границей. В США или Великобритании лицо, признанное по закону какого-либо иностранного государства ограниченным в дееспособности как расточитель, будет считаться полностью дееспособным, поскольку общее право в принципе не знает института расточительства (Л. А. Лунц).

Своеобразное правило закреплено в Законе о МЧП Венесуэлы: «В Венесуэле не влекут последствий ограничения дееспособности, установленные в праве места жительства, которые основываются на различиях расы, национальности, религии или звания» (ст. 19).

Ограничение дееспособности физических лиц производится в судебном порядке. По общему правилу индивид может быть признан полностью недееспособным или ограниченно дееспособным только у себя на родине в соответствии со своим личным законом. В законодательстве отдельных стран закреплены нормы, определяющие возможность признания иностранца полностью недееспособным или ограниченно дееспособным: «Суды Грузии обладают международной компетенцией по делам об ограничении дееспособности лица в случае, если это лицо… имеет в Грузии обычное место нахождения» (ст. 15 Закона о МЧП Грузии).

Коллизионные подходы к регулированию признания лица полностью недееспособным или ограниченно дееспособным:

– применение личного закона (Украина, Румыния). «Лишение дееспособности, как и другие ограничения дееспособности по решению суда, регулируются правом государства, гражданином которого является затрагиваемое ими лицо» (ст. 8 ГК Греции);

– применение права страны суда (Армения, Монголия). «В отношении лишения дееспособности лица через лихтенштейнский суд и его последствий определяющим является лихтенштейнское право» (ст. 16 Закона о МЧП Лихтенштейна).

Наиболее взвешенное коллизионное регулирование признания лица полностью недееспособным или ограниченно дееспособным предлагает японское законодательство: в Законе о применении законов (1898 г.) предусматривается кумулятивное применение закона гражданства (основания недееспособности) и закона суда (последствия объявления лица недееспособным). Японский суд может признать недееспособным иностранца, проживающего или пребывающего в Японии (ст. 4). Основания недееспособности определяются законом

гражданства; при этом такие основания должны признаваться японским правом. Аналогичная норма закреплена в Законе о МЧП Южной Кореи.

В основном вопросы ограничения дееспособности иностранных граждан в судах другого государства разрешаются в международных договорах (Кодекс Бустаманте, Конвенция СНГ о правовой помощи 1993 г.). Практически все международные соглашения содержат дополнительную коллизионную привязку – «закон компетентного учреждения».

В российском праве гражданская дееспособность индивидов определяется их личным законом (ст. 1197 ГК РФ). Для установления личного закона (право государства гражданства или домицилия) используется ст. 1195 ГК РФ. Иностранное физическое лицо не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности по его личному закону, если такое лицо является дееспособным по праву государства места совершения сделки. Исключение составляют случаи, если будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии у него дееспособности (п. 2 ст. 1197 ГК РФ).

Положения ст. 1197 ГК РФ имеют императивный характер. Регулирование вопросов общей дееспособности физического лица на основе его личного закона в наибольшей степени соответствует принципу невмешательства во внутренние дела государства, гражданином которого индивид является или на территории которого постоянно проживает (М. М. Богуславский).

В России иностранцы, имеющие место жительства на ее территории, могут быть подвергнуты ограничению дееспособности в российских судах на общих основаниях в соответствии с российским правом (ст. 1197 ГК РФ). Ограничение дееспособности физических лиц производится исключительно в судебном порядке (ст. 22, 29, 30 ГК РФ). Основаниями ограничения дееспособности в российском праве (ст. 29, 30 ГК РФ) являются психическое расстройство; злоупотребление алкоголем и наркотиками, которое может поставить семью соответствующего лица в тяжелое материальное положение.

5.1.5
Опека и попечительство в международном частном праве

Институты опеки и попечительства связаны с категорией дееспособности. Опека устанавливается над малолетними и недееспособными гражданами (ст. 32 ГК РФ), а попечительство – над несовершеннолетними и ограниченно дееспособными гражданами (ст. 33 ГК РФ). Попечительство может устанавливаться в отношении лиц, которые не способны самостоятельно осуществлять свою дееспособность в силу физических недостатков (слепота, глухота), а также в отношении расточителей. Наиболее часто попечительство устанавливается для охраны интересов ограниченно дееспособных совершеннолетних лиц. Законодательство большинства государств содержит сходные постановления по этому вопросу.

В отношении опеки и попечительства возникают вопросы: возможно ли учреждение опеки (попечительства) над иностранцем или лицом, проживающим за границей; может ли иностранец быть назначен опекуном (попечителем); закон какого государства регулирует как весь комплекс отношений по опеке и попечительству, так и отдельные его аспекты. Законодательство некоторых стран подчиняет все аспекты опеки (попечительства) единой коллизионной привязке:

– закону домицилия (Канада, Венесуэла);

– закону гражданства подопечного (Португалия, ОАЭ, Греция);

– закону страны суда (Йемен, Лихтенштейн).

Английская судебная практика широко распространяет свою юрисдикцию по вопросам опеки (попечительства). Господствующей коллизионной привязкой является английское право (закон суда). Английский суд, применяя собственное право, может назначить опеку

над несовершеннолетним британским подданным, даже домицилированным за границей, и над иностранцем, домицилированным или только временно пребывающим на территории Великобритании (Л. А. Лунц). Пределы правомочий назначенного за границей опекуна в соответствии с английским правом определяются по закону места учреждения опеки (в отношении движимого имущества).

В ФРГ опека над иностранцем может быть назначена только в том случае, если он имеет место жительства или место пребывания на территории Германии и если государство гражданства иностранца не берет на себя попечение о нем, хотя в соответствии с законами этого государства над таким лицом должна быть учреждена опека. В немецком законодательстве присутствуют не только институты опеки и попечительства, но и институт попечения: «Возникновение, изменение и прекращение опеки, попечения и попечительства… содержание опеки и попечительства, основанных на законе, подчиняются праву того государства, гражданином которого является опекаемый, лицо, нуждающееся в попечении или в попечительстве. Для гражданина иностранного государства, который… местопребывание имеет внутри страны, попечитель может быть назначен согласно германскому праву» (ст. 24 Вводного закона к ГГУ).

Законодатель Швейцарии отказался от самостоятельного регулирования вопросов опеки (попечительства) и закрепил отсылку к Гаагской конвенции о юрисдикции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних (1961 г.), нормы котрой по аналогии применяются к опеке (попечительству) в отношении совершеннолетних (ст. 85 Закона о МЧП Швейцарии).

С точки зрения коллизионного регулирования, отношения опеки (попечительства) можно разделить на несколько самостоятельных статутов:

1) условия назначения, изменения и прекращения опеки (попечительства) определяются личным законом опекаемого (Румыния, Украина, Австрия, Чехия);

2) последствия опеки (попечительства) определяются личным законом опекаемого (Австрия) или законом суда (Таиланд);

3) установление временных и срочных защитных мер в отношении подопечного подчиняются закону его места жительства (Испания) или закону суда (Италия, Перу, Тунис);

4) обязанность опекуна (попечителя) принять опекунство (попечительство) регулируется личным законом опекуна (Украина, Румыния, Чехия);

5) отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются законом государства, органы которого назначили опеку, – «законом компетентного учреждения» (Чехия, Украина). Если право места жительства лица, находящегося под опекой (попечительством), является для него более благоприятным, применяется закон места жительства подопечного;

6) право представительства опекуна (попечителя) регулируется законом компетентного учреждения и распространяется за пределы государства, органы которого назначили опеку (Чехия, Украина).

Коллизионное регулирование опеки и попечительства предусмотрено в ст. 1199 ГК РФ. Установление и отмена опеки и попечительства производятся в соответствии с личным законом опекаемого или подопечного (п. 1). Пункт 2 ст. 1199 ГК РФ предусматривает, что личный закон опекуна (попечителя) применяется для установления его обязанности принять опеку (попечительство). Это специальная коллизионная норма, которая отражает необходимость принимать во внимание ту правовую систему, с которой лицо, обязанное принять опеку (попечительство), наиболее тесно связано. Отношения между опекуном (попечителем) и опекаемым (подопечным) определяются по закону компетентного учреждения – в соответствии с правом страны, учреждение которой установило опеку (п. 3). Этот правопо-

рядок регламентирует, каким именно образом должна осуществляться опека (попечительство). Закон компетентного учреждения – основная коллизионная привязка данной нормы.

Статья 1199 ГК РФ содержит «цепочку» коллизионных норм: отдельные аспекты одного и того же правоотношения регулируются посредством различных коллизионных привязок. Положения указанной статьи являются одними из наиболее удачных в МЧП России.

5.2
Юридические лица в международном частном праве

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

Ануфриева Л. П. Международное частное право: учебник в 3 т. Т. 1: Общая часть. М., 2000.

Богуславский М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

Канашевский В. А. Международное частное право. М., 2006.

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М.: Статут, 2001.

5.2.1
Национальность юридических лиц

С точки зрения роли, которую юридические лица играют в международных хозяйственных отношениях, именно они являются основными субъектами МЧП. Специфика правового статуса и деятельности юридических лиц определяется в первую очередь их государственной принадлежностью.

Любое государство стремится определить юридические лица, которые находятся под его юрисдикцией. В этих целях используется термин «национальность юридического лица».

Национальность юридического лица – это принадлежность юридического лица определенному государству. Национальность (государственная принадлежность) юридических лиц – основа их личного статута. Правовая категория «личный статут» определяет «личный статус» компании. Понятие личного статута юридических лиц известно праву всех государств и практически везде определяется сходным образом: статус организации в качестве юридического лица, его организационно-правовая форма и содержание правоспособности, способность отвечать по своим обязательствам, вопросы внутренних отношений, реорганизации и ликвидации. Юридические лица не вправе ссылаться на ограничение полномочий их органов или представителей на совершение сделки, не известное праву страны места совершения сделки, за исключением случаев, если будет доказано, что другая сторона знала или должна была знать об указанном ограничении.

Во всех государствах действующие на их территории компании делятся на «отечественные» и «иностранные». Если юридические лица осуществляют хозяйственную деятельность за границей, они находятся под воздействием двух систем правового регулирования – системы национального права государства «гражданства» данного юридического лица (личный закон) и системы национального права государства места деятельности (территориальный закон). Понятие «личный закон» юридического лица является одним из самых сложных в МЧП, поскольку эта формула прикрепления содержит серьезные «скрытые» коллизии и принципиально различно понимается в праве разных государств.

Основные варианты личного закона юридических лиц:

1) теория инкорпорации. В основном роль места государственной регистрации юридических лиц заключается в выполнении функций получения корреспонденции от органа государственной регистрации и других государственных органов (Великобритания);

2) теория (ценз) оседлости (теория эффективного места пребывания) – Франция, Япония, ФРГ, Украина, Польша, Австрия. Определение понятия «место пребывания» («место нахождения») и применение критерия реальной оседлости вызывают серьезные затруднения. В большинстве государств континентальной Европы под местом нахождения юридического лица подразумевают место пребывания административного центра компании (критерий формальной оседлости – указанное в учредительных документах место нахождение органа управления);

3) теория центра эксплуатации (места осуществления основной хозяйственной деятельности) – Египет, Сирия, Индия, Алжир;

4) «теория контроля» (Вашингтонская конвенция 1965 г., Договор к Энергетической хартии (1994 г.), законодательство Конго, Заира). В качестве субсидиарной коллизионной привязки эта теория используется в праве Великобритании, США, Швеции, Франции.

История

Теория контроля появилась во время Первой мировой войны, поскольку именно во время вооруженного конфликта проблема иностранных юридических лиц может приобрести характер «враждебных иностранцев» (Л. А. Лунц). Толчком к появлению теории контроля явилось дело против компании «Даймлер», рассматриваемое в 1915 г. в английском суде. В ходе процесса суд стал выяснять, кто является действительными участниками юридического лица-ответчика, какое гражданство имеют эти лица и кто управляет юридическим лицом. Выяснилось, что из 25 тыс. акций, составлявших капитал компании, только одна принадлежала британскому подданному, а все остальные находились в собственности германских держателей. Компания была зарегистрирована в Великобритании в соответствии с ее законами и с точки зрения английского права должна была рассматриваться в качестве английского лица. Однако суд решил, что в данном случае важнее установить, кто контролирует компанию и в соответствии с этим определить ее истинную национальную принадлежность. Суд признал юридическое лицо «враждебным», т. е. принадлежащим кайзеровской Германии.

В связи с делом компании «Даймлер» в 1916 г. был издан циркуляр Министерства юстиции Франции: «Для выявления вражеского характера компании нельзя довольствоваться исследованием правовых форм, которые принимают товарищества: ни место нахождения административного центра, ни другие признаки… недостаточны, так как речь идет о том, чтобы… выявить действительный характер деятельности общества… Вражеским надо признать юридическое лицо, если его управление или его капитал в целом или большей части находится в руках неприятельских граждан» (Л. А. Лунц).

Теория контроля была воспринята и законодательством Швеции: законы 1916 и 1925 гг. используют термин «контроль», чтобы воспрепятствовать приобретать рудники и землю компаниям, которые зарегистрированы в Швеции, но фактически контролируются иностранцами.

В ходе Второй мировой войны теория контроля получила свое окончательное оформление: в 1939 г. Англия приняла Акт о сделках

с вражескими лицами – к «враждебным» иностранцам были отнесены юридические лица, контролируемые «вражескими» физическими лицами, либо организованные и зарегистрированные по законам государства, находящегося в состоянии войны с Англией. В США во время Второй мировой войны собирались сведения и публиковались особые «черные списки» компаний, относящихся к «враждебным иностранцам», с которыми были запрещены коммерческие сделки (Л. А. Лунц).

Критерий контроля отличается неформальным подходом к определению личного закона юридического лица. Применение данного критерия учитывает большинство характеристик компании: место регистрации, место осуществления основной деятельности, национальность акционеров и служащих, место происхождения патентов и товарных знаков.

Различное определение национальной принадлежности юридических лиц порождает проблемы «двойной национальности», двойного налогообложения, невозможности признать компанию банкротом или наложить арест на ее уставный капитал. Юридическое лицо, зарегистрированное в России и осуществляющее основную производственную деятельность в Алжире, будет иметь двойную национальность: по алжирскому законодательству (теория центра эксплуатации) такая компания считается лицом алжирского права, а по российскому (теория инкорпорации) – лицом российского права. Для обоих государств это юридическое лицо считается «отечественным». Если же компания зарегистрирована в Алжире, а место ее основной производственной деятельности – Россия, то данное юридическое лицо с точки зрения Алжира подчиняется российскому праву, а с точки зрения России – алжирскому. В подобном случае компания является «иностранной» для обоих государств.

Доктрина отделяет государственную принадлежность юридического лица от его личного закона. По этому пути идет и законодательство. В Испании «иностранные компании, учрежденные за границей, вправе вести торговую деятельность. Правоспособность названных лиц определяется законодательством соответствующей страны. Торговая деятельность названных лиц и создание торговых заведений, осуществляемые на территории Испании, регулируются данным Кодексом» (ст. 15 Торгового кодекса (1885 г.).

Статья 1202 ГК РФ закрепляет критерий инкорпорации для определения личного закона юридического лица. Под «местом государственной регистрации юридических лиц» понимается место нахождения постоянно действующего исполнительного органа, место нахождения иного органа или лица, имеющих право действовать от имени юридического лица без доверенности. При определении юридического лица как российского критерий инкорпорации дополняется критерием оседлости. Однако последний критерий не имеет решающего значения, поскольку место нахождения органа управления обязательно должно находиться в Российской Федерации (Г. К. Дмитриева).

Статья 1202 определяет круг вопросов, подлежащих регулированию личным законом юридического лица. Под организационно-правовой формой юридического лица понимается совокупность внутренних и внешних признаков, которые характеризуют взаимоотношения между участниками юридического лица, структуру органов юридического лица, степень обособленности имущества, характер ответственности участников по обязательствам юридического лица. В качестве отдельной группы вопросов выделены внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками. Проверка индивидуальности наименования юридического лица является одним из обязательных условий инкорпорации юридического лица и входит в вопросы создания юридического лица, регулируемые его личным статутом. Логическим завершением является группа вопросов, связанных с прекращением юридического лица как субъекта права (ликвидация), его реорганизацией или преобразованием в другие организационно-правовые формы.

В п. 3 ст. 1202 ГК РФ предусмотрено: юридическое лицо не вправе ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, неизвестное праву страны, в которой совершена сделка, за изъятием случаев, когда будет доказано, что другая сторона в сделке знала или заведомо должна была знать о таком ограничении.

5.2.2
Деятельность иностранных юридических лиц

Функционирование юридических лиц одного государства на территории другого предполагает экстерриториальное признание их правосубъектности. Правосубъектность иностранных юридических лиц признается на основе национального законодательства и международных договоров. Вопрос о допуске иностранного юридического лица к хозяйственной деятельности на территории государства решается законодательством данного государства.

В основном внешнеэкономическая деятельность иностранных юридических лиц подчинена режиму наибольшего благоприятствования. В международных договорах предоставление этого режима часто формулируется как «принцип наиболее благоприятствуемой нации». Комиссия международного права ООН разработала Проект статей «О клаузуле о наиболее благоприятствуемой нации», где зафиксировано обязательство государства предоставлять лицам других государств режим наибольшего благоприятствования в определенных международными договорами сферах отношений. Иностранцы на территории одного государства должны быть уравнены в правах друг с другом; лица одного государства должны пользоваться максимумом тех прав, которые предоставлены лицам других государств.

В настоящее время имеет место тенденция вместо режима наибольшего благоприятствования в отдельных областях сотрудничества предоставлять национальный режим: в сфере торгового мореплавания, оказании правовой помощи, сфере социального обеспечения, права на страховую и судебную защиту. Национальный режим предоставляется в области авторского и патентного права. При определении национального режима за основу берется режим деятельности, которым пользуются национальные юридические лица. Национальный режим может быть сформулирован как общий принцип недискриминации или в конкретной формулировке, сходной с формулировкой режима наиболее благоприятствуемой нации. Как режим недискриминации национальный режим сформулирован в Генеральном соглашении по тарифам и торговле (ГАТТ) (30 октября 1947 г.) применительно к торговле товарами (п. 1 ст. 3).

Иностранные юридические и физические лица осуществляют хозяйственную деятельность на территории другого государства путем создания самостоятельных предприятий, открытия филиалов и представительств.

Филиал (представительство) – это обособленное подразделение юридического лица, расположенное вне места его нахождения, представляющее и защищающее интересы создавшего его юридического лица. Филиал (представительство) не является юридическим лицом, не обладает собственной гражданской правосубъектностью, не имеет права заниматься коммерческой деятельностью, выступает от имени и по поручению представляемой организации (Т. В. Соколова).

Правоспособность иностранной организации может быть ограничена законом или уставными документами данной организации. При выходе за пределы правоспособности действия организации могут быть признаны не имеющими юридических последствий. Выход за пределы правоспособности юридического лица обозначается термином ultra vires (за пределами полномочий). Доктрина ultra vires была сформулирована в XIX в. в странах

общего права. В соответствии с ней компании запрещено вести деятельность, явно не предусмотренную учредительными документами.

Согласно английскому Акту о компаниях (1856 г.) каждая компания была обязана включить в свой учредительный договор пункт о целях деятельности, который определял правоспособность компании. В связи с правилом ultra vires была сформулирована «доктрина конструктивного уведомления» – тот, кто имеет дело с компанией, знает содержание ее учредительных документов. В 1972 г. (вступление Великобритании в Европейское сообщество) в законодательство о компаниях были внесены изменения (правило ultra vires отменено в отношении третьих лиц). Эти нормы закреплены в Законе о компаниях (1985 г.). В настоящее время общий принцип английского корпоративного права – «юридическая сила действий, совершенных компанией, не может быть оспорена на основании недостаточной правоспособности по причине каких-либо положений, содержащихся в учредительном договоре компании… Если устав не ограничивает явно цели компании, они считаются неограниченными» (С. Л. Будылин).

Ранее все юрисдикции общего права следовали британской корпоративной модели, основанной на доктрине ultra vires. В последнее время большинство из них отказались от этой доктрины или существенно ограничили ее действие. Закон о компаниях Гонконга (1997 г.) гласит: «Компания имеет правоспособность и права, полномочия и привилегии физического лица». Компания обязана соблюдать ограничения, установленные уставом, но если она их не соблюдает, действие не может быть признано недействительным только на данном основании.

Большинство стран континентальной системы права не принимает концепцию ultra vires. Коммерческие организации имеют неограниченную правоспособность, а органы компании имеют все права представлять организацию перед третьими лицами. Полномочия и правоспособность могут быть ограничены учредительными и внутренними документами, но третьих лиц эти ограничения, как правило, не касаются. В 1968 г. была принята Первая директива Совета Европейских сообществ, в соответствии с которой компания, оспаривающая свою сделку с третьим лицом, лишена возможности ссылаться на ограничения, заложенные в ее уставе. Это относится и к ограничениям правоспособности компании, и к ограничениям полномочий ее органов. Директива допускает возможность признания недействительными сделок, выходящих за пределы правоспособности компании (если другая сторона сделки знала об этом). Положения, установленные Директивой, обязательны для имплементации в национальные законодательства стран – членов ЕС.

Россия относится к странам с континентальной системой права, поэтому в отечественном законодательстве отсутствует доктрина ultra vires. Исключение составляют сделки, совершенные за пределами полномочий директоров, которые могут быть оспорены самой организацией. Это положение делает права третьих лиц гораздо хуже защищенными, чем в Европе (С. Л. Будылин). Российские суды в основном придерживаются правила: любой коммерческий контрагент юридического лица «заведомо должен был знать» содержание устава этого юридического лица. Это неписаное правило (подобие «доктрины конструктивного уведомления») противоречит европейским стандартам, устанавливающим, что даже фактическое обладание копией устава не обязательно означает осознания заложенных в нем ограничений.

Деятельность иностранных юридических лиц в Российской Федерации регулируется российским законодательством (гражданским, таможенным, валютным, банковским, налоговым) и международными договорами РФ. В соответствии с Федеральным законом от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» в качестве иностранных квалифицируются «физическое лицо, юридическое лицо или не являющаяся юридическим лицом по праву иностранного государства органи-

зация, которые не являются российскими лицами». Российское лицо – это юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством РФ, либо физическое лицо, имеющее постоянное или преимущественное место жительства на территории РФ, являющееся ее гражданином или имеющее право постоянного проживания на ее территории либо зарегистрированное в качестве индивидуального предпринимателя в соответствии с российским законодательством.

Положения гражданского законодательства в полной мере применяются к иностранным юридическим лицам на территории РФ (ст. 2 ГК РФ). В соответствии с положениями международных договоров такие лица на основе взаимности пользуются в России принципом национального режима или принципом наибольшего благоприятствования. Как правило, в сфере предпринимательской и торговой деятельности иностранным юридическим лицам предоставляется режим наибольшего благоприятствования (Соглашение о торговле и экономическом сотрудничестве между Российской Федерацией и Швейцарской конфедерацией (г. Москва, 12 мая 1994 г.).

Иностранные юридические лица вправе создавать на российской территории свои филиалы и представительства. Если на территории РФ создается юридическое лицо с иностранным участием, то к договору о создании такого лица применяется право страны, в которой данная компания будет зарегистрирована (ст. 1214 ГК РФ).

Специфика создания предприятий с иностранными инвестициями определена в законодательстве РФ об иностранных инвестициях. Федеральный закон «Об иностранных инвестициях» устанавливает (п. 1 ст. 4): «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».

5.2.3 Специфика правового статуса транснациональных компаний

Транснациональные корпорации (ТНК) – это многоотраслевые концерны с местом нахождения предприятий и филиалов в разных государствах; интернациональные не только по сфере деятельности, но и по капиталу. Характерная черта ТНК – сочетание централизованного руководства с самостоятельностью входящих в нее и находящихся в разных странах структурных подразделений. *Общепринятая организационно-правовая форма ТНК – акционерное общество открытого типа.* Дочерние предприятия являются самостоятельными юридическими лицами, филиалы – несамостоятельными предприятиями, входящими в состав ТНК.

В доктрине используются различные критерии отнесения корпораций к транснациональным:

– количество стран, в которых действует компания (минимум 2–6);

– минимальное число стран, в которых размещены производственные мощности компании;

– определенный размер капитала, которого достигла компания;

– минимум доли иностранных операций в доходах или продажах фирмы (как правило, 25 %);

– владение не менее 25 % «голосующих» акций в трех или более странах – минимум долевого участия в зарубежном акционерном капитале, который обеспечивает фирме контроль над экономической деятельностью зарубежного предприятия;

– многонациональный состав персонала компаний, ее руководства.

ЮНКТАД ранжирует крупнейшие транснациональные корпорации по объему зарубежных активов и уровню их транснационализации. Для оценки уровня транснационализации корпорации используется *индекс транснационализации:* среднее значение отношения зарубежных активов к общему объему активов, зарубежных продаж к общему объему продаж, численности зарубежных работников к общему числу занятых в корпорации.

В 1974 г. по инициативе «Группы 77» в рамках ЭКОСОС созданы Комиссия по ТНК и Центр по ТНК. Основная задача этих органов – разработать кодекс поведения ТНК, который формулировал бы подчинение деятельности ТНК определенным правилам. Проект кодекса разработан в 1986 г. и принят на основе резолюции Генеральной Ассамблеи ООН, носит рекомендательный характер, на чем настояли государства, граждане которых контролируют большинство ТНК.

Проект кодекса поведения ТНК определяет ТНК следующим образом: «Предприятие, будь то государственное, частное или смешанное, имеющее отделения в двух или более странах, независимо от юридической формы и области деятельности этих отделений, которое функционирует в соответствии с определенной системой принятия решений, позволяющей проводить согласованную политику и общую стратегию через один или более центров по принятию решений, и в рамках которого отделения таким образом связаны между собой, будь то отношениями собственности или иными отношениями, что одно или несколько из них могут оказывать (оказывают) значительное влияние на деятельность других и, в частности, пользоваться общими знаниями и ресурсами и разделять ответственность с другими».

Проект кодекса определяет принципы, цели и задачи ТНК:

– уважение национального суверенитета;

– суверенитет государств над их природными ресурсами, материальными ценностями и экономической деятельностью;

– невмешательство во внутренние и межправительственные отношения;

– право государства на регулирование и контролирование деятельности ТНК, на участие в распределении прибыли и национализацию иностранной собственности, находящейся на его территории;

– защита законной деятельности и принципа справедливого режима. Национальный режим будет предоставляться ТНК, если они соответствуют национальным экономическим целям и планам в области развития.

Международная организация труда в 1977 г. приняла Трехстороннюю декларацию принципов, касающихся многонациональных корпораций (ТНК) и социальной политики. В ней закреплены права работников ТНК создавать организации, представляющие их интересы, и наделять эти организации полномочиями для ведения коллективных переговоров в соответствии с национальным законодательством.

В Проекте норм, касающихся обязанностей ТНК и других предприятий в области прав человека (2003 г.), установлены обязанности ТНК в сфере трудовых отношений и соблюдения прав трудящихся:

– не использовать принудительный или обязательный труд, запрещенный международными договорами и национальным законодательством;

– обеспечивать условия труда, отвечающие нормам безопасности и гигиены, как это предусмотрено соответствующими договорами и национальным законодательством;

– оплачивать труд работников в размерах, достаточных для поддержания надлежащего уровня жизни для них и их семей.

Правовая специфика ТНК:

– формально это предприятие, подпадающее (как и его зарубежные отделения) под национальную юрисдикцию соответствующих стран. Фактически ТНК – мультинациональное, трансграничное предприятие;

– зарубежные отделения ТНК находятся в сфере юрисдикции принимающего государства, формально являются предприятиями данного государства. Фактически это иностранные предприятия, так как их зависимость от головной компании значительно сильнее, чем от принимающего государства;

– через головное предприятие ТНК ведет деловые операции непосредственно с государствами как с деловыми партнерами.

Характерная особенность ТНК – несоответствие экономического содержания юридической форме: производственное единство оформлено юридической множественностью (Л. А. Лунц). ТНК представляет собой группу компаний, созданных по законам разных государств, являющихся самостоятельными юридическими лицами и осуществляющих деятельность на территории разных стран. Деятельность ТНК осуществляется через их зарубежные филиалы. Филиалы различаются по своему статусу: отделения, дочерние фирмы и ассоциированные компании (А. Р. Стриженов). Отделения – это фирмы, которые регистрируются за рубежом, но не являются самостоятельными компаниями и на 100 % принадлежат материнской компании. Дочерняя компания – юридическое лицо с собственным балансом, но контроль за ее деятельностью осуществляет материнская компания (ей принадлежит контрольный пакет акций). В ассоциированной компании материнской ТНК принадлежит 10–50 % акций.

Принцип подчинения ТНК национальному праву страны пребывания зафиксирован в Хартии экономических прав и обязанностей государств (ст. 2): «Каждое государство имеет право регулировать и контролировать деятельность транснациональных корпораций в пределах действия своей национальной юрисдикции и принимать меры к тому, чтобы такая деятельность не противоречила его законам, нормам и постановлениям, соответствовала его экономической и социальной политике».

Особые сложности связаны с определением личного закона ТНК. С одной стороны, они создаются по праву какого-то конкретного государства, с другой – их дочерние и внучатые компании действуют в качестве самостоятельных юридических лиц в других государствах.

Деятельность ТНК имеет глобальный характер (например, Exxon/Mobil имеет филиалы в 100 странах). Установить единый личный закон подобного объединения можно только при использовании теории контроля – по личному закону головной компании. В доктрине и практике применяется понятие «право ТНК». Это понятие имеет в виду применение к установлению личного закона и деятельности таких компаний не национального права какого-то государства, а международного или «квазимеждународного» права, «общих принципов права», «общих принципов международного права», «транснационального права». Такая концепция представляется наиболее функциональной.

5.3
Правовой статус офшорных зон и компаний

Исайкин, Д. А. Организационно-правовые формы субъектов офшорной деятельности// Юрист. 2004. № 12

Кабир, Л. С. Организация офшорного бизнеса. М., 2004.

Чернявский, С. П. Международный офшорный бизнес и банки. М., 2004.

5.3.1
Офшорные юрисдикции

Налоговое планирование – неотъемлемая часть деятельности любой компании. Это комплекс легальных мер по снижению налогового бремени и минимизации налоговых платежей. Практически в каждой стране существует вид деятельности или организационно-правовая форма, налоговый режим которых более предпочтителен. Тем самым создается основа для привлечения под такую юрисдикцию иностранных юридических лиц.

Страна, в которой налоговый режим является более льготным, может рассматриваться в качестве «налогового убежища» или «налоговой гавани». Если на территории в пределах одной страны действует льготный порядок налогообложения, стимулирующий привлечение инвестиций в предпринимательскую деятельность, возникает налоговый оазис. Льготный налоговый климат стимулирует создание офшорных компаний (off shore – вне берега).

В настоящее время насчитывается более 100 государств (территорий) – офшорных центров: Австрия, Багамские Острова, Израиль, Греция, Ливан, Франция, Дания, Оман, Швеция, Испания, Тайвань, Венесуэла и т. д.

Офшорная зона – это страна или территория, национальное законодательство которой предусматривает возможность упрощенной регистрации иностранных юридических лиц и предоставление им льготного режима налогообложения. Офшорные зоны создаются прежде всего с целью привлечения иностранных инвестиций и создания рабочих мест для собственного населения: их отличительная особенность – предоставление возможностей для налогового планирования. Офшорные операции представляют собой легальный инструмент планирования и минимизации налогообложения.

Классификация офшорных центров:

– офшорные юрисдикции – центры, которые предоставляют полное освобождение от налогов. Центры нулевого налогообложения, «налоговые гавани», «классические» офшоры, «Zero Tax Heavens» (Британские Виргинские острова, Белиз, Сейшельские острова);

– офшорные юрисдикции, которые предоставляют низкие налоговые ставки – низконалоговые или «льготные» юрисдикции, «Low Tax Heavens» (Джерси, Черногория, Монако);

– «особые» офшорные юрисдикции:

предоставляют специальные льготы для определенных видов деятельности;

предоставляют специальные льготы для холдинговых компаний;

с налоговой системой на территориальном принципе.

Офшорные страны и зоны можно разделить на универсальные и специализированные. Универсальные предоставляют льготные условия налогообложения независимо от видов деятельности (Каймановы острова, Острова Кука). К специализированным можно отнести Швейцарию (инвестиционная и банковская деятельность), Монако (налоговое планирование для физических лиц), Нидерланды (инвестиционная деятельность).

Большинство офшоров принадлежит к англосаксонской (Common Law) правовой семье: Антигуа, Гибралтар, Гренада, Сингапур. К континентальным (Civil Law) юрисдикциям относятся: Бельгия, Коста-Рика, Мадейра, Швейцария.

Основные признаки офшорной юрисдикции:

– отсутствие налоговых платежей или их значительное сокращение;

– нерезидентный статус регистрируемой компании и ее владельца;

– отсутствие ограничений на вывоз и ввоз капиталов в офшорную зону;

– возможность совершать финансовые операции в любой валюте;

– возможность для офшорной компании иметь счета в любых местных и зарубежных банках;

– конфиденциальность информации о личностях владельцев и акционеров офшорной компании;

– льготы в отношении минимального уставного капитала, отсутствие требований к ведению бухгалтерского учета и прохождению аудиторских проверок.

Лидеры офшорной «индустрии» – Багамские острова (более 80 тыс. офшорных компаний – по одной на каждого четвертого жителя), Каймановы острова (40 тыс. – по одной компании на каждого жителя), Антильские острова (30 тыс. компаний). В Лихтенштейне доход от зарегистрированных 40 тыс. офшорных компаний составляет около 30 % бюджетных поступлений (регистрационные и ежегодные платежи).

Благоприятные режимы налогообложения отдельных видов доходов предоставляют многие развитые страны: Великобритания, США, Франция, Япония. Офшорные зоны создаются в отдельных областях, штатах, городах: Нью-Брансуик (провинция Канады), штаты США – Вайоминг, Делавэр, Флорида; кантоны Нематель, Фрибург, Цуг (Швейцария), город Кампионе (Италия).

Лондон-Сити можно считать офшорным рынком евробондов, Бельгию – убежищем для корпоративных штаб-квартир; Австрию, Швейцарию и Люксембург – страны с льготной регламентацией банковской деятельности. В Люксембурге холдинговые и инвестиционные компании освобождаются от налогов на прибыль и имущество, существует система специальных налоговых льгот для компаний, занимающихся перестрахованием международных финансовых групп.

5.3.2
Правовой статус офшорных компаний

Офшорная компания – это юридическое лицо, зарегистрированное в специфическом территориальном образовании – офшорной зоне, наделенное специальным налоговым статусом (льготный режим налогообложения, статус «нерезидента» или «льготный налоговый статус резидента»). Офшорной компании предоставляется льготный административный режим и обеспечивается конфиденциальность сведений о собственниках компании. Регистрация такой компании позволяет минимизировать налоги, увеличить доход, облегчить ведение бизнеса, застраховаться от возможных рисков, связанных с политической или экономической нестабильностью.

Личный статут компании – законодательство офшорной зоны, однако офшорные субъекты ведут свою коммерческую деятельность за пределами офшорной юрисдикции. Льготы в отношении деятельности таких компаний не касаются их личного статута, а только дополняют правовое регулирование. Простейшая схема офшорных операций основана на универсальном принципе налогового законодательства: обязательному налогообложению подлежат те доходы и то имущество, источник которых находится на территории данного

государства. Если источник находится за рубежом, он может исключаться из сферы налоговой ответственности в конкретном государстве.

Наиболее удобная форма организации офшорных предприятий – акционерное общество. Чаще всего для офшорных предприятий избираются формы, предусматривающие ограниченную ответственность владельцев в объеме их доли в капитале фирмы. Суд может не признать ограничение ответственности, если компания была зарегистрирована специально для уклонения от законных требований кредиторов.

Основные характеристики «классической» офшорной компании:

– офшорная компания – нерезидент в стране регистрации; центр ее управления и контроля находится за рубежом; деятельность осуществляется за пределами «налоговой гавани»;

– офшорная компания освобождена от налогов и выплачивает ежегодный регистрационный сбор; отсутствуют налоги на дивиденды, налог у источника, налог на проценты за кредит;

– упрощена процедура регистрации и управления компанией; допускается использование номинальных акционеров (доверенных лиц, которые приобретают акции на свое имя по поручению реального владельца) и номинальных директоров (доверенные лица, на которых реальными директорами возложено управление компанией); управление осуществляется с помощью секретарской компании;

– отсутствует валютный контроль, требования по финансовой отчетности сведены к минимуму, аудиторские проверки не требуются;

– полная конфиденциальность информации о реальных владельцах компании.

Одна из кардинальных особенностей законодательства большинства офшорных зон – принцип конфиденциальности имен владельцев и акционеров офшорной компании. Во многих юрисдикциях за разглашение таких сведений предусмотрена уголовная ответственность (Каймановы острова – Закон о контроле за деятельностью компаний (1995 г.). Администрация офшора может выдать подобные сведения только на основании судебного решения. Большинство налоговых гаваней не предоставляет информацию, кроме случаев, когда это предусмотрено международными соглашениями (Барбадос – Закон о конфиденциальности информации (1992 г.).

Конфиденциальность владения обеспечивается институтом номинальных владельцев и номинальных директоров. Номинальный владелец или директор лишь формально находится на этой должности, фактически он берет на себя обязательство не совершать каких-либо действий, не предусмотренных контрактом с ним.

В связи с наличием института номинальных директоров в англо-американской судебной практике закреплена доктрина «теневого директора» («Shadow director»). Официально этот термин появился в 1986 г. в английском законе о дисквалификации директора. Теневой директор – это лицо, скрывающееся за номинальным директором и осуществляющее реальное управление компанией; лицо, с чьими инструкциями и указаниями номинальные директора компании действуют (Ю. А. Тихомиров). Институт «теневого директора» позволяет налоговым органам привлекать к ответственности за недобросовестную деятельность компании не номинального директора, а лицо, которое осуществляет реальное управление.

Принцип льготного налогообложения связан со специфическим признаком офшора – компания не ведет коммерческой деятельности на территории, где она зарегистрирована. Это свойство дало название всему виду деятельности. В законодательстве большинства офшорных зон установлен императив – осуществлять проведение деловых операций исключительно за пределами юрисдикции, где данная офшорная компания официально зарегистрирована. Цель такого запрета – защита конкурентоспособности субъектов внутреннего рынка офшорной зоны, защита собственного предпринимательства. В последнее время

появились «промежуточные» налоговые статусы, в связи с чем принцип запрета хозяйственной деятельности на территории инкорпорации во многом прекратил свое действие.

Виды налогового статуса в офшорных юрисдикциях:

– нерезидентная компания (Non Resident Company);

– национальная компания, т. е. зарегистрированная без присвоения особого статуса (Ordinary National Company);

– национальная компания со специальным налоговым статусом.

Статус нерезидентной компании влечет освобождение от налогообложения, если получение доходов производится из источников, расположенных за пределами страны регистрации. В ряде юрисдикций приняты специальные законы об освобожденных от налогов (нерезидентных) субъектах: Джерси (1994), Багамские острова (1995), остров Мэн (1994).

«Классическим» офшором являются Британские Виргинские острова (BVI). Законодательная система основана на общем праве: постановление о международных бизнес-компаниях 1984 г. (с поправками 1988, 1990, 1994 гг.); Акт о компаниях (1985 г.); Акт о банках и трастовых компаниях 1990 г., Акт о деловых компаниях 2004 г. Полностью отменено налогообложение доходов как нерезидентных, так и резидентных компаний. В 2005 г. был принят Закон о коммерческих компаниях. У Британских Виргинских островов нет ни одного международного договора об избежании двойного налогообложения.

5.3.3 Международно-правовое регулирование офшорного бизнеса

Офшорные юрисдикции зачастую используются для придания законности незаконной экономической деятельности. Привлекательность офшоров для нелегального бизнеса обусловлена льготным налоговым режимом и конфиденциальностью в отношении капиталов, вывозимых из других государств. В большинстве офшоров не требуется предоставления никаких документов о происхождении капиталов. Конфиденциальность привлекает в первую очередь нелегальный капитал.

Развитые страны пытаются предотвратить использование офшорных компаний в незаконных операциях. В этих целях принимаются законы, ужесточающие контроль за движением капиталов через границы и ограничивающие возможности офшорных компаний оперировать на рынках (США, Великобритания, Франция). В России принят Федеральный закон от 7 августа 2001 г. № 115ФЗ «О противодействии легализации (отмывания) доходов, полученных преступным путем, и финансированию терроризма».

Совещание министров финансов стран ЕС в 2001 г. приняло решение об идентификации обмена между странами информацией о подозрительных сделках и об увеличении прозрачности финансовых операций. В ЕС проверяются все сделки с компаниями из офшорных зон. Любые отчисления в адрес таких компаний облагаются дополнительным налогом «у источника», что снижает выгоды сотрудничества резидентов с офшорными зонами. Закон о единой компании (2003 г.) ограничивает возможность стран – членов ЕС создавать на своей территории компании с льготным налоговым статусом.

Банки обязаны отчитываться перед компетентными органами о финансовых операциях со странами, значащимися в «черных списках», т. е. на операции с которыми накладываются определенные ограничения. Классические офшорные юрисдикции (Панама, Британские Виргинские острова, Сейшельские острова, Белиз) включены в подавляющее большинство «черных» списков.

Основные претензии к офшорным юрисдикциям: «нечестная» налоговая конкуренция и содействие отмыванию криминальных денег. Первая линия разрабатывается при ведущей роли ОЭСР, вторая – ФАТФ.

Организация экономического сотрудничества и развития (ОЭСР). Ее члены – 30 государств, в том числе большинство основных индустриальных держав. В рамках ОЭСР в 1998 г. сформулированы критерии «вредоносной» налоговой практики:

– нулевое или номинальное налогообложение;

– секретность и отсутствие эффективного обмена информацией с налоговыми органами других стран;

– недостаточная прозрачность в действии закона и административных правил.

ОЭСР разработала рекомендации по борьбе с «вредоносной деятельностью»:

– введение в налоговую систему стран – участниц ОЭСР правил, ликвидирующих выгоды от использования офшоров;

– внесение в налоговые договоры стран – участниц ОЭСР положений, исключающих использование договора офшорными компаниями; отказ от заключения договоров с налоговыми убежищами;

– создание постоянно действующего Форума по вредоносной налоговой конкуренции; подготовка списка «налоговых убежищ».

В 2001 г. создана **Международная организация по налогам и инвестициям** (ITIO), включающая 13 государств, в основном Карибского региона. Основная цель – противостоять деятельности ОЭСР. Упор делается на то, что ОЭСР проводит политику «двойных стандартов». Выдвигается требование, чтобы не только офшорные юрисдикции, но и страны ОЭСР официально обязались придерживаться одинаковых стандартов.

Группа разработки финансовых мер борьбы с отмыванием денег (ФАТФ) – международный межправительственный орган по борьбе с отмыванием криминальных капиталов и финансированием терроризма. Учреждена в 1989 г. «семеркой» ведущих индустриальных держав (США, Япония, Германия, Великобритания, Франция, Италия, Канада) и Европейской комиссией. Одна из функций ФАТФ – борьба с отмыванием денег через офшорные зоны. С 2003 г. в ФАТФ входит Россия.

Задачи ФАТФ:

– выработка рекомендаций по борьбе с отмыванием денег. В 1990 г. были предложены 40 рекомендаций по борьбе с отмыванием денег. В 2001 г. одобрены восемь специальных рекомендаций по борьбе с финансированием терроризма. В 2003 г. принята новая редакция 40 рекомендаций;

– выявление «стран и территорий, отказывающихся от сотрудничества»;

– изучение ситуации в странах, которые используются международной организованной преступностью для отмывания преступных доходов;

– создание в различных странах подразделений финансовой разведки.

В случае невыполнения требований ФАТФ по внесению изменений в законодательство и пересмотру политики борьбы с отмыванием капиталов она ставит вопрос о принятии экономических санкций в отношении соответствующих стран. Все трансакции с участием банков из такой страны подвергаются жесткому контролю, а нефинансовым организациям ОЭСР рекомендуется проявлять «повышенную осторожность» при работе с партнерами из страны, на которую наложены санкции. Подобные санкции были введены в отношении Науру (2001 г.) и Украины (2002 г.).

Критерии составления «черного списка» ФАТФ:

– отсутствие законов о борьбе с отмыванием денег;

– нечеткое коммерческое законодательство;

– отсутствие правил надзора за деятельностью банков и других финансовых учреждений;

– отсутствие специализированных организаций, осуществляющих финансовый надзор и сотрудничество в сфере борьбы с отмыванием денег.

ОЭСР и ФАТФ не уполномочены применять какие-либо меры воздействия к странам-нарушителям. Их деятельность сводится к выработке рекомендаций. Однако если какая-то офшорная юрисдикция не изменит свое законодательство согласно требованиям соответствующей международной организации, то к ней могут быть применены определенные санкции со стороны государств, входящих в состав ФАТФ и ОЭСР.

В качестве примера офшорной зоны, власти которой соблюдают положения международных договоренностей и требования контролирующих органов и где одновременно сохраняется высокий уровень конфиденциальности, можно привести остров Джерси. Основные нормативные акты – законы о банковской деятельности 1991 г., о коллективных инвестиционных фондах 1988 г., о страховой деятельности 1996 г., о ценных бумагах компании 1988 г., об инвестиционной деятельности 2003 г. – предполагают наличие «окон» для обмена информацией с иностранными регулирующими органами.

В докладе рабочей группы по офшорным финансовым центрам Форума ООН по финансовой стабильности (2000 г.) отмечалось, что в мире распространен слишком упрощенный подход к оценке офшорного бизнеса. Существует большое количество офшорных центров с высокой степенью соблюдения международных норм и стандартов. Не меньшее число «неофшорных» стран являются «проблемными» с точки зрения мировой финансовой стабильности. Центрами по отмыванию «грязных» денег выступают Нью-Йорк, ЛосАнджелес, Монреаль, Мехико, Лондон, Цюрих. По мнению экспертов Форума, воздействие офшорного бизнеса на мировую финансовую систему (при условии установления надлежащего надзора за соблюдением законности) можно оценить положительно.

5.4
Государство в международном частном праве

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

Богуславский, М. М. Международное частное право. М., 2006.

Канашевский, В. А. Международное частное право. М., 2006.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2006.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Силкина, И. В. Лица, имеющие право ссылаться на государственный иммунитет: современные тенденции в зарубежной судебной практике// Московский журнал международного права. 2005. № 1/57.

Хлестова, И. О. Проблемы юрисдикционного иммунитета государства (законодательство и практика). М., 2002.

5.4.1
Правовой статус государства в международном частном праве

Государство – основной, универсальный субъект международного публичного права. Типичными для государства являются отношения публично-правового характера. Однако государство может вступать практически в любые частно-правовые отношения: наследственные, обязательственные (договорные и деликтные), трудовые. Существует целая область международных частно-правовых отношений, в которых одной из сторон выступает государство, – концессионные договоры, соглашения о разделе продукции, сервисные соглашения.

Государство не является юридическим лицом, поскольку обладает суверенитетом, но выступает на равных с ним началах и само определяет свой правовой статус.

ГК Чехии (§ 21) гласит: «Если государство выступает участником гражданско-правовых отношений, то оно является юридическим лицом». В законодательстве европейских стран государство считается юридическим лицом публичного права (Франция, ФРГ). Эти положения не отождествляют государство с юридическим лицом, а подтверждают, что государство может наделяться статусом юридического лица. В частно-правовых отношениях принята юридическая фикция – государство выступает в качестве юридического лица. С точки зрения правового режима государство приравнивается к юридическим лицам публичного права (ст. 19 Кодекса Туниса).

Вступая в гражданско-правовые отношения, государство не теряет свои качества как суверена. Суверенитет предполагает наличие у государства целого комплекса иммунитетов. Иммунитет – это межотраслевой, комплексный институт, нормы которого используются в различных отраслях права (нормы международного права по вопросам дипломатического иммунитета применяются в уголовном и административном праве). Правовой иммунитет – особая материально-процессуальная привилегия, распространяющаяся на обозначенный в международном или национальном праве круг субъектов, регламентирующая их специальный статус путем наделения дополнительными гарантиями и преимуществами (Ф. И. Валяровский).

В начале XIX в. доктрина и судебная практика сформулировали теорию государственного иммунитета. К концу XIX в. иммунитет государства рассматривался как общепризнанная норма международного права. Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (г. Нью-Йорк, 2 декабря 2004 г.) (далее – Конвенция ООН 2005 г.) подчеркивает, что юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности получили общее признание в качестве одного из принципов обычного международного права.

Государство в силу своей специфики может совершать любое деяние только через действия его органов или должностных лиц. Государству можно «вменить» поведение только таких лиц, которые находятся с ним в определенной правовой связи. С точки зрения теории государственного иммунитета, необходимо определить понятие «государство».

Согласно Конвенции ООН 2005 г. термин «государство» означает:

– государство и его органы управления;

– составные части федеративного государства или политические подразделения государства, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве;

– учреждения или институции государства либо другие образования в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства;

– представители государства, действующие в этом качестве.

Исполнительные органы государства и его официальные представители. Закон о государственном иммунитете Великобритании (1978 г.) предусматривает (ст. 14.1), что иммунитетом пользуются суверен или иной глава государства в его публичном качестве, правительство этого государства, департамент такого правительства.

Закон об иммунитете иностранных государств США (1976 г.) указывает, что понятие «иностранное государство» включает в себя политическое подразделение иностранного государства или агентство или учреждение этого иностранного государства. Государственным иммунитетом наделено и государство в лице его органов, и его агентства. Образования, связанные со структурой правительства, рассматриваются в качестве государства (например, министерства).

Субъекты федерации. Согласно Европейской конвенции об иммунитете государств (ETS № 74) (г. Базель, 16 мая 1972 г.) части федеративного государства не пользуются иммунитетом. Федеративное государство может заявить, что такие части вправе сослаться на положения Конвенции, применимые к самому государству. Если государство не делает такого заявления, то его составные части рассматриваются как «самостоятельные образования».

В соответствии с Конвенцией ООН 2005 г. составные части федеративного государства для целей иммунитета отождествляются с государством.

Административно-территориальные единицы в составе унитарного государства. В Законе США (1976 г.) указывается, что политическое подразделение включено в категорию государства. Согласно положениям Свода международного права США политические подразделения включают в себя департаменты государства, все правительства, подчиненные центральным правительствам (включая местные правительства). Конвенция ООН 2005 г. предоставляет иммунитет политическим подразделениям государства, «которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти и действуют в этом качестве».

Государственные юридические лица, государственные корпорации. Европейская конвенция 1972 г. устанавливает, что любое образование, отдельное от государства и наделенное правоспособностью, не включается в понятие государства (даже при выполнении функций государственной службы). Такое образование может быть привлечено к суду дру-

гого государства как частное лицо, но не в отношении действий, совершенных во исполнение своих публичных функций. Конвенция закрепляет двойной критерий, по которому самостоятельные организации отделяются от государства:

– отдельное существование от исполнительных органов государства;

– способность предъявлять иски и отвечать по иску.

Конвенция ООН 2005 г. предоставляет иммунитет учреждениям или институциям государства либо другим образованиям «в той мере, в какой они правомочны совершать и фактически совершают действия в осуществление суверенной власти государства».

В соответствии с законодательством РФ и ее субъекты выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений – физическими и юридическими лицами (ст. 124 ГК РФ). К данным отношениям применяются нормы, касающиеся юридических лиц. Субъекты – самостоятельные участники гражданско-правовых отношений. Российская Федерация не отвечает по обязательствам ее субъектов, субъекты не отвечают по обязательствам друг друга и по обязательствам РФ (п. 4, 5 ст. 126 ГК РФ). Организации с государственным уставным капиталом являются самостоятельными юридическими лицами, не отвечают по обязательствам РФ, а Российская Федерация не отвечает по их обязательствам (п. 2, 3 ст. 126 ГК РФ).

5.4.2
Теории государственного иммунитета

Государство как субъект МЧП обладает иммунитетами.

1. Иммунитет от предъявления иска — неподсудность одного государства судам другого. Сделки государства должны рассматриваться только в его собственных судах. Без прямо выраженного согласия на судебное разбирательство в иностранном суде государство нельзя привлечь к судебной ответственности за границей. Иммунитет от предъявления иска – это судебный иммунитет в узком смысле слова (собственно юрисдикционный иммунитет).

2. Иммунитет от предварительного обеспечения иска – без прямо выраженного согласия государства в отношении его имущества, находящегося за границей, не могут быть приняты никакие меры в качестве предварительного обеспечения иска.

3. Иммунитет от принудительного исполнения судебного решения – без согласия государства по отношению к нему не могут быть применены никакие принудительные меры по обеспечению иска или исполнения решения.

4. Иммунитет собственности государства – собственность иностранного государства неприкосновенна, не может быть национализирована, конфискована, на нее нельзя обратить взыскание. Имущество иностранного суверена, даже находящееся в руках третьих лиц, не подлежит виндикации. Без согласия государства-собственника его имущество не может быть подвергнуто принудительному отчуждению, насильственно удерживаться на территории иностранного государства. Государство места нахождения иностранной собственности обязано принимать все необходимые меры защиты против расхищения этого имущества третьими лицами.

5. Доктрина акта государства (связана с иммунитетом собственности государства) – если государство заявляет, что имущество принадлежит ему, то суд иностранного государства не вправе подвергать это заявление сомнению. Никакие иностранные органы не могут рассматривать вопрос о том, принадлежит ли действительно собственность государству, если оно заявляет, что собственность принадлежит ему.

6. Коллизионный иммунитет государства – к частно-правовым отношениям государства должно применяться только его собственное право. Все сделки государства подчиняются его национальному праву.

В доктрине, законодательстве и практике разработаны две теории государственного иммунитета: доктрина абсолютного иммунитета и доктрина функционального (ограниченного) иммунитета.

Теория абсолютного иммунитета государства непосредственно основана на принципе суверенного равенства государств и общем принципе права «равный над равным не имеет ни власти, ни юрисдикции». Доктрина абсолютного иммунитета государства признавалась незыблемой нормой международного права в течение почти 100 лет (до середины XX в.). В соответствии с доктриной абсолютного иммунитета государство, даже будучи стороной частно-правового отношения, не может быть привлечено к ответственности в судах другого государства. Подсудность судам другого государства допустима только в случае прямо выраженного согласия иностранного государства-ответчика («договорный» или «дипломатический» отказ от иммунитета). Иск к государству может быть предъявлен только в его собственном суде. Частное лицо вправе обратиться в компетентные органы своего государства с тем, чтобы оно вступило в дипломатические переговоры с иностранным государством, к которому это лицо имеет претензии. Доктрина абсолютного иммунитета государства до сих пор закреплена в законодательстве некоторых государств – Китая, России.

В 50-х гг. в связи с активизацией участия государства в международных гражданских правоотношениях появились теории «служебного» иммунитета, «торгующего» государства, государства-коммерсанта, на основе которых была выработана доктрина функционального (ограниченного) иммунитета. Суть этой доктрины – если государство от своего имени занимается коммерческой деятельностью, оно автоматически в отношении такой деятельности и связанного с ней имущества отказывается от иммунитета, ставит себя в положение частного лица.

Во многих странах существует кодифицированное законодательство, регулирующее иммунитеты государства: Закон США (1976 г.), Закон Великобритании (1978 г.), Акт Сингапура об иммунитете иностранного государства (1979 г.), законы об иммунитете иностранного государства Пакистана и Аргентины (1995 г.). Все эти законы основаны на доктрине функционального иммунитета государства. Интересно отметить, что в странах общего права законодательство об иммунитетах иностранного государства кодифицировано (Акт Австралии об иммунитете иностранного государства (1984 г.), а в странах континентального права этот вопрос регулируется в основном судебной практикой.

В соответствии с теорией функционального иммунитета государство обладает иммунитетом, только когда оно совершает действия, являющиеся проявлением государственной, публичной власти, т. е. действия в осуществление суверенных полномочий (de jure imperii). Публичные акты государства пользуются абсолютным иммунитетом и не могут быть предметом разбирательства в суде другого государства. Когда государство осуществляет функции торгового характера, т. е. действия в ходе осуществления коммерческой деятельности (de jure gestionis), оно не обладает иммунитетом и должно рассматриваться как частное лицо.

Деление действий государства на публичные и частные – краеугольный камень концепции функционального иммунитета (И. А. Демидов). Для определения характера действий государства разработаны теории:

– доктрина цели действий. Главный критерий – цель совершения действий (государственный заказ на постройку военного корабля частной иностранной фирме – действие jure imperii);

– доктрина характера действий. Решающим является юридический характер действия. Частные действия – это действия, совершаемые в форме обычных контрактов, если подобный контракт может заключить любое юридическое или физическое лицо.

Критерий «характер действия» закреплен в законодательстве США, Великобритании, Австралии, судебной практике Франции, Нидерландов, ФРГ. Бельгийская юриспруденция

применяет критерий природы (характера) действия (Э. Сюи). Конвенция ООН 2005 г. предлагает компромиссный вариант: «При определении того, является ли контракт или сделка «коммерческой сделкой»… следует прежде всего исходить из природы этого контракта или сделки, однако следует также учитывать их цель, если стороны контракта… договорились об этом, или если, согласно практике государства суда, эта цель имеет отношение к определению некоммерческого характера этого контракта или сделки».

Конвенция ООН 2005 г. (Россией она подписана и в 2007 г. ратифицирована) подтверждает принцип невозможности осуществления юрисдикции в судах одного государства над иностранным государством и его органами при осуществлении ими властных полномочий, обеспечивает защиту государственной собственности, не используемой в коммерческих целях. Конвенция 2005 г. содержит детальный перечень видов деятельности, осуществление которой лишает государство права на иммунитет:

1) государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве дела из коммерческой сделки, заключенной с иностранным физическим или юридическим лицом. Эта норма не применяется в случае коммерческой сделки между государствами, если ее стороны явно договорились об ином;

2) государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве, которое касается установления:

a) любых прав или интересов этого государства в отношении недвижимого имущества, находящегося в государстве суда, или любого обязательства этого государства, возникающего в связи с его интересами в отношении такого имущества;

b) любых прав или интересов этого государства в отношении движимого или недвижимого имущества, которые возникают в силу наследования, дара и бесхозяйного имущества;

c) любых прав или интересов этого государства в отношении управления имуществом, таким, как доверительная собственность, собственность банкрота или собственность компании в случае ее ликвидации;

3) государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве, затрагивающем:

a) установления любого права этого государства в отношении патента, промышленного образца, торгового или фирменного наименования, товарного знака, авторского права, любой другой формы интеллектуальной или промышленной собственности, пользующейся защитой в государстве суда;

b) предполагаемого нарушения этим государством на территории государства суда права интеллектуальной или промышленной собственности, принадлежащего третьему лицу и защищаемого в государстве суда;

4) государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве, затрагивающем отношения из трудового договора между этим государством и физическим лицом относительно работы, которая была или должна быть выполнена на территории этого государства. Исключения:

– работник был нанят для выполнения обязанностей в порядке осуществления государственной власти;

– работник является лицом, пользующимся дипломатическим иммунитетом;

– предметом разбирательства является наем, возобновление найма или восстановление на работе;

– такое разбирательство затронет интересы безопасности этого государства;

– работник является гражданином государстваработодателя в момент возбуждения разбирательства;

5) государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве, касающемся денежного возмещения в случае смерти или причинения телесного поврежде-

ния какому-либо лицу или нанесения ущерба имуществу или его утраты в результате действия или бездействия, которое предположительно может быть присвоено государству, если такое действие или бездействие имело место полностью или частично на территории другого государства, и делинквент находился на этой территории в момент совершения действия или бездействия.

5.4.3 Иммунитет собственности государства Коллизионный иммунитет

Большинство иммунитетов государства имеет процессуальный характер и относится к сфере международного гражданского процесса. К МЧП в узком смысле относятся коллизионный иммунитет и иммунитет собственности государства. Последний – категория более общего характера, чем процессуальные иммунитеты, так как не всегда вопрос об иммунитете собственности возникает в связи с рассмотрением иска в суде (И. А. Демидов).

Иммунитет собственности государства предполагает, что в отношении собственности одного государства не могут быть применены меры административного и иного насильственного характера со стороны другого государства. Заявление государства о принадлежности ему имущества не подлежит рассмотрению в любых органах другого государства и не может быть оспорено. Даже если собственность иностранного государства находится в руках третьего лица, которое не пользуется иммунитетом, эта собственность пользуется неприкосновенностью в полном объеме, если доказано, что она принадлежит суверенному государству (Л. А. Лунц).

Если собственность государства используется в коммерческих целях, на нее не распространяются положения об иммунитете (Конвенция ООН 2005 г.).

Существует собственность иностранного государства, которая обладает полным иммунитетом от предварительных мер и исполнительных действий (собственность государства, используемая для ведения дипломатической и консульской деятельности). Иммунитет такого имущества закреплен в Венской конвенции о дипломатических сношениях (г. Вена, 18 апреля 1961 г.), Венской конвенции о консульских сношениях (г. Вена, 24 апреля 1963 г.), Конвенции о специальных миссиях (г. Нью-Йорк, 8 декабря 1969 г.).

В Конвенции ООН 2005 г. выделены еще две категории имущества, к которым не могут применяться принудительные меры: собственность, «представляющая часть культурного достояния иностранного государства или часть его архивов»; собственность, «составляющая часть выставки объектов научного, культурного или исторического значения».

Режим неприкосновенности государственной собственности связан с доктриной «акта государства» (суды одного государства не должны выносить решения относительно актов правительства другой страны). Если государство приобрело имущество на основе акта, принятого на своей территории, ни один иностранный суд не вправе обсуждать правомерность принадлежности данной собственности. Доктрина «акта государства» проявляется в том, что если имущество находится во владении государства, которое заявило, что оно ему принадлежит, то никакие органы иностранного государства не могут проверять правомерность этого факта.

Общеизвестным является заявление английского суда по делу «Лютер против Сегора» (1921 г.), связанному с национализацией частной собственности в Советской России: «Если г-н Красин привез товары в Англию и от имени своего правительства заявляет, что они принадлежат русскому правительству, то ни один английский суд не может проверять, соответствует такое заявление действительности. Подобное расследование противо-

речило бы международной вежливости в отношениях между независимыми суверенными государствами» (Л. А. Лунц).

Коллизионный иммунитет государства представляет собой правило: сделки, заключаемые государством с иностранными физическими или юридическими лицами, должны регулироваться правом этого государства, если только сами стороны не договорятся об ином. Это предусмотрено в некоторых международных договорах: согласно Вашингтонской конвенции 1965 г. инвестиционный спор с участием государства рассматривается на основе права, избранного сторонами; при отсутствии такого выбора применяется право государства, выступающего в качестве стороны в споре.

В доктрине высказывается позиция, что к отношениям государства с частным иностранным контрагентом не может применяться право государства – участника сделки, если характерное исполнение осуществляет иностранный контрагент. В этом случае к отношениям должно применяться право страны частного субъекта сделки. Только в том случае, когда невозможно либо затруднительно определить, какая из сторон осуществляла или должна была осуществлять характерное исполнение, суд должен применять право страны государства – участника сделки (И. А. Демидов).

Государство выступает в договорных отношениях на равных началах с частными лицами; сделки с его участием подлежат общему коллизионному регулированию – на основе принципа наиболее тесной связи. Критерии такой связи устанавливаются законодательством и определяют выбор применимого права. Априорно применение права государства – субъекта сделки не может иметь места.

5.4.4 Основные виды гражданских правоотношений с участием государства

Эффективное функционирование рынка предполагает свободу в области заключения международных коммерческих контрактов. Одновременно во всем мире основы регулирования внешнеторговой деятельности определяются государством, которое устанавливает круг субъектов внешнеторговых контрактов, может ограничить субъектный состав внешнеторговых сделок или допускать к совершению сделок в отношении конкретной группы товаров только субъектов, отвечающих установленным им требованиям. Государство устанавливает режим пересечения его таможенных границ, требования к качеству товара, при необходимости ограничивает экспорт или импорт.

Большинство норм экспортно-импортного регулирования имеют публично-правовую природу. Как правило, такие нормы относятся к сверхимперативным и регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права.

Государственное регулирование внешнеторговой деятельности осуществляется в соответствии с Конституцией РФ, международными договорами, Федеральным законом «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности», иными федеральными законами и иными нормативными правовыми актами РФ. В Закон включены специальные главы о государственном регулировании внешнеторговой деятельности в области внешней торговли товарами (гл. 5), услугами (гл. 6), интеллектуальной собственностью (гл. 7).

Одним из самых распространенных гражданско-правовых контрактов с участием государства является договор займа (в форме выпуска государственных облигаций, облигаций государственного займа). Такие облигации могут выпускаться за пределами данного государства, на территории других стран (30-е гг. XX в. – выпуск облигаций британского государственного займа на территории США). По общему правилу к обязательствам по договору

государственного займа должно применяться право данного государства. Государство может отказаться от применения своего права и подчинить эти отношения праву того государства, на чьей территории распространяются облигации.

Самыми характерными гражданско-правовыми сделками с участием государства являются компенсационные соглашения (о концессии, о разделе продукции, сервисные соглашения). Компенсационные соглашения представляют собой внешнеторговые сделки и относятся к сфере действия МЧП, но обладают серьезной спецификой в силу участия государства и связи с межправительственными соглашениями. Компенсационные соглашения – это долгосрочные крупномасштабные проекты, объекты которых находятся на территории принимающего государства. Возникающие по таким сделкам правоотношения характеризуются как «диагональные» – отношения властно-невластного характера (между государством и его частным иностранным партнером).

Особое место в системе внешнеэкономических сделок занимает договор концессии. «Классическая» (традиционная) концессия представляет собой договор, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранным инвесторам исключительные права на осуществление какой-либо деятельности и передает ему право собственности на продажу или доходы, полученные в результате этой деятельности. Концессия основана на уступке прав. Запрещено одностороннее изменение условий концессионного договора, если иное не предусмотрено в самом договоре.

Концессионные соглашения можно разделить:

– на концессии в области недропользования: концедент передает концессионеру право эксплуатации определенного участка недр в обмен на концессионную плату. Концессия представляет собой уступку права государством на поиск и освоение природных ресурсов. Добытые иностранным инвестором природные ресурсы принадлежат ему на праве собственности. Во многих государствах (Венгрия, Великобритания, Норвегия) порядок предоставления концессий регулируется в специальном законодательстве;

– на концессии в области инфраструктуры – правовые механизмы передачи государством в управление частному бизнесу объектов экономической и социальной инфраструктур, привлечения частного капитала к управлению экономикой. Стали популярной формой взаимодействия бизнеса и государства в 90-х гг. XX столетия в связи с сокращением роли государства в экономике и распространением теорий о большей эффективности исполнения отдельных государственных функций частными компаниями.

В Мексике основы функционирования концессионных механизмов определяются на уровне Конституции. Закреплена возможность предоставления концессий на определенные объекты, обозначены сферы хозяйственной деятельности, концессии в которых не допускаются. Концессионные механизмы используются в строительстве и эксплуатации железных дорог, портов и портовых сооружений, телекоммуникационных сетей.

Мексиканское концессионное законодательство закрепляет фактическую невозможность переуступки прав по концессионному соглашению, ограничения на получение концессии иностранными инвесторами. Иностранные лица могут стать концессионерами в исключительном порядке, если они заключили специальное соглашение. Действует «оговорка Кальво» – иностранец в отношении предоставленной собственности подчиняется только мексиканскому закону и не вправе претендовать на защиту своего правительства.

В соответствии с Федеральным законом от 21 июля 2005 г. № 115ФЗ «О концессионных соглашениях» концессионер обязуется за свой счет создать или реконструировать определенное недвижимое имущество (объект концессионного соглашения), право собственности на которое принадлежит или будет принадлежать концеденту. Концессионер обязуется осуществлять деятельность с использованием объекта концессионного соглашения, а концедент обязуется предоставить концессионеру на срок, установленный соглашением, права владе-

ния и пользования объектом концессионного соглашения. Концедентом выступает Российская Федерация, от имени которой действует Правительство РФ или уполномоченный им орган; концессионерами могут выступать российские лица, иностранные индивидуальные предприниматели и юридические лица (ст. 5).

Объект концессионного соглашения – недвижимое имущество (автомобильные дороги, объекты транспорта, морские и речные порты, аэродромы, гидротехнические сооружения, объекты коммунального хозяйства, здравоохранения, образования, культуры, спорта). Закон о концессионных соглашениях направлен на регулирование инфраструктурных концессий и не применяется к «классическим» концессиям.

Природные ресурсы (участки недр) могут передаваться (уступаться) инвесторам по соглашениям о разделе продукции, предмет которых в трактовке российского законодателя отличается от предмета концессионного соглашения. В отечественной доктрине соглашение о разделе продукции рассматривается в качестве одной из форм договора концессии (Н. И. Марышева). Соглашение о разделе продукции – это договор, в соответствии с которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранному инвестору исключительные права на осуществление какой-либо деятельности. Основное отличие соглашений о разделе продукции от концессии: полученная в ходе хозяйственной деятельности продукция распределяется между государством и иностранным инвестором на условиях соглашения.

Согласно Федеральному закону от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции» соглашение о разделе продукции – это договор между Российской Федерацией и инвестором, в соответствии с которым Россия предоставляет инвестору на возмездной основе и на определенный срок исключительные права на поиск, разведку, добычу минерального сырья на определенном участке недр и на ведение связанных с этим работ. Инвестор обязуется осуществить проведение этих работ за свой счет и на свой риск. Полученная продукция подлежит разделу между инвестором и государством. Инвесторами могут быть иностранные юридические лица или объединения юридических лиц.

Сервисные соглашения с риском и без риска (контракты на предоставление услуг) – это договоры, в соответствии с которыми государство на срочной основе предоставляет иностранному инвестору право на осуществление конкретных видов работ и услуг, предусмотренных соглашением. Продукция, полученная в результате такой деятельности, остается в полной и исключительной собственности государства.

Государство всегда вправе изменять свое законодательство, что может привести к изменению правоотношений участников международной коммерческой деятельности. Во избежание таких ситуаций стороны включают в контракт стабилизационную оговорку («дедушкина оговорка» – grandfather's clause), т. е. условие, что к контракту будет применяться право, существующее на момент заключения сделки, и что изменения в законодательстве не будут распространяться на данный контракт.

Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» предоставляет иностранному инвестору гарантии от неблагоприятного изменения законодательства. Если в России принимаются нормативные акты, которые ухудшают положение иностранного инвестора по сравнению с тем, которое существовало на дату начала финансирования инвестиционного проекта, то такие нормативные акты не применяются к инвестору в течение срока окупаемости проекта, но не более семи лет с начала финансирования. «Дедушкина оговорка» не применяется, если изменения в законодательство вносятся в целях защиты конституционного строя, здоровья, нравственности, прав других лиц, обороны и безопасности государства.

«Дедушкиной оговоркой» вправе воспользоваться только те иностранные инвесторы, которые реализуют приоритетные инвестиционные проекты: а) проекты, суммарный объем иностранных инвестиций в которые составляет не менее 1 млрд руб.; б) проекты, в которых

минимальная доля (вклад) иностранных инвесторов в уставном (складочном) капитале предприятия составляет не менее 100 млн руб. В случае неисполнения иностранным инвестором своих обязательств по реализации приоритетных инвестиционных проектов он лишается льгот, предоставленных оговоркой, а сумма денежных средств, не уплаченных в результате ее действия, подлежит возврату в бюджет.

На практике реализация «дедушкиной оговорки» по Закону об иностранных инвестициях весьма проблематична, так как согласно НК РФ любой вопрос налогообложения регулируется исключительно законодательством о налогах и сборах (ст. 1).

5.4.5 Иммунитеты государства в законодательстве РФ

Российская Федерация, ее субъекты, муниципальные образования «выступают в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юридическими лицами» (п. 1 ст. 124 ГК РФ). К гражданско-правовым отношениям с участием Российского государства применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из закона или особенностей данных субъектов.

Из смысла ст. 124 ГК РФ вытекает юридическое равенство понятий «Российская Федерация» и «юридическое лицо» в правоотношениях, урегулированных гражданским законодательством. От имени Российской Федерации соответствующие органы государственной власти в рамках своей компетенции могут приобретать имущественные и личные неимущественные права, нести обязанности и выступать в суде (п. 1 ст. 125 ГК РФ).

Россия как субъект гражданского права отвечает по обязательствам своим собственным имуществом, кроме имущества, которое закреплено за созданными ею юридическими лицами на праве хозяйственного ведения или оперативного управления. Обращение взыскания на землю и другие природные ресурсы допускается в случаях, предусмотренных законом (ст. 126 ГК РФ). В гражданские обязательства, затрагивающие государственную собственность, вступают отдельные государственные органы, территориальные подразделения государства, государственные предприятия, за которыми закреплено государственное имущество для его использования в хозяйственных целях.

Статья 127 ГК РФ устанавливает, что особенности ответственности России и ее субъектов в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств определяются законом об иммунитете государства и его собственности. Формально-юридически положения ГК РФ уравнивают государство с иными субъектами гражданско-правовых сделок. К отношениям с участием государства в сфере МЧП на общих основаниях применяются правила разд. VI части третьей ГК РФ: «К гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства, правила настоящего раздела применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом» (ст. 1204).

Норма ст. 1204 формально подтверждает установления ст. 124 и 127 ГК РФ. Однако данное предписание корректируется предусмотренным в ГК РФ общим исключением – в федеральных законах или международных договорах может быть установлено иное. Положения ст. 124 и 1204 ГК РФ имеют диспозитивный характер и предусматривают возможность издания законов, устанавливающих приоритетные права государства в частно-правовых отношениях. Если федеральный закон (например, ст. 401 ГПК РФ) предусматривает действие абсолютного иммунитета, то в изъятие ст. 1204 ГК РФ должны применяться положения ГПК РФ.

Статья 401 ГПК РФ закрепляет общий принцип: иностранное государство пользуется в Российской Федерации иммунитетом в полном объеме, а ограничение допускается только в случае, если иностранное государство дало на это свое согласие либо если это предусмотрено международным договором РФ или федеральным законом. ГПК РФ увязывает возможность привлечения иностранного государства к суду в Российской Федерации с наличием согласия соответствующего государства. Российское процессуальное законодательство исходит из идеи абсолютного иммунитета, однако опять же федеральным законом может быть предусмотрено иное.

В результате получились два взаимоисключающих правила: в МЧП государство выступает на равных началах с частными лицами, но федеральным законом может быть предусмотрено иное; в международном гражданском процессе государство пользуется абсолютным иммунитетом, федеральным законом может быть предусмотрено иное.

Отечественная доктрина демонстрирует редкое единодушие: концепция абсолютного иммунитета, предусмотренная российским законодательством, не отвечает реалиям современного мира. Юридические средства защиты, основанные на концепции абсолютного иммунитета государства, ограничены и эффекта не дают. Придерживаясь данной концепции, Россия лишает своих граждан и юридических лиц возможности судебной защиты прав, возникающих из гражданско-правовых отношений с иностранными государствами. Признавая за иностранными государствами абсолютный иммунитет, Россия не получила на условиях взаимности абсолютного иммунитета от юрисдикции иностранных государств. В частности, российский суд обязан отказать в иске российского юридического лица к иностранному государству, тогда как Россия может быть привлечена в качестве ответчика в американском (английском, французском) суде, если спор носит коммерческий характер.

В АПК РФ есть «подвижки» от абсолютной концепции иммунитета к функциональной (п. 1 ст. 251). Кодекс оперирует понятием «иностранное государство – носитель власти» и исходит из того, что в суверенном качестве иностранное государство не может быть привлечено к суду в Российской Федерации без согласия его компетентных органов, если иное не вытекает из требований федеральных законов или международных договоров РФ. Теоретически по спорам из предпринимательской деятельности иностранное государство может быть ответчиком в российском суде.

Международные двусторонние договоры РФ о взаимной защите и поощрении инвестиций (США, Венгрия, Южная Корея) устанавливают взаимный отказ субъектов договора от государственных иммунитетов, наличие арбитражной оговорки в пользу иностранного коммерческого арбитража (в основном Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты). При возникновении спора нет необходимости заключать дополнительное арбитражное соглашение. Стороны вправе сразу же передать спор в органы международного коммерческого арбитража. Эти соглашения содержат нормы о возможности выбора применимого права сторонами сделки (по существу – отказ государства от коллизионного иммунитета). В торговом договоре СССР с Австрией 1955 г. закреплено (ст. 4): «Споры по торговым сделкам, заключенным или гарантированным на территории Австрии торговым представительством, подлежат, при отсутствии оговорок о третейском разбирательстве, компетенции австрийских судов».

5.5 Международные организации в международном частном праве

Лаптев, А. М. Организации ООН в системе международного частного права. М., 2003.
Лукашук, И. И. Международное право в судах государств. СПб., 1993.
Черниченко, С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. М., 1993.

5.5.1 Международные организации как субъекты международного частного права

В международной практике широкое распространение получил термин «международное юридическое лицо». Этот термин применяется к юридическим лицам публичного права, которые созданы:

– непосредственно в силу международного соглашения (Международный банк реконструкции и развития (МБРР), Европейское общество химической обработки облученных горючих материалов);

– на основании национального закона одного или более государств, принятого в соответствии с международным договором (Европейское общество по финансированию закупок железнодорожного оборудования («Еврофирма»), Банк международных расчетов (БМР).

Как правило, личный закон и личный статут международных юридических лиц установлены в соответствующем международном соглашении. Международные юридические лица – носители прав и обязанностей цивилистического характера, возникающих в международном обороте, обладают обособленным имуществом, могут от своего имени приобретать имущественные и личные неимущественные права и обязанности, выступать в качестве истцов или ответчиков по частно-правовым спорам в правоприменительных органах (И. И. Лукашук).

Основная разновидность международных юридических лиц – международные организации. Понятие «международная организация» включает международные межправительственные (ММПО) и международные неправительственные (МНПО) организации. Международные организации – субъекты международного права особого рода. Они создаются для выполнения конкретных задач и могут вступать в те правоотношения, которые определены их функциями и задачами и соответствуют их уставу. Компетенция организации ограничена целями, во исполнение которых она создана.

Международные организации – субъекты МЧП. Каждая организация обладает совокупностью прав и обязанностей, свойственных юридическому лицу, имеет частно-правовой статус. Это международное юридическое лицо, созданное на основе международного договора, а не на основе национального законодательства. Статус организации как юридического лица закреплен в международно-правовых актах (ст. 104 Устава ООН; ст. 105 Конвенции о привилегиях и иммунитетах объединенных наций (г. Лейк-Саксесс, Нью-Йорк, 13 февраля 1946 г.). В учредительных документах организаций фиксируется их гражданско-правовая правоспособность (ст. 104 Устава ООН; ст. 12 Устава ЮНЕСКО).

Государства – члены межправительственных организаций признают, что международные учреждения имеют статус юридических лиц. Закон Великобритании о международных организациях (1981 г.) предусматривает, что на территории Великобритании в качестве юри-

дического лица может действовать любая межправительственная организация, в том числе та, в которой Соединенное Королевство не участвует. Юридический комитет ООН провел анализ международной арбитражной и национальной судебной практики на предмет установления случаев отказа в признании статуса юридического лица за международными организациями. Был сделан вывод, что судебная и арбитражная практика не знает примеров такого отказа (А. А. Рубанов).

Международная организация получает статус юридического лица с момента регистрации ее устава либо включения в реестр юридических лиц в государстве по месту нахождения ее штаб-квартиры, она обладает привилегиями и иммунитетами (собственности, от национальной юрисдикции, от применения национального права). Вступление организации в частно-правовые отношения предполагает отказ от этих привилегий и иммунитетов. Международные организации как международные юридические лица имеют осложненный, двойственный правовой статус.

5.5.2 Коллизионное регулирование частно-правовых отношений международных организаций

Ранее было принято считать, что личный закон международных организаций как субъектов гражданских правоотношений определяется на основе теории оседлости: международная организация – юридическое лицо права того государства, на чьей территории расположена ее штаб-квартира (НАТО – юридическое лицо бельгийского права, Совет Европы – юридическое лицо французского права).

Доктрина

В настоящее время господствует иная точка зрения. Международные организации возникают в рамках международного правопорядка и получают качество юридического лица на основе международно-правовых норм (С. В. Черниченко). Право, на основе которого возникает и действует международная организация, «должно иметь международный характер; им не может быть территориальное право местонахождения штаб-квартиры межправительственной организации или какой-либо другой системы муниципального права. В противном случае будет нарушен международный характер… организации… Персональное право… организации состоит из международных правил, применимых потому, что принципы их деятельности не могут быть подчинены какому-либо муниципальному праву как таковому» (В. Дженкс).

В Российской Федерации гражданско-процессуальная правоспособность международной организации устанавливается на основе международного договора, в соответствии с которым она создана, ее учредительных документов или соглашения с компетентным органом РФ (п. 3 ст. 400 ГПК РФ). Толкование этой нормы позволяет утверждать, что личный закон международной организации определяется не по праву страны места нахождения штаб-квартиры организации, а на основании международно-правовых актов.

Проблема регулирования деятельности международной организации национальным правом какого-либо государства возникает в случае:

– совершения гражданско-правовых сделок;

– заключения трудовых контрактов;

– представления документов организации в национальные компетентные органы.

Гражданско-правовые отношения международных организаций регламентируются посредством комбинированного правового комплекса. Составные элементы этого комплекса включают:

– нормы международного публичного права (положения международных соглашений о месте пребывания штаб-квартиры организации);

– внутреннее право международной организации (финансовые правила ООН);

– положения национального права (как правило, страны места пребывания штаб-квартиры организации), например земельный кадастр.

В доктрине признается, что к сделкам с участием международных организаций применяются коллизионные привязки «закон места подписания акта» и «закон автономии воли». Эти традиционные коллизионные принципы в подобных сделках трактуются шире, чем при заключении контрактов между национальными юридическими лицами. Права и обязанности международной организации как юридического лица определяются международным правом, поэтому коллизионное регулирование гражданских правоотношений с участием ММПО подчиняется не только национальному, но и международному праву.

В 1975 г. Комитет по контрактам Секретариата ООН разработал Типовые правила и образцы контрактов для международных организаций системы ООН. В специальном заключении Юридического отдела Секретариата ООН (2002 г.) подчеркивается, что последней тенденцией в контрактной практике ООН «является стремление избежать, когда это возможно, ссылки на любое конкретно применяемое право, в особенности на любую внутригосударственную систему права». Наиболее приемлемой считается отсылка к внутреннему праву данной организации.

Форма и порядок заключения контрактов международными организациями определяются на основе внутреннего права организации. В соответствии с Типовыми правилами контракт должен быть подписан уполномоченным помощником главного должностного лица организации (в ООН – главой Управления общего обслуживания). Он подписывает контракты на сумму до 10 тыс. долл. Сделки на сумму свыше этой суммы заключаются с разрешения Комитета по контрактам ООН. Несоблюдение данных условий влечет недействительность контракта (А. М. Лаптев).

Генеральная коллизионная привязка договорных отношений – автономия воли сторон – применяется к сделкам с участием международных организаций. Организации вправе подчинять свои контракты любому национальному праву, избранному по соглашению с партнером.

На практике международные юридические лица стремятся избежать подчинения своих коммерческих контрактов национальному законодательству. Согласно заключению Юридического отдела Секретариата ООН ни в Уставе ООН, ни в процедурных правилах ее органов, ни в международных договорах не содержится норм, указывающих на конкретную правовую систему, применимую к частно-правовым сделкам ООН. Секретариат рекомендует всем организациям заключать гражданско-правовые соглашения на основе внутренних правил межправительственных организаций. Современная контрактная практика международных организаций демонстрирует устойчивую тенденцию отказа от применения национального права и подчинении сделки международному праву, общим принципам права, общим принципам международного права, lex mercatoria.

Коллизионные вопросы «международных трудовых контрактов» решаются на основе уставов и внутренних документов международных организаций. Например, в ст. 101 Устава ООН подчеркивается: персонал ООН назначается Генеральным Секретарем согласно Правилам о персонале Организации Объединенных Наций, утвержденным Генеральной Ассамблеей. В Соглашение ЮНЕП (Программа ООН по окружающей среде) с Ливией включен раздел, посвященный специалистам младшей категории. «Младшие сотрудники категории

специалистов» на территории Ливии действуют на основе права ЮНЕП. На «младших сотрудников категории специалистов на период их назначения в Программу Организации Объединенных Наций по окружающей среде в качестве гражданских служащих распространяется действие Правил и Положения о персонале ООН» (С. В. Черниченко).

Международные организации обладают многими видами собственности: зданиями, имуществом, морскими судами, летательными аппаратами, автомобилями, банковскими вкладами, ценными бумагами. На это имущество не может быть наложен арест, оно не может быть конфисковано, национализировано, экспроприировано и т. п. Собственность международных организаций не подлежит публичной продаже или иным действиям подобного характера, предусмотренным национальным законодательством. Иммунитет собственности международных организаций предусмотрен во многих международных соглашениях: Конвенция о привилегиях и иммунитетах объединенных наций устанавливает, что имущество и активы ООН не подлежат обыску, реквизиции, конфискации и какой-либо иной форме вмешательства путем исполнительных, административных и судебных действий.

Соглашение ЭКОСОС с Ираком о штаб-квартире Экономической комиссии для Западной Азии декларирует «освобождение имущества ООН от обыска, конфискации, ареста, экспроприации; свободное открытие счетов в любом банке, обладание фондами в любой валюте; свободный ввоз и вывоз валютных средств; освобождение от налогов, таможенных сборов», ограничений на экспорт и импорт аудио и видеотехники, аудио и видеокассет.

Право собственности международной организации закрепляется в договоре организации с государством ее места пребывания (соглашения между ООН и Швейцарией, между Францией и ЮНЕСКО). Международный характер собственности межправительственных организаций порождает специфические коллизионные проблемы. Исходное начало коллизионного регулирования права собственности – закон места нахождения вещи. Международный характер собственности требует трансформации общей коллизионной привязки в специальные – место нахождения штаб-квартиры организации, место регистрации собственности, место нахождения вещи в международном районе. Трансформация традиционных коллизионных принципов означает применение к регулированию права собственности ММПО внутренних правил самой организации. Точно так же принято трактовать закон места заключения сделки – закон места заключения контракта в международном районе.

Согласно Соглашению между ООН и Правительством Швейцарии ООН владеет в Женеве (район Ариана) строениями, может возводить здания и сооружения для своих нужд, но право собственности на землю остается у кантона Женева. Другие организации – МОТ, ВОЗ, ВМО – в этом же районе владеют землей и строениями. ЮНЕСКО заключила договор с Правительством Франции о земельной аренде на 99 лет. Строения, возводимые на этой земле, принадлежат организации, которая имеет право заключать договоры субаренды, передавать часть земли другим специализированным учреждениям ООН, сдавать помещения внаем.

В недавнем прошлом доктрина утверждала, что коллизионное начало закон места нахождения вещи «полностью применяется к сделкам, в которых международная организация выступает как юридическое лицо. Если международная организация располагает собственностью… то она должна признать закон места нахождения вещи» (В. Дженкс). Такая практика была связана с вопросами правопреемства ООН собственности от Лиги Наций. Земля и здания в Женеве были зарегистрированы в Женевском земельном регистре как собственность Лиги Наций. В 1946 г. был оформлен протокол передачи этой собственности Международной организации труда. Процедура передачи соответствовала швейцарскому праву, правовой статус недвижимостей МОТ регулировался швейцарским правом. В 1960 г. ВОЗ подписала Протокол о праве на владение строениями в кантоне Женева. В документах указывалось, что юридический статус собственности определяется по праву Швейцарии;

арбитражное рассмотрение споров, связанных с этой собственностью, строится на основе швейцарского права и «общих принципов права». Указание о применении национального права страны места регистрации собственности международных организаций содержится в договорах между МБРР, МВФ и штатом Нью-Йорк, ЮНЕСКО и Францией.

Во второй половине 60-х гг. XX в. правовой режим собственности международных организаций изменился: из договоров организаций с государствами их места нахождения исключаются положения о применении национального права. В настоящее время большинство соглашений о штаб-квартирах международных организаций не предусматривают обязательного применения к гражданско-правовым соглашениям организаций и к их собственности национального права государства места нахождения штаб-квартиры (в соглашениях между ФАО и Италией, ИКАО и Канадой).

Международные организации обладают правом «искать и отвечать в суде» (ст. 104 Устава ООН). Наличие этого права подчеркивается в консультативных заключениях Международного Суда ООН (1949 г. – «дело Бернадотта» о возмещении ущерба, понесенного на службе ООН). Предпочтение отдается разрешению споров путем обращения в международные правоприменительные органы. Международные организации практически не обращаются в национальные суды.

Обращение частных лиц в национальный суд с иском к международной организации влечет отказ в принятии иска (судебный иммунитет международной организации). Национальная судебная практика достаточно единообразна: заявителю дается ответ, что суд не может принять иск к рассмотрению, так как международная организация обладает иммунитетом от рассмотрения исков гражданско-правового характера в национальных судах (постановление Верховного суда Мексики по иску гражданина Диаса к Экономической комиссии для Латинской Америки (1953 г.). Обоснование отказа в принятии иска – суд не «обладает юрисдикцией в отношении спора в силу иммунитета организации» (А. М. Лаптев).

Международные организации – это международные юридические лица, создающие собственные правовые нормы. Эти нормы включаются в общую систему регулирования международных частно-правовых отношений и оказывают модифицирующее влияние на действие традиционных коллизионных принципов. «Закон места нахождения вещи» может толковаться как «закон места нахождения вещи в международном районе». К регулированию правового положения такой собственности должны привлекаться правила международной организации. Привязка «закон места подписания контракта» может толковаться как «закон места подписания контракта в международном районе».

Договорные отношения международных организаций регулируются на основе закона автономии воли. В отсутствие выбора применимого права коллизионное регулирование предполагает использование принципа наиболее тесной связи. Практика гражданско-правовых контрактов международных организаций свидетельствует, что в таких ситуациях принцип наиболее тесной связи имеет в виду международное право, внутреннее право организации, общие принципы права. Национальное право, определенное на основе критерия характерного исполнения или места нахождения вещи, применяется довольно редко.

Тема 6
Международное вещное право

Богуславский, М. М. Международное частное право. М., 2006.

Звеков, В. П. Международное частное право. М., 2004.

Канашевский, В. А. Международное частное право. М., 2006.

Кох, Х., Магнус, У., Винклер фон Моренфельс, П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001.

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

Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2000.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2006.

6.1
Вещные права в национальном и международном праве

Вещное право – это «совокупность правовых норм, регулирующих такие имущественные отношения, в которых управомоченные лица могут осуществлять свои права на имущество (вещи), не нуждаясь в положительных действиях других лиц» (С. П. Александрова).

Признаки вещных прав:

– вещные права прямо предусмотрены нормами гражданского права, т. е. лицо не вправе по своему усмотрению создавать новые разновидности вещных прав (замкнутый круг вещных прав);

– вещное право – это абсолютное право, т. е. его обладателю противостоит неограниченный круг субъектов, на которых лежит обязанность не нарушать правомочия носителя вещного права;

– вещное право следует за вещью при ее переходе к другим лицам (право следования). Собственник вещи, выбывшей из владения помимо его воли, продолжает оставаться собственником и вправе истребовать ее из чужого незаконного владения;

– для вещных прав характерно право преимущества. При возникновении противоречий между вещными правами и обязательственными приоритет отдается вещным правам;

– объект вещных прав – индивидуально-определенные вещи. Этим определяется наличие специфических способов защиты вещных прав.

Право собственности является основополагающим в числе прочих вещных прав, это центральный институт вещного права. Юридическое содержание правоотношения собственности раскрывается через совокупность субъективных исключительных правомочий собственника, с помощью традиционной «триады»: владения, пользования и распоряжения.

В соответствии с п. 2 ст. 209 ГК РФ собственник вправе передавать свои правомочия владения, пользования и распоряжения принадлежащим ему имуществом другим лицам, оставаясь при этом его собственником. На этом принципе основано (п. 4 ст. 209 ГК РФ) доверительное управление, т. е. возможность передать свое имущество другому лицу, что не влечет перехода к доверительному управляющему права собственности на переданное имущество (п. 1 ст. 1012 ГК РФ).

В соответствии с ГК РФ доверительное управление является институтом обязательственного, а не вещного права. Это отличает институт доверительной собственности от траста, который предусмотрен англо-американским правом.

Западная доктрина рассматривает право собственности как наиболее полное господство над вещью. ФГК определяет собственность как «право пользоваться и распоряжаться вещами наиболее абсолютным образом». Такое же понимание собственности закреплено в ГГУ: «Собственник вещи может… распоряжаться вещью по своему усмотрению и устранять других лиц от всякого на нее воздействия». Сходная формулировка содержится в Швейцарском гражданском уложении (1907 г.).

Первостепенное деление вещей – вещи телесные и бестелесные. Западная доктрина относит к «бестелесному» имуществу круг прав на технические и нетехнические объекты промышленной собственности (изобретения, промышленные образцы, товарные знаки, фирменные наименования) и круг прав на объекты финансовой и коммерческой собственности (облигации, векселя, чеки, паи). Особое значение имеет отнесение к категории бестелесного имущества прав из ценных бумаг и оборотных документов, которые именуются «финансовая и коммерческая собственность». Финансовая собственность – это денежные

бумаги (облигации, векселя, чеки), а также документы, выражающие право участия в обществах или компаниях (паи, акции). Коммерческая собственность – это товаро-распределительные документы, выражающие право на получение товаров (коносаменты, накладные, свидетельства товарного склада).

Основная классификация объектов вещного права – деление вещей на движимое и недвижимое имущество. Под недвижимыми понимаются вещи, находящиеся в одном и том же месте, обладающие индивидуальными признаками и являющиеся незаменимыми. Движимые вещи переместимы и в большинстве случаев могут быть заменены другими однородными вещами.

Французское законодательство относит к недвижимым вещам «по их природе» землю и связанные с ней строения, урожай на корню, леса. К недвижимым вещам «по их назначению» закон относит машины, инструменты и сырье, используемые на предприятиях, сельскохозяйственные орудия и скот в имении. Если эти объекты выделить из состава имения, они станут движимыми. Под понятие недвижимости подпадают установленные на землю права – сервитуты, узуфрукт, ипотека. Остальные виды имущества, в том числе бестелесные, являются движимыми.

В Англии и большинстве штатов США термины движимое и недвижимое имущество применяются судами, если идет речь об отношениях, связанных с иностранным правопорядком. Во внутренних отношениях такое деление значения не имеет. Реальное (недвижимое) имущество – земля и неразрывно связанные с ней объекты. К реальному имуществу относятся здания, урожай на корню, скот на ферме. Остальное имущество относится к персональному (движимому).

Право собственности сильно «привязано» к национальной правовой системе, поэтому его чрезвычайно сложно унифицировать. Для германской правовой подсистемы характерно учение об абстрактных вещных договорах, для стран общего права – институт траста. Скандинавским странам присуща унификация актов и норм о векселях, торговых знаках, торговом реестре.

Одна из попыток унификации права собственности – Гаагская конвенция о праве, применимом к трастам, и их признании (1985 г.) Конвенция вступила в силу, однако из развитых стран ее подписали (но не ратифицировали) только США и Франция.

На европейском уровне сложилось унифицированное международно-правовое регулирование отношений собственности. Статья 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (ETS № 5) (г. Рим, 4 ноября 1950 г.) гласит: «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества, иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права». Европейский Суд расширительно толкует понятие имущество и относит к объектам права собственности любое «частное право, представляющее имущественную ценность» (постановление Суда по делу Ван Марле против Нидерландов 1986 г). В концепцию «имущество» попадают:

– требование о возмещении ущерба;

– клиентура компании и предпринимательский интерес;

– право на получение социальных гарантий.

Для квалификации того или иного объекта правоотношения в качестве имущества Судом разработаны следующие критерии:

– признак экономической ценности. Имущество обладает экономической ценностью, которая может быть определена в денежной форме на основе объективных критериев;

– признак реальности. Имущество должно быть наличным и юридически должно принадлежать заинтересованному лицу. Ожидание экономической выгоды имуществом не является.

В деле Ван Марле против Нидерландов Суд постановил, что доброе имя (деловая репутация) может рассматриваться как имущество. Экономическая ценность заключается в том, что благодаря своему доброму имени и хорошей деловой репутации заинтересованные лица могут создать клиентуру и деловые связи.

В делах общество S. и T. против Швеции (постановление Суда от 11 декабря 1986 г.) и Совтрансавто против Украины (постановление Суда от 25 июля 2002 г.) Суд указал на особые свойства акции как объекта собственности. Имуществом являются права, которые удостоверяются акцией, т. е. право на участие в управлении компанией, право на получение дивидендов, право на получение доли имущества компании при ее ликвидации.

6.2
Коллизионные вопросы права собственности

В праве собственности практически невозможна международная унификация гражданских материально-правовых норм. Основную роль в регулировании права собственности и других вещных прав, связанных с иностранным правопорядком, играет коллизионное право.

По отношению к недвижимости господствует принцип, что право собственности на такое имущество подчиняется закону места нахождения вещи. Этот закон определяет содержание права собственности на недвижимость, форму, порядок и условия перехода вещных прав. Данное коллизионное начало является господствующим. В отношении земельных участков закон места нахождения вещи действует особенно жестко. Закон места нахождения вещи регулирует и форму сделок о вещных правах на недвижимость.

Более сложным является решение вопроса коллизионного регулирования движимого имущества (права требования, ценные бумаги, транспортные средства, личные вещи). В большинстве стран исходным коллизионным принципом определения вещных прав на любое имущество признается закон места нахождения вещи. Порядок управления общей долевой собственностью подчиняется закону места нахождения предмета общей собственности.

Вещно-правовой статут решает вопросы классификации вещей, их деление на движимые и недвижимые, способность выступать в качестве объекта права собственности и других вещных прав, содержание права собственности и других вещных прав, порядок и способы возникновения, перехода и прекращения вещных прав, момент перехода права собственности. Если право собственности возникло по закону места нахождения вещи, оно сохраняется и признается при перемещении вещи через границу. Во всех правовых системах признается экстерриториальный характер вещных прав. При перемещении вещей из одного государства в другое изменяется и содержание прав собственника; не имеет значения, какое право применялось при возникновении вещных прав и каков личный закон собственника. Право собственности на вещь, приобретенную за границей, признается, но его содержание определяется не законом места приобретения вещи и не личным законом приобретателя, а законом места нахождения вещи (Л. А. Лунц).

Во Франции в некоторых случаях переход права собственности на движимость определяется законом места нахождения вещи. Одновременно в наследственном праве переход имущества в порядке наследования часто определяется личным законом наследодателя. Принцип личного закона рассматривается скорее как исключение из правила, он присутствует в праве отдельных государств (Аргентина, Бразилия).

Вещные права на ценные бумаги подлежат специальному регулированию. Оно охватывает как право на ценную бумагу, так и вытекающее из нее право собственности: «Ценные бумаги регулируются правом государства, на территории которого они были выпущены… обязательства, отличные от основного обязательства, регулируются правом государства, на территории которого каждое из обязательств было принято» (ст. 59 Закона о реформе МЧП Италии). По отношению к именным ценным бумагам применимое право определяется не по закону места нахождения ценной бумаги, а по lex causae. В отношении ценных бумаг на предъявителя «право вытекает из ценной бумаги», т. е. компетентным является также lex cartae sitae. Приобретение товаров, представленных ценными бумагами (распорядительными документами), регулируется правом, которое является компетентным в отношении транспортируемых товаров, – lex rel sitae товаров или право страны их назначения (Х. Кох).

Национальное законодательство различных государств по-разному решает проблему перехода риска. В некоторых странах используется принцип римского права: риск переходит на покупателя в момент совершения контракта независимо от того, переходит ли в этот момент на покупателя право собственности на проданный товар (periculum est emptoris). Этот принцип отражен в законодательстве Швейцарии, Голландии, Японии. В законодательстве других стран (Великобритания, Франция, ФРГ) действует принцип – риск несет собственник (res perit domino). Момент перехода риска совпадает с моментом перехода права собственности. При этом по-разному определяется момент перехода права собственности. Во Франции момент перехода права собственности и риска приобретателя вещи определяется моментом совершения контракта. В английском Законе о продаже товаров (1863 г.) выражен принцип совпадения обоих моментов, однако момент перехода права собственности определяется в соответствии с намерениями сторон (при наличии презумпции, что собственность перешла в момент совершения контракта).

Согласно ст. 223 ГК РФ право собственности у приобретателя вещи по договору возникает с момента ее передачи, если иное не предусмотрено законом или договором. В соответствии со ст. 459 ГК РФ риск случайной гибели или случайного повреждения товара переходит на покупателя с момента, когда в соответствии с законом или договором продавец считается исполнившим свою обязанность по передаче товара покупателю.

«Переход права собственности и переход риска являются различными гражданско-правовыми категориями, только в первом случае налицо вопрос вещного права, во втором же случае речь идет о праве обязательственного характера» (Л. А. Лунц). Вопрос о моменте перехода риска имеет самостоятельную коллизионную привязку и этим отличается от вопроса о моменте перехода права собственности. Коллизионный вопрос о переходе риска – вопрос обязательственного статута. Гаагская конвенция о праве, применимом к переходу права собственности в случаях международной продажи движимых материальных вещей (1958 г.), устанавливает самостоятельное коллизионное регулирование для момента перехода права собственности и момента перехода риска. Конвенция регулирует определенные вопросы перехода права собственности не на основании lex rei sitae, а на основании обязательственного статута. Возникновение и прекращение права собственности на имущество, являющееся предметом сделки, определяются по праву места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон. Если в соглашении отсутствует оговорка о применимом праве, действует коллизионная привязка к праву места заключения сделки (lex loci contractus).

Самостоятельное коллизионное регулирование момента перехода риска и момента перехода права собственности – исходное начало при решении коллизионного вопроса. В международной торговле при применении Инкотермс момент перехода права собственности и момент перехода риска рассматриваются как самостоятельные категории и определяются без использования коллизионных принципов посредством унифицированного материально-правового регулирования. В Инкотермс момент перехода права собственности не учитывается вообще; значение имеет только установление момента перехода риска.

Особой сложностью отличаются случаи, когда предметом сделки является «груз в пути», – движимые материальные вещи, находящиеся в процессе международной перевозки. При совершении сделок по поводу таких вещей практически невозможно определить, на территории какой страны находится вещь в данный момент. Особенности коллизионного регулирования «груза в пути» связаны с тем, что здесь невозможно применение закона места нахождения вещи. По общему правилу применяются специальные коллизионные привязки – право места нахождения товаро-распорядительных документов, право места отправления или назначения груза, личный закон собственника, закон продавца. Наилучший способ регулирования – применение автономии воли сторон.

Применение закона места нахождения вещи невозможно, если речь идет не о физической вещи, а о правах на имущественный комплекс, в состав которого входят и вещные, и обязательственные права, и «исключительные права» (авторские, право промышленной собственности). Оптимальный вариант регулирования прав на имущественный комплекс – автономия воли сторон и расщепление коллизионной привязки.

В современном праве довольно много ограничений применения закона места нахождения вещи, замены его другими формулами прикрепления. Наблюдается тенденция к сужению вещно-правового статута правоотношения за счет расширения обязательственного, наследственного и личного статутов: «Регулируются правом государства, на территории которого имущество находится… приобретение и утрата вещных прав, за исключением наследственных правоотношений и случаев, когда предоставление вещного права зависит от семейных отношений или от договора» (ст. 51 Закона о реформе МЧП Италии). Гаагская конвенция 1958 г. содержит положение, что право, применимое к контракту (обязательственный статут), в отношениях между сторонами определяет момент, до наступления которого:

– продавец имеет право на доходы или плоды от проданной вещи;

– продавец несет риск, связанный с проданной вещью;

– продавец имеет право на возмещение убытков, связанных с проданной вещью;

– действует оговорка о сохранении права собственности в пользу продавца;

– к новому собственнику переходит право распоряжения вещью.

Несмотря на тенденцию ограничить применение закона места нахождения вещи, это коллизионное начало остается основной коллизионной привязкой при определении содержания вещных прав. Общепризнанное применение закона места нахождения вещи обусловлено сложившейся международно-правовой практикой.

Коллизионное регулирование вещных прав в российском законодательстве установлено в ст. 1205–1207, 1213 ГК РФ. Генеральная коллизионная привязка вещных прав – закон места нахождения вещи. Это коллизионное правило применяется для определения принадлежности имущества к движимому или недвижимому, для определения содержания, возникновения, прекращения права собственности и иных вещных прав (ст. 1205 ГК РФ). Коллизионная привязка этой статьи имеет императивный характер. Применение к вещным правам закона места нахождения вещи дополняется императивным положением: форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны места нахождения этого имущества. Форма сделки в отношении недвижимостей, внесенных в государственный реестр РФ, должна подчиняться только российскому праву (п. 3 ст. 1209 ГК РФ).

К возникновению и прекращению вещных прав (за исключением вещных прав на «груз в пути») применяется закон того государства, на территории которого вещь находилась в момент, когда имело место действие или обстоятельство, послужившее основанием для возникновения или прекращения вещных прав (ст. 1206 ГК РФ).

Российский законодатель закрепляет особый правовой режим вещей, подлежащих государственной регистрации. Установлены специальные коллизионные нормы для определения применимого права по вопросам права собственности и иных вещных прав на воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, их осуществлению и защите. Применяется право страны, где эти суда и объекты зарегистрированы (ст. 1207 ГК РФ).

В соответствии с российским законодательством возможен выбор права сторонами при заключении соглашений в отношении недвижимого имущества (ст. 1213 ГК РФ). Статья 1213 ГК РФ содержит и субсидиарную коллизионную привязку (при отсутствии соглашения сторон о применимом праве) – применяется право того государства, с которым договор наиболее тесно связан. Правом страны, с которым данный договор реально связан, считается право места нахождения недвижимости. Особый правовой статус имеет российская недви-

жимость – к договорам в отношении недвижимого имущества, находящегося на территории РФ, возможно применение только российского права (п. 2 ст. 1213). Законодатель в императивном порядке установил недопустимость автономии воли в подобных соглашениях.

6.3
Правовое регулирование иностранных инвестиций

Иностранные инвестиции – это материальные и нематериальные ценности, принадлежащие юридическим и физическим лицам одного государства и находящиеся на территории другого государства с целью извлечения прибыли. Инвестиции делятся на прямые и косвенные (портфельные). Прямые инвестиции – это создание совместных предприятий и предприятий, на 100 % принадлежащих иностранным инвесторам. Иностранные инвесторы непосредственно участвуют в управлении предприятием.

Портфельные инвестиции не предусматривают непосредственного участия в управлении компанией, а предполагают получение иностранными инвесторами дивидендов на акции и ценные бумаги (т. е. на капитал, вложенный в эти предприятия).

В структуре правового регулирования инвестиционных отношений можно выделить два уровня: международно-правовой и внутригосударственный. Руководство по регулированию иностранных инвестиций, разработанное и принятое МБРР в 1992 г., предусматривает (ст. 2): «Каждое государство сохраняет за собой право регулировать допуск иностранных частных инвестиций… Государства будут принимать во внимание, что открытый доступ… (при существовании списка ограниченного числа отраслей и видов деятельности, закрытых для иностранных инвестиций или требующих оценки условий допуска либо лицензирования) является наиболее эффективным решением проблемы правового регулирования иностранных инвестиций».

В соответствии с Вашингтонской конвенцией 1965 г. при МБРР был учрежден Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) между государствами и частными иностранными инвесторами. Разрешение инвестиционных споров производится путем проведения примирительной процедуры (гл. III Конвенции) либо путем арбитражного производства (гл. IV). Конвенция об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (г. Сеул, 1985 г.) предоставляет иностранным инвесторам финансовые гарантии путем страхования инвестиций от некоммерческих рисков. В Конвенции закреплено понятие традиционных некоммерческих рисков – это риски, связанные с переводом валют (кроме девальвации местной валюты), экспроприацией или аналогичными мерами, войной, революцией, государственными переворотами и гражданскими беспорядками (кроме террористических актов, направленных непосредственно против владельца гарантий). Кроме традиционных некоммерческих рисков, Конвенция предусматривает покрытие риска нарушения договора со стороны принимающего государства. В соответствии с Конвенцией создана система государственного и частного страхования на национальном уровне, дополненная международной многосторонней системой страхования иностранных инвестиций.

Двусторонние международные договоры о взаимной защите инвестиций предусматривают взаимную обязанность государств не проводить принудительного изъятия капиталовложений путем национализации, реквизиций или конфискации в административном порядке. Инвестиционные споры должны рассматриваться в арбитражном порядке. Двусторонние соглашения о взаимной защите и поощрении инвестиций связывают большинство государств мира (Россию – с Финляндией, Францией, Канадой, США, Италией, Австрией, Данией, Грецией).

В большинстве государств отсутствует кодифицированное национальное законодательство об иностранных инвестициях – к ним применяется общее законодательство (антимонопольное, антитрестовское, налоговое, гражданское, валютное, банковское).

Каждое государство самостоятельно устанавливает порядок допуска иностранного капитала на свою территорию – в одних странах действует разрешительная или лицензионная система (Индия, страны Латинской Америки), в других – установлен режим свободного допуска иностранного капитала. Государства, проводящие политику наиболее активного привлечения иностранного капитала, принимают специальные инвестиционные кодексы (Китай, Польша, Венгрия, Аргентина, Мексика). Повсеместно правовое регулирование иностранных инвестиций осуществляется не коллизионным методом, а непосредственно материально-правовым (в основном с использованием национальных материально-правовых норм).

Принимающее государство обязано создавать для иностранных инвесторов стабильные, равноправные, благоприятные и гласные условия. Договор к Энергетической хартии предписывает принимающим государствам устанавливать для иностранных инвесторов национальный режим или режим наибольшего благоприятствования. Изъятия из этих режимов должны быть сведены к минимуму. Кроме режимов наибольшего благоприятствования и национального может устанавливаться и особо льготный (преференциальный) режим, который предусматривается для иностранцев, производящих инвестирование в особо крупных размерах либо в особо важные и капиталоемкие отрасли национальной экономики. Такой режим предполагает предоставление определенных льгот: освобождение от некоторых налогов и сборов, от налога на прибыль, предоставление особых гарантий на случай национализации.

В России отсутствует систематизированное инвестиционное законодательство. Правовой базой выступают специальные федеральные законы «О соглашениях о разделе продукции», «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», «О концессионных соглашениях», отдельные отраслевые законы, указы Президента РФ и постановления Правительства РФ. Во многих субъектах РФ принято собственное инвестиционное законодательство.

Иностранные инвестиции – это вложение принадлежащего иностранному инвестору капитала в промышленность, сельское хозяйство, недвижимость, облигации, акции, торговлю, образование и другие отрасли на территории РФ в целях получения выгоды. Иностранные инвестиции могут быть в виде денег (в иностранной и российской валюте), ценных бумаг, иного имущества и имущественных прав, имеющих денежную оценку, исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности (интеллектуальную собственность), услуг и информации. Коммерческие организации с иностранными инвестициями могут осуществлять в России любые виды деятельности, соответствующие их правосубъектности и не запрещенные законодательством, в том числе приобретать имущественные права.

Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» закрепляет, что правовой режим иностранных инвестиций и деятельности иностранных инвесторов по их осуществлению не может быть менее благоприятным, чем режим для имущества, имущественных прав и инвестиционной деятельности юридических лиц и граждан России (национальный режим). Изъятия и ограничения деятельности иностранных инвесторов могут быть установлены только федеральными законами и только в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обороны и безопасности России. В интересах социально-экономического развития отдельным иностранным инвесторам может быть предоставлен преференциальный режим.

Организации с иностранными инвестициями – это коммерческие организации, в которых иностранное юридическое или физическое лицо обладает более 10 % доли в уставном капитале.

Федеральный закон устанавливает перечень «неблагоприятных изменений законодательства»:

– изменение размеров ввозных таможенных пошлин, федеральных налогов и взносов в государственные внебюджетные фонды;

– увеличение совокупной налоговой нагрузки на деятельность иностранного инвестора и коммерческой организации с иностранными инвестициями по реализации приоритетных инвестиционных проектов;

– установление режима запретов и ограничений в отношении иностранных инвестиций.

6.4
Национализация в международном частном праве

Серьезным препятствием для осуществления иностранного инвестирования является проблема национализации имущества иностранных частных лиц. В современном международном праве признается недопустимость национализации имущества иностранного государства и правомерность национализации иностранной частной собственности. Одновременно закреплена безусловная обязанность государства выплатить иностранному лицу быструю, эффективную и адекватную компенсацию в случае национализации его собственности.

В 1974 г. Генеральная Ассамблея приняла Устав экономических прав и обязанностей государств, согласно которому «Каждое государство имеет право:

(а) регулировать и осуществлять власть над иностранными инвестициями в пределах национальной юрисдикции согласно своим законам и инструкциям и в соответствии со своими национальными целями и приоритетами…;

(с) национализировать, конфисковать или передать иностранную собственность… в этих случаях должна быть выплачена соответствующая компенсация государством, принимающим такие меры».

Европейская энергетическая хартия (г. Гаага, 17 декабря 1991 г.) прямо не закрепляет право принимающего государства на национализацию собственности иностранного инвестора, но подчеркивает суверенитет государства на энергоресурсы.

В свое время национализация, произведенная в России в 1917 г., была признана другими государствами в соответствии с двусторонними международными соглашениями – договоры между СССР и Германией (1922 г.), США (1933 г.), Норвегией (1959 г.), Швецией (1941 и 1964 гг.), Данией (1964 г.), Великобританией (1968 г.). Принцип взаимного зачета финансовых и имущественных претензий, возникших до 9 мая 1945 г., положен в основу Соглашения между Россией и Францией об окончательном урегулировании взаимных финансовых и имущественных претензий 1997 г. Французская сторона обязалась не предъявлять и не поддерживать требований, касающихся претензий по займам и облигациям, интересам и активам, в отношении которых французские лица были лишены права собственности или владения, претензий по долгам царского правительства и правительства СССР. Россия обязалась не предъявлять требований в отношении ущерба, причиненного во время интервенции 1918–1922 гг., требований в отношении активов во Франции (в том числе «колчаковского» золота) (М. М. Богуславский).

В современном российском законодательстве сохраняется право Российской Федерации на национализацию, но устанавливается принцип быстрой, адекватной и эффективной компенсации в пользу иностранного собственника. Выплата компенсации производится в той валюте, в которой было произведено инвестирование, либо в любой другой валюте по желанию инвестора. К спорам о национализации должно применяться российское право, а сами споры рассматриваются в российских правоприменительных органах. Естественно резко отрицательное отношение иностранных инвесторов к подобным установлениям и их нежелание рисковать своими капиталами. Право российского государства на национализацию – серьезный тормоз притока иностранных капиталовложений.

6.5
Правовое положение иностранных инвестиций в свободных экономических зонах

Создание свободных экономических зон (СЭЗ) – один из способов привлечения инвестиций и инструментов экономической политики. СЭЗ существуют в промышленно развитых странах (США, ФРГ, Великобритания, Франция, Япония, Ирландия), в новых индустриальных странах (государства Юго-Восточной Азии, Мексика, Аргентина), в развивающихся странах (Ближний Восток, страны Карибского бассейна) и странах с переходной экономикой (КНР). Количество СЭЗ по разным данным составляет от 400 до 2500.

По определению экспертов ООН, СЭЗ – это «ограниченные промышленные районы, представляющие собой часть территории страны с беспошлинным таможенным и торговым режимом, где иностранные фирмы, производящие продукцию главным образом на экспорт, пользуются рядом налоговых и финансовых льгот». Международная конвенция об упрощении и гармонизации таможенных процедур (Киотская конвенция) (г. Киото, 18 мая 1973 г.) подчеркивает специфику СЭЗ как части территории государства, выведенной за рамки таможенных границ, в которой любое передвижение товаров и денег не подвластно административному или какому-либо иному контролю.

Общие принципы функционирования СЭЗ:

– отсутствие таможенных пошлин (или их фиксация на минимальном уровне) на ввоз и вывоз оборудования, материалов и готовой продукции при максимальном упрощении всех процедур, связанных с экспортно-импортными операциями;

– льготный режим налогообложения;

– свободное обращение конвертируемой валюты;

– гарантии от конфискации иностранной собственности и предоставление функционирующим в СЭЗ компаниям широкого круга льгот и привилегий.

Преференциальный режим хозяйствования в СЭЗ – обязательный признак, определяющий существо зоны. Он подразумевает действие на территории зоны специальных правовых и льготных таможенных режимов, которые сочетаются с предоставлением иных льгот (свободное перемещение товаров, услуг, интеллектуальной собственности, инвестиций и рабочей силы через государственную и таможенную границу; налоговые льготы). Характерные черты СЭЗ:

– внешнеторговые льготы (снижение или отмена экспортно-импортных пошлин, упрощенный порядок осуществления внешнеторговых операций);

– фискальные льготы, связанные с налоговым стимулированием конкретных видов деятельности;

– финансовые льготы, включающие различные формы субсидий;

– административные льготы, упрощающие процедуры регистрации предприятий, режима въезда и выезда иностранных граждан;

– локальная, относительно обособленная система управления зоной, наделенная правом принимать самостоятельные решения.

Классификация СЭЗ:

1) торгово-складские зоны – небольшая территория (порт, терминал, аэропорт) без постоянного населения, выделенная из таможенной территории и пользующаяся таможенной свободой. На территории зоны не действует таможенное законодательство, поэтому можно завозить товары в любых объемах без уплаты пошлины. Такие зоны создаются для обслуживания мирового рынка; на них не распространяются многие налоговые нормы и

таможенные ограничения, действующие на остальной территории страны («таможенная экстерриториальность»);

2) экспортно-производственные зоны – зоны специализированного типа с высокой степенью индустриализации, зоны содействия экспорту. Они представляют собой часть территории государства или региона, имеющую четко определенные границы и подготовленную для промышленного освоения. Этот вид СЭЗ основан на применении льготного таможенного, налогового и финансового режимов;

3) научно-исследовательский парк (технополис, технопарк, технологическая зона) – разновидность свободной экономической зоны на базе интеграции высокоразвитого производства, науки и образования;

4) комплексные (комбинированные) свободные экономические зоны – «открытый» город или особый район, использующий элементы разных видов СЭЗ. На практике СЭЗ «чистого типа», специализирующихся на одной функции, практически не встречается. Наиболее распространены зоны, в которых сочетаются торговые, таможенные, производственные, исследовательские функции.

По степени интеграции в национальную и международную экономику можно выделить два типа СЭЗ:

– замкнутые (анклавы, исключенные из таможенной территории государства) – зоны, ориентированные на внешний рынок;

– интеграционные – зоны, интегрированные в национальную экономику (интеграционные).

В зависимости от способа оформления границ зоны различаются микрозоны (территория одного предприятия, порта) и макрозоны (территория района, города, региона. В зависимости от того, территории какого количества стран охватывают СЭЗ, они подразделяются на мононациональные (территория одного государства) и интернациональные (территория группы государств).

Деятельность СЭЗ частично регулируется Киотской конвенцией, Директивой Европейского Совета «О свободных таможенных зонах и складах» (1988 г.). Во многих государствах приняты специальные законы, определяющие единые для всей страны условия создания и функционирования СЭЗ (США, Мексика, Румыния, Южная Корея, Великобритания, Колумбия и др.). Основа законодательства о СЭЗ – английское прецедентное право.

В 1990 г. были изданы два одноименных постановления Верховного Совета РСФСР от 14 июля № 1061 и от 13 сентября № 1651 «О создании зон свободного предпринимательства», а в 1991 г. – постановление Правительства РСФСР от 27 мая № 13431 «О создании свободной экономической зоны «Сахалин» (СЭЗ «Сахалин»)». В 1991 г. статус СЭЗ получили территории «Алтай» (Алтайский край), «Выборг» (Ленинградская область), «Даурия» (Читинская область), «Зеленоград» (Московская область), «Кузбасс» (Кемеровская область), Ленинградская зона свободного предпринимательства (ЛЗСП), «Находка» (Приморский край), «Садко» (Новгородская область), «Янтарь» (Калининградская область). В 1999 г. создана ОЭЗ в Магаданской области.

В 2005 г. вступил в силу Федеральный закон от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации». Цель организации таких зон – создание благоприятных условий для привлечения инвестиций в отдельные регионы и отрасли экономики. ОЭЗ – это определенная часть территории РФ, на которой действует особый режим осуществления предпринимательской деятельности (ст. 2). Предусмотрено создание ОЭЗ двух типов:

– промышленно-производственные, в которых осуществляется деятельность по производству и (или) промышленной обработке товаров (продукции) и их реализация;

– технико-внедренческие, резиденты которых осваивают высокие технологии, занимаются созданием и реализацией научно-технической продукции, доведением ее до промышленного применения.

В зависимости от типа ОЭЗ различается круг лиц, которые вправе осуществлять предпринимательскую деятельность на этой территории в качестве резидентов. Резиденты ОЭЗ – коммерческие организации (за исключением унитарных предприятий), зарегистрированные в соответствии с российским законодательством на территории соответствующего муниципального образования и заключившие с органами управления ОЭЗ соглашение о ведении промышленно-производственной деятельности. Унитарные предприятия исключены из числа лиц, которые вправе осуществлять хозяйственную деятельность на территориях ОЭЗ в качестве резидентов, поскольку не являются собственниками закрепленного за ними имущества и не могут им распоряжаться. Индивидуальные предприниматели могут быть резидентами только технико-внедренческих ОЭЗ (ст. 9).

Иностранные юридические лица не могут быть резидентами ОЭЗ, поскольку установлено требование регистрации коммерческой организации в соответствии с законодательством РФ. Вложение иностранного капитала в объекты предпринимательской деятельности на территории ОЭЗ осуществляется посредством создания организаций с иностранными инвестициями, т. е. российского юридического лица, в состав участников которого входит иностранный инвестор. Чтобы стать резидентом ОЭЗ, коммерческая организация должна иметь место нахождения на территории, где будет осуществляться ее деятельность в качестве резидента.

В 2005–2006 гг. в Российской Федерации было создано шесть новых ОЭЗ – четыре технико-внедренческого типа (в Москве, Московской области, Санкт-Петербурге и Томской области) и две промышленно-производственного типа (в Липецкой области и Татарстане). Основные проблемы создания СЭЗ в России:

– неразработанная законодательная база;

– слишком большие размеры СЭЗ, что делает их непривлекательными для потенциальных инвесторов;

– незаинтересованность государства, проявляющаяся в недостаточном финансировании;

– криминализация данного вида деятельности;

– запутанные финансовые схемы, не позволяющие следить за перемещением капиталов;

– большинство созданных зон не действуют, а нормативные акты, регулирующие их деятельность, во многом противоречат действующему законодательству.

Тема 7
Международное договорное право

Ануфриева, Л. П. Международное частное право: учебник в 3 т. Т. 2: Особенная часть. М., 2000.

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

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Канашевский, В. А. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ предисл. А. Л. Маковского; сост. и научн. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2000.

Международное частное право: учебник для вузов/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2000.

7.1
Сделки международного характера. Международные коммерческие контракты

Международное договорное право – центральный институт Особенной части МЧП. В отечественной доктрине принята иная терминология для его обозначения – право внешнеэкономических сделок, международное коммерческое право, международное контрактное право. Термин «международное договорное право» применяется в зарубежной доктрине (Х. Кох, У. Магнус, П. Винклер фон Моренфельс).

Любая частно-правовая сделка, предусмотренная национальным правом, может быть связана с иностранным правопорядком. В доктрине такую сделку предлагается назвать «сделка международного характера». Критерий проявления «тесной связи с правопорядками двух или более государств» выступает квалифицирующим признаком сделки международного характера (Л. П. Ануфриева). С точки зрения МЧП, гражданско-правовые контракты, связанные с иностранным правопорядком, можно разделить на контракты международного характера и международные коммерческие контракты (внешнеторговые сделки). Специфика таких контрактов заключается в том, что они затрагивают правовое поле двух и более государств, в то время как внутренние контракты (хозяйственные договоры) лежат в сфере действия права одного государства.

Контракты международного характера заключаются на личном уровне, имеют разовый, нерегулярный характер и не оказывают влияния на международный торговый оборот. Унифицированное понятие «международный коммерческий контракт» в МЧП отсутствует. В законодательстве и доктрине употребляется различная терминология для обозначения этого понятия – внешнеэкономическая сделка, внешнеторговая сделка, международный торговый договор, международный контракт. Определение международного коммерческого контракта дается путем перечисления особенностей подобных сделок: «пересечение» товаров и услуг через границу, необходимость таможенного регулирования, использование иностранной валюты. Основным критерием международного коммерческого контракта считается «место нахождения коммерческих предприятий сторон в разных государствах»: Венская конвенция 1980 г., Гаагская конвенция 1986 г., Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге.

Основной вид международных коммерческих контрактов – договор международной купли-продажи товаров. По его образцу моделируются другие виды внешнеторговых сделок – подряд, дарение, хранение, страхование. Определенными особенностями и правовой спецификой отличаются встречные торговые сделки (бартерные сделки, встречные закупки, встречные поставки, приграничная и прибрежная торговля). Особый вид внешнеторговых сделок составляют компенсационные и кооперационные соглашения, которые предусматривают комплекс дополнительных мероприятий и заключаются в основном с участием государства. В отдельную группу внешнеторговых сделок можно выделить контракты, которые используются как способы финансирования основного обязательства, – финансовый лизинг, факторинг, форфейтинг.

7.2
Коллизионные вопросы международного договорного права

Общая генеральная коллизионная привязка договорных обязательств в МЧП – автономия воли сторон – это самая гибкая формула прикрепления, и ее применение в максимальной степени соответствует общему принципу свободы договора.

В основном законодательство предусматривает право неограниченного выбора применимого закона сторонами. Законы некоторых государств (Польша, США, Скандинавские страны) устанавливают «разумные» пределы автономии воли. Для ограничения пределов автономии воли используется доктрина «локализации» (общее ограничение свободы выбора права).

В теории права существует понятие «самодостаточный контракт», т. е. договор, исчерпывающе регулирующий все отношения сторон. Все спорные ситуации, которые возникают при выполнении этого договора, могут быть урегулированы на основе положений самого договора без обращения к нормам какого-либо права. На практике составить абсолютно не зависимый от национального права договор невозможно в силу существования императивных норм национального законодательства, которые не могут быть изменены договорным регулированием (А. Зеленин). К таким нормам относятся положения о сроке исковой давности, требования к форме сделки, возможность снижения судом неустойки в случае ее несоразмерности последствиям нарушения обязательства, правила о защите прав потребителей.

Российское право (ст. 1210 ГК РФ) предусматривает возможность неограниченной автономии воли сторон. Соглашение о выборе права может быть сделано как в момент заключения договора, так и в последующем; касаться как договора в целом, так и отдельных его частей. Выбор права сторонами, сделанный после заключения договора, имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения контракта.

Автономия воли сторон затрагивает прежде всего обязательственный статут отношения. Объем обязательственного статута – это сфера действия права, применимого к договору. Как правило, обязательственный статут составляют следующие вопросы (перечень открытый):

– толкование договора;
– права и обязанности сторон договора;
– исполнение договора;
– последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора;
– прекращение договора;
– последствия недействительности договора.

В настоящее время имеет место тенденция к расширению сферы действия обязательственного статута, который определяет исковую давность, основания взимания, порядок исчисления и размер процентов по денежным обязательствам, регулирует обязательства из неосновательного обогащения, возникающие в связи с приобретением имущества. В сферу действия обязательственного статута входят вопросы пресекательной давности, виды и суррогаты исполнения обязательств, зачет встречных требований, конкуренция исков, просрочка, обстоятельства и условия освобождения от ответственности, определение действительности договора по существу (вопросы «пороков воли»).

Сфера действия обязательственного статута в принципе не распространяется на вопросы «первичного» (личного и формального) и вещно-правового статутов. Из сферы действия обязательственного статута исключаются вопросы о требованиях, на которые не рас-

пространяется исковая давность (требования о возмещении вреда; требования, вытекающие из личных неимущественных прав).

Соглашение сторон о применимом праве направлено на определение права, применимого к договору. Предмет этого соглашения: выбор права, которым будут регулироваться как права и обязанности сторон по договору, так и иные элементы обязательственного статута. Заключение соглашения о применимом праве – не обязанность, а право сторон. Такое соглашение нельзя считать существенным условием договора. Его нельзя расценивать и как необходимое условие договора, связанного с иностранным правопорядком. Соглашение о применимом праве играет вспомогательную роль. Отношения, возникающие из основного договора, являются главными, а отношения в связи с соглашением о применимом праве имеют субсидиарный характер.

Некоторые национальные и международно-правовые акты закрепляют право сторон договора изменять соглашение о применимом праве для целей судебного разбирательства. Контрагенты в любое время могут условиться, что к договору применяется иное право, нежели то, относительно которого стороны договорились ранее (ст. 27.2 Вводного закона к ГГУ). Аналогичное правило установлено в Римской конвенция 1980 г. (п. 2 ст. 3).

Оптимальный вариант для международных коммерческих контрактов – совпадение коллизионной (соглашение о применимом праве) и процессуальной (пророгационное или арбитражное соглашение) оговорок. Оно позволяет избежать многих трудностей, затрат и расходов, с которыми неизбежно связано применение иностранного права.

Даже в случае недействительности основного контракта соглашение о применимом праве считается действительным. В противном случае возникает «порочный круг: суд обязан применять право, избранное сторонами, но не может этого сделать в силу недействительности договора, в текст которого включено соглашение о применимом праве, а подлежащее применению право, определенное с помощью иных коллизионных норм, не дает оснований для признания основного договора недействительным» (М. Г. Розенберг).

Римская конвенция 1980 г. закрепляет, что существование и действительность основного контракта или любого его условия определяются по праву, которое явилось бы применимым в силу Конвенции, если бы контракт или его условие являлись действительными (п. 1 ст. 8). В комментариях к Конвенции отмечено, что эта норма позволяет не принимать во внимание утверждение, что даже при наличии соглашения о применимом праве никакое право не может быть признано применимым, пока контракт не признан действительным. Стороны могут выбирать применимое право, даже если еще не решен вопрос о действительности контракта, т. е. они способны «вытащить самих себя за ремешки собственных ботинок» (П. Норт).

Аналогичный подход закреплен в национальном законодательстве (ст. 27, 31 Вводного закона к ГГУ).

При отсутствии соглашения сторон применимое право устанавливается судом на основании соответствующих коллизионных норм. Современное коллизионное регулирование договорных отношений основано на принципе наиболее тесной связи, который закреплен в Римской конвенции 1980 г., в Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам (1994 г.), в национальном законодательстве: «Обстоятельства дела, соприкасающиеся с заграницей, рассматриваются в частно-правовом отношении согласно тому правопорядку, с которым (у них) присутствует наиболее прочная связь… Отдельные правила о применимом правопорядке рассматриваются как выражение данного принципа» (ст. 1 Закона о МЧП Австрии). Принцип наиболее тесной связи в формулировке австрийского Закона является общей основой по вопросу установления применимого права ко всей области частно-правовых отношений (Г. Б. Испаева).

Принцип наиболее тесной связи в современном законодательстве устанавливается в форме доктрины характерного исполнения (применение права места жительства, обычного места пребывания, места нахождения лица, исполняющего обязательство, характерное для данного договора). Эта доктрина впервые была закреплена в Законе о МЧП Чехословакии.

В российском законодательстве значительное число коллизионных норм основано на принципе применения «права страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано». Положения ст. 1211 ГК РФ являются базовыми для всех договорных обязательств и имеют характер общего правила при разрешении коллизионных вопросов.

В качестве общего правила для всех договоров презюмируется их наиболее тесная связь со страной места жительства или основного места деятельности стороны, осуществляющей «решающее исполнение» (п. 2 ст. 1211 ГК РФ). В качестве презумпции второго порядка указывается, какую именно сторону договора (19 видов договоров – п. 3 ст. 1211) следует считать предоставляющей исполнение, которое имеет «решающее значение для содержания договора» (А. Л. Маковский). В частности, применимым правом в договоре финансирования под уступку денежного требования является право страны основного места деятельности или места жительства финансового агента, в договоре банковского вклада и договоре банковского счета – право страны банка, в агентском договоре – право страны агента, в договоре коммерческой концессии – право страны правообладателя.

Для отдельных видов договоров предусматривается использование специальных норм (п. 4 ст. 1211). Общая презумпция не применяется, если не может быть установлено характерное исполнение. Специальные презумпции предусмотрены для договоров строительного подряда, выполнения проектных и изыскательских работ, простого товарищества и договора, заключенного на бирже, аукционе и по конкурсу. Такие договоры не подпадают под действие доктрины характерного исполнения, и принцип наиболее тесной связи рассматривается вне связи с этой доктриной.

В российском законодательстве принцип наиболее тесной связи закреплен и в специальных коллизионных нормах с «жесткой» привязкой. Общая и специальные презумпции не применяются, если очевидно, что договор более тесно связан с другой страной. ГК РФ предусматривает возможность отступить от общей и специальной презумпций: установленное коллизионное правило применяется, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела (М. П. Бардина).

Специальные коллизионные нормы договорных обязательств:

– потребительские договоры – право места жительства потребителя (п. 2 ст. 1212);

– договоры, предметом которых является недвижимость, – право места нахождения недвижимого имущества (п. 1 ст. 1213);

– договор о создании юридического лица с иностранным участием – право страны, в которой согласно договору подлежит учреждению юридическое лицо (ст. 1214);

– договор об уступке требования – право страны цедента (ст. 1216 ГК РФ).

В отношении договоров, не предусмотренных в ГК РФ (непоименованных – консигнация, дистрибьюция, франчайзинг), вопрос должен решаться по аналогии с коллизионным регулированием поименованных договоров. Установление применимого права к дистрибьюторскому договору возможно по аналогии с агентским договором, к договору консигнации – по аналогии с договором комиссии (Н. Г. Вилкова).

7.3
Коллизионные вопросы формального статута сделок международного характера

Формальный статут договора предполагает самостоятельное коллизионное регулирование. Коллизионные проблемы связаны с тем, что форма международного коммерческого контракта не унифицирована. В разных государствах к ней предъявляются разные требования (устная, простая письменная, нотариально заверенная, «договоры за печатью»).

Коллизионные нормы о форме сделки отличаются императивным характером и особой структурой – они предполагают кумуляцию коллизионной привязки (форма сделки подчиняется праву места ее совершения, но в случае его расхождения с местным правом достаточно соблюдения требований местного права). Тенденция современного МЧП – подчинение вопросов формального статута общему статуту договора: «Договор действителен с точки зрения формы, если она удовлетворяет требованиям права, применимого к договору, или права места заключения договора… Когда правом, применимым к договору, в целях охраны интересов одной из сторон предусмотрена строго определенная форма, форма договора подчиняется исключительно праву, применимому к договору, если только этим правом не допускается применение другого права» (ст. 124.1 Закона о МЧП Швейцарии).

В законодательстве большинства государств существуют специальные императивные коллизионные нормы о форме и порядке подписания сделок, нарушение которых является основанием для оспоримости контракта. Как правило, особая форма предусмотрена для внешнеэкономических сделок: «Внешнеэкономический договор, если хотя бы одной стороной является гражданин Украины или юридическое лицо Украины, заключается в письменной форме независимо от места его заключения, если иное не установлено законом или международным договором Украины» (ст. 31.3 Закона о МЧП Украины).

Попытка унифицировать форму и порядок подписания внешнеторговых контрактов предпринята в Венской конвенции 1980 г. Допускается заключение международных торговых контрактов в устной форме, но Конвенция содержит норму «правила о заявлении» – право государств-участников решать этот вопрос в соответствии со своим национальным законодательством.

В российском законодательстве предусмотрена обязательная простая письменная форма внешнеторговых сделок, хотя бы одной из сторон которых выступают российские юридические лица. Несоблюдение простой письменной формы представляет собой основание ничтожности сделки (по российскому праву). Статья 1209 ГК РФ устанавливает примат российского права по отношению к форме внешнеторговой сделки.

Форма доверенности регулируется правом места ее составления либо правом, применимым к договору (lex causae): «По форме документ, подтверждающий полномочия представителя, является действительным, если он признается таковым правом, регулирующим существо обязательства, или правом государства, на территории которого данный документ составлен» (ст. 60 Закона о реформе МЧП Италии).

По российскому законодательству форма, срок действия и основания прекращения доверенности на подписание сделки международного характера определяются правом страны, где выдана доверенность (ст. 1217 ГК РФ). Невозможно признать доверенность недействительной, если она выдана за границей, но по форме соответствует требованиям российского права.

К обязательствам, возникающим из односторонних сделок, применяется право страны места жительства или основного места деятельности стороны, принимающей на себя обя-

зательства по односторонней сделке (ст. 1217 ГК РФ). Данная норма имеет диспозитивный характер – может применяться и иной правопорядок, если это вытекает из закона, условий, существа сделки, совокупности фактических обстоятельств дела. В законодательстве других стран применяется привязка к праву места совершения сделки: «Одностороннее обязательство регулируется правом государства, на территории которого оно было сделано» (ст. 59 Закона о реформе МЧП Италии).

Действительность договора с точки зрения формы по праву одного государства и недействительность по праву другого иногда используется в качестве самостоятельно критерия: из двух или более коллодирующих правопорядков предпочтение должно быть отдано тому, в силу которого данная сделка должна быть признана действительной (принцип «благоприятствования сделке» – favor negotii). Наиболее широкое распространение этот принцип получил в практике США; он считается одним из основных начал МЧП США. Применение данного принципа целесообразно в качестве альтернативной привязки при определении формы сделки. В законодательстве многих стран закреплено, что если сделка не соответствует по форме праву места ее заключения, но соответствует закону суда, она признается действительной с точки зрения формы (ст. 1209 ГК РФ).

7.4
Унификация правового регулирования международных коммерческих контрактов

Различия в нормах национальных правовых систем, применяемых к внешнеторговым сделкам, осложняют процесс заключения и исполнения международных коммерческих контрактов. Устранение этих препятствий путем создания единообразного правового режима способствует успешному развитию международной торговли. В этом плане огромную роль играют международные организации (ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА).

В рамках ЮНСИТРАЛ подготовлена Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров (Нью-Йорк, 14 июня 1974 г.). В Конвенции определены контрактные сроки исковой давности (сокращенные по сравнению с национальными), их начало, течение, перерыв и истечение. В 1980 г. Конвенция дополнена Протоколом в связи с принятием Венской конвенции 1980 г. В 1964 г. были приняты разработанные под эгидой УНИДРУА Конвенция о единообразном законе о заключении договоров о международной купле-продаже товаров (г. Гаага, 1 июля 1964 г.) и Гаагская конвенция 1986 г., не получившие широкого признания. В целях унификации международно-правового регулирования международной торговли государства – участники Венской конвенции 1980 г. обязаны денонсировать Гаагские конвенции 1964 г.

Международной унификацией коллизионных норм в основном занимается Гаагская конференция по МЧП. Гаагская конвенция 1986 г. дополняет Венскую конвенцию 1980 г. Сфера действия Гаагской конвенции 1986 г. – международные коммерческие контракты, стороны которых имеют коммерческие предприятия на территории разных государств. Конвенция 1986 г. закрепляет генеральную коллизионную привязку внешнеторговых контрактов – автономия воли сторон, явно выраженная или прямо вытекающая из условий сделки и поведения сторон. Конвенция устанавливает право «дополнительной и частной автономии воли». Стороны вправе изменить оговорку о применимом праве после заключения контракта. При отсутствии соглашения сторон применяется закон страны продавца как субсидиарная коллизионная привязка.

Вопросы международной торговли урегулированы в региональных международных соглашениях. Римская конвенция 1980 г. закрепляет принцип неограниченной воли сторон, явно выраженной или с «разумной определенностью» вытекающей из условий контракта или обстоятельств дела. Конвенция предусматривает возможность ограничения свободы выбора права сторонами на основании презумпции «наиболее тесной связи» и содержит унифицированные коллизионно-правовые нормы для выбора применимого права по обязательствам из международных коммерческих контрактов.

В Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам (1994 г.), дано определение международных контрактов. Автономия воли является первоосновой выбора права, генеральной коллизионной привязкой любых обязательств из международных контрактов. В Конвенции закреплены унифицированные коллизионно-правовые нормы регионального международного договорного права.

Следует упомянуть и универсальные конвенции, регулирующие частные вопросы международной купли-продажи и иные внешнеэкономические сделки: Женевская конвенция об агентировании при международной купле-продаже товаров (1983 г.), Оттавские конвенции УНИДРУА о международном факторинге и международном финансовом лизинге (1988 г.).

7.5
Международный торговый обычай

В международных коммерческих контрактах широко применяются международные обычаи. В МЧП выделяют особую категорию правовых обычаев – обычаи делового оборота.

Обычай делового оборота – это «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе» (ст. 5 ГК РФ). В постановлении Пленумов ВС РФ и ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» указывается, что обычай делового оборота – это «не предусмотренное законодательством или договором, но сложившееся, то есть достаточно определенное в своем содержании, широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, например, традиции исполнения тех или иных обязательств».

Среди обычаев делового оборота выделяется международный торговый обычай. Международный торговый обычай – это единообразное правило поведения, сложившееся в практике международной торговли. Правило поведения можно квалифицировать как международный торговый обычай:

– это устойчивая, регулярная, освоенная, единообразная практика международной торговли;

– признание в качестве правовой нормы, т. е. санкционирован юридически обязательный характер.

Разрешение спора из международных коммерческих контрактов на основе торговых обычаев предусмотрено во многих национально-правовых и международно-правовых актах: «Третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке» (п. 3 ст. 28 Закона РФ о МКА). При разрешении дела «арбитры будут руководствоваться положениями контракта и торговыми обычаями» (п. 1 ст. VII Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (1961 г.).

Обычай относится к устной категории источников права. Устная форма порождает различное толкование торговых обычаев и является основным недостатком их использования (В. А. Канашевский). Необходимо отметить, что практически все международные и национальные правовые обычаи фиксируются в письменной форме (в судебной и арбитражной практике, путем установления обычных терминов проформ и типовых контрактов, в сборниках сведений о торговых обычаях, в «сводах» торговых обычаев, в частных неофициальных кодификациях международных обычаев).

Систематизацию обычаев делового оборота и международных торговых обыкновений в целях их единообразного толкования осуществляет МТП. Письменные сборники МТП (правила унифицированного толкования) не имеют самостоятельной юридической силы, однако могут опережать формирование обычая и приобретать по отношению к обычаям относительно самостоятельный статус. Процесс формирования торговой практики на основании рекомендаций МТП можно обозначить как «сознательное формирование обычаев» (И. С. Зыкин).

В практике международной торговли применяются Условия страхования грузов, разработанные Объединением лондонских страховщиков. Российское законодательство устанавливает, что условия, на которых заключается договор страхования, могут быть определены в стандартных правилах страхования, принятых страховщиком либо объединением страховщиков (п. 1 ст. 943 ГК РФ). В договоре должна быть ссылка на эти правила, сами правила должны быть изложены в одном документе с договором либо приложены к нему.

По российскому законодательству обычаи делового оборота применяются только в той части, в которой они не противоречат нормам гражданского законодательства (императивным и диспозитивным) или договору (ст. 5, п. 5 ст. 421 ГК РФ). В отечественной доктрине отмечается, что применительно «к отношениям по договору международной купли-продажи следовало бы исходить из приоритета обычая делового оборота над диспозитивной нормой закона» (М. Г. Розенберг).

Во многих нормативных правовых актах подчеркивается «связанность» субъектов контракта обычно-правовыми нормами: «Если в договоре использованы принятые в международном обороте торговые термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, обозначенных соответствующими торговыми терминами» (п. 6 ст. 1211 ГК РФ). Международный торговый обычай применяется к отношениям сторон как диспозитивная правовая норма, т. е. независимо от ссылки на него в контракте (п. 1 ст. 9 Венской конвенции 1980 г.).

7.6
Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (Инкотермс)

Торговые термины (типы договоров) на протяжении длительного времени складывались в практике и в конце концов приобрели качество обычаев международной торговли (Л. А. Лунц). В законодательстве некоторых государств закреплены базисные условия поставки с указанием терминов ФОБ, ФАС, СИФ (ЕТК США, Закон Франции о фрахтовании и морской торговле (1969 г.). Толкование одних и тех же терминов отличается (например, условие ФАС в российской практике понимается как «свободно вдоль борта судна», во Франции – как «франкостанция» и «франкограница»). Условие FOB по ЕТК США толкуется как «FOB место отгрузки» и «FOB место назначения».

Во второй половине 20-х гг. XX в. МТП опубликовала сведения о принятых в 18 странах торговых терминах (Trade Terms). В 1936 г. были приняты ICC Rules for the Interpretation of Trade Terms (Инкотермс). В 1953 г. Инкотермс пересмотрены Комитетом по международным торговым терминам. Дополнения и изменения вносились в 1967, 1976 и 1980 гг. Коренной пересмотр Инкотермс осуществлен в 1990 г.

Основная причина этих последовательных пересмотров – необходимость адаптировать Правила к современной коммерческой практике. В настоящее время действуют Инкотермс2000. Стороны международного коммерческого контракта по своему желанию вправе использовать любую редакцию Правил. При разработке Инкотермс-2000 по возможности применялись формулировки Венской конвенции 1980 г. (толкование выражений «грузоотправитель», «поставка», «передача товара», «сборы»).

В Инкотермс-2000 особое внимание обращено на то, какое условие поставки следует использовать в договоре при перевозке тем или иным видом транспорта. Все термины подразделены на группы:

1) условия поставки, применяемые при перевозке грузов любым видом транспорта (железнодорожным, автомобильным, воздушным, морским, внутренним водным, смешанная перевозка), – EXW, FCA, CPT, CIP, DAF, DDU, DDP;

2) условия поставки, применяемые при перевозке грузов только морским или внутренним водным транспортом (условия, в которых использованы выражения «порт отгрузки» и «порт назначения»), – FAS, FOB, CFR, DES, DEQ.

В Инкотермс-2000 используется выражение «обычный срок» вместо привычного «разумный» (условие EXW, условия группы C). Термин «обычный» представляется более удачным, так как во многих случаях достаточно легко определить, какая практика является «обычной» для международной торговли. Эта практика может играть роль руководства. Термин «разумный» определить значительно сложнее, поскольку он требует оценки не с точки зрения торговой практики, а с точки зрения принципа справедливости и доброй совести.

Под терминами, толкование которых дано в Инкотермс, понимаются типы договоров международной купли-продажи, основанные на фиксированном распределении прав и обязанностей торговых партнеров. Сфера действия Инкотермс ограничена определением прав и обязанностей сторон по договору купли-продажи движимых материальных вещей (Инкотермс-2000 уточняют, что Правила не применяются при купле-продаже «нематериальных» товаров). Правила толкования относятся только к договору купли-продажи, хотя на практике между сторонами имеет место взаимосвязанная система различных договорных отношений – договоры перевозки, страхования, таможенного брокера, финансирования.

Инкотермс не относятся к договору перевозки, однако использование определенного термина имеет значение не только для купли-продажи, но и для других обязательств. Например, заключение договора на условиях CFR или CIF предполагает только морскую (реже – внутреннюю водную) перевозку, так как продавец обязан представить покупателю коносамент или иной морской транспортный документ.

Инкотермс регулируют строго определенные обязательства сторон: обязанность продавца передать товар в распоряжение покупателя, передать его перевозчику или доставить в пункт назначения; распределение риска между сторонами. Правила регламентируют обязанности сторон по таможенной очистке товара, его упаковке, обязанность покупателя принять поставку и подтвердить выполнение обязательств продавца. Большое количество вопросов, имеющих значение для договора купли-продажи (передача права собственности и других вещных прав, последствия нарушения договора, возможность освобождения от ответственности), остаются вне сферы действия Инкотермс. Правила не предназначены для полной замены всех условий договора купли-продажи.

Термины Инкотермс исходят из того, что риск утраты или повреждения товара переходит на покупателя с момента выполнения продавцом его обязанности по поставке товара. Инкотермс увязывают переход риска с передачей товара и не связывают его с иными обстоятельствами – с переходом титула (права собственности) или с моментом заключения договора. Ни Инкотермс, ни Венская конвенция 1980 г. не регламентируют вопросы перехода права собственности или иных вещных прав, связанных с товаром. Если момент перехода права собственности в договоре специально не установлен, каждая сторона определяет его по нормам своего национального законодательства.

Инкотермс содержат толкования 13 торговых терминов, фиксирующих права и обязанности сторон по каждому типу договоров:

1) права и обязанности контрагентов по перевозке и страхованию товара, обеспечению его надлежащей упаковки, выполнению стивидорных работ, распределение дополнительных расходов, возникающих в процессе перевозки;

2) права и обязанности контрагентов по выполнению таможенных формальностей (таможенная очистка – уплата таможенных пошлин и сборов, осуществление необходимых действий для таможенного оформления ввоза или вывоза товаров), по получению экспортных и импортных лицензий, по транзиту товара через третьи страны;

3) момент перехода риска с продавца на покупателя в случае гибели или повреждения товара в период транспортировки;

4) порядок извещения покупателя о поставке товара и предоставления ему транспортных документов.

В Инкотермс определенные типы договоров формулируются в зависимости от условий транспортировки товаров, перехода рисков, таможенных обременений, т. е. тип договора сводится к типу условий, на которых он совершается: 1) группа «E» (отправление); 2) группа «F» (основная перевозка не оплачена); 3) группа «C» (основная перевозка оплачена); 4) группа «D» (прибытие). Все условия поделены на четыре категории в зависимости от степени участия и ответственности продавца за обременения:

1. Группа «E» (отправление): EXW (франко-завод). Это наименее обременительное для продавца и наиболее обременительное для покупателя условие. Продавец должен в срок передать товар покупателю на предприятии-изготовителе или вблизи от него. Применяется при перевозке любым видом транспорта, включая смешанные перевозки.

2. Группа «F» (основная перевозка не оплачена): а) FCA (франко-перевозчик); б) FAS (франко вдоль борта); в) FOB (франко-борт). Определяющий момент – обязанность продавца поставить товар до транспортных средств, указанных покупателем, без обязанности организовывать перевозку. Применение: FCA – любой вид транспорта (включая смешанные пере-

возки), воздушный, железнодорожный; FAS и FOB – морской и внутренний водный транспорт.

3. Группа «C» (основная перевозка оплачена): а) CFR (более привычное, традиционное выражение – C&F или C+F) – стоимость и фрахт; б) CIF – стоимость, страхование и фрахт; в) CPT – фрахт/перевозка оплачены до…; г) CIP – фрахт/перевозка и страхование оплачены до… Основная обязанность продавца – заключение договора перевозки без несения риска утраты или повреждения груза после погрузки товара на зафрахтованное судно. Применение: CPT и CIP – любой транспорт, включая смешанный; CFR и CIF – морской и внутренний воздушный транспорт.

Договоры на условиях групп «F» и «C» представляют собой договоры отгрузки (отправки). Со страхованием связаны условия CIF и CIP (продавец обязан обеспечить страхование в пользу покупателя).

4. Группа «D» (прибытие): а) DAF (франко-граница); б) DES (франко с судна); в) DEQ (франко с пристани); г) DDU – доставлено без оплаты пошлины; д) DDP (франкос-клад). Это наиболее обременительные для продавца условия – он несет все затраты и риски, связанные с доставкой груза в пункт назначения. Применение: DAF, DDU и DDP – любой транспорт, включая смешанные перевозки; DES и DEQ – морской и внутренний водный, воздушный транспорт. Условия группы «D» представляют собой договоры прибытия.

Инкотермс не требуют какого-либо формального присоединения к ним. По законодательству многих государств (Испания, Ирак, Украина – всего около 50 стран) этот документ обязателен для применения ко всем импортным операциям. Австрия, Франция, Германия расценивают Инкотермс как правовой обычай, который применяется, если стороны не оговорят иное. В Польше Инкотермс имеет силу торгового обычая. Доктрина Англии и США полагает, что Инкотермс – это свод торговых обыкновений. Международная арбитражная практика идет по пути использования Инкотермс независимо от наличия или отсутствия в контракте ссылки на них. Встречаются случаи, когда стороны, согласовывая условие о применимом праве, ссылаются на Инкотермс (Н. Г. Вилкова).

На основании Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 53401 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации» правление ТПП РФ в постановлении от 28 июня 2001 г. объявило Инкотермс2000 торговым обычаем. В п. 6 ст. 1211 ГК РФ предусматривается: если в договоре использованы принятые в международном обороте термины, при отсутствии в договоре иных указаний считается, что сторонами согласовано применение к их отношениям обычаев делового оборота, обозначаемых соответствующими торговыми терминами.

Договорная практика российских предприятий свидетельствует об использовании Инкотермс во внутренних договорах поставки.

В начале 80-х гг. XX в. выявилась необходимость дополнить Инкотермс предоставлением сторонам возможности использовать электронные эквиваленты бумажных документов. В 1987 г. были приняты Унифицированные правила поведения для международного обмена коммерческими данными путем телекоммуникаций. В редакции Инкотермс-1990 положение об обязанности продавца представить доказательства поставки включает возможность заменить бумажную документацию электронными сообщениями, если стороны договорились об электронной связи.

В 1990 г. Международный морской комитет представил Правила для электронных коносаментов. Право контроля над товаром и его передачи, как и любое иное право, требует наличия личного кода (Private Key), который перевозчик сообщает грузоотправителю после принятия товара. Правила определяют три стороны правоотношения – перевозчик, грузоотправитель (первый держатель) и грузополучатель (второй или последующий держатель). Выражая согласие на применение Правил, стороны соглашаются не выдвигать в качестве защиты довода о необходимости заключить договор в письменной форме.

7.7
Роль lex mercatoria в правовом регулировании международных коммерческих контрактов

Понятие «lex mercatoria» используется для обозначения всего существующего массива национального и международного регламентирования внешнеторговых отношений, т. е. глобальное осмысление правил международной торговли. Lex mercatoria – это автономный правопорядок, самостоятельная правовая система, которая создается не государством и не группой государств, а непосредственно субъектами международной торговли (С. В. Бахин), международное коммерческое право, объединяющее нормы прямого действия и устраняющее a priori коллизию между правовыми системами разных государств (Н. Ю. Ерпылева). Критерий включения каких-либо актов в lex mercatoria – возможность и целесообразность их применения в международном коммерческом обороте.

Основные инструменты lex mercatoria разрабатываются в рамках международных организаций. Доктрина в основном рассматривает lex mercatoria как «квазиправовое регулирование». Предписания lex mercatoria не подлежат принудительному исполнению, т. е. обязывают стороны не сами по себе, а лишь становясь частью контрактных условий (С. В. Бахин). По своей природе lex mercatoria является системой негосударственного регулирования международной торговли.

Главенствующую роль в формировании lex mercatoria играют международные организации.

В 1983 г. ЮНСИТРАЛ приняла Единообразные правила о договорных условиях согласования суммы, причитающейся в случае неисполнения обязательства. Это унифицированная формула, объединяющая различные подходы к правовой квалификации неустойки (концепции «заранее исчисленных убытков» в англо-американском праве и «штрафной» неустойки в континентальном праве). В 1988 г. опубликовано Правовое руководство по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов. В 1992 г. разработано Правовое руководство по международным встречным торговым сделкам; его цель – оказать содействие сторонам, заключающим встречные сделки. В 1996 г. принят Типовой закон по электронной торговле, который призван создать благоприятные условия для использования современных средств коммуникаций и хранения информации, электронного обмена информацией, электронной почты и факсимильной связи.

В рамках УНИДРУА разработано Руководство по организации международной сети коммерческой концессии (франчайзинга), в рамках ОЭСР – Руководящие принципы для многонациональных предприятий, в рамках МОТ – Принципы многонациональных предприятий и социальной политики, в рамках ООН – Комплекс справедливых принципов и норм для контроля за ограничительной деловой практикой и многочисленные кодексы поведения (Международный кодекс рекламной практики, Кодекс поведения линейных конференций, Кодекс поведения для ТНК, Кодекс поведения в области передачи технологии).

МТП составлены своды единообразных правил: Инкотермс, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов; приняты образцы договора международной купли-продажи, агентского и дистрибьюторского договоров, договоров франчайзинга и случайного посредничества. Типовые проформы соглашений, предлагаемые МТП, представляют собой рекомендации по выбору условий внешнеторгового контракта.

Ссылка в контракте на международные своды принципов, обычаев делового оборота и торговых обыкновений в определенной степени исключает международный коммерческий

контракт из сферы действия национального права. Включенные в соглашения условия становятся положениями контракта (ст. 1, 421, 422 ГК РФ) и стоят в иерархии правовых норм выше диспозитивных норм права.

7.8
Принципы международных коммерческих контрактов

В 1994 г. Административный совет УНИДРУА утвердил Принципы международных коммерческих контрактов (Принципы УНИДРУА). В 2004 г. была принята новая редакция Принципов. Многие ученые считают этот документ материализацией концепции lex mercatoria (С. В. Бахин). Принципы УНИДРУА призваны заменить бессистемный конгломерат различных регуляторов и материализовать в доступном виде концепцию lex mercatoria (Н. Ю. Ерпылева). В западной доктрине Принципы отождествляются с lex mercatoria. Принципы основаны на транснациональном подходе – они не принадлежат ни к какому национальному порядку, не отражают правила и принципы какой-либо национальной системы права и сформулированы для глобального применения к международным контрактам.

Принципы устанавливают «общие нормы для международных коммерческих контрактов» и основаны на общих принципах права цивилизованных народов, наиболее приспособленных для особых потребностей международной торговли. Принципы УНИДРУА – это детализированная система норм общего договорного права, регулирующая вопросы заключения, действительности, толкования, содержания, исполнения и последствий неисполнения международных коммерческих контрактов независимо от национальных правовых традиций (А. Смитюх). Принципы могут применяться:

– если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этими Принципами;

– когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», «lex mercatoria» или аналогичными положениями;

– когда стороны не выбрали никакого закона, чтобы регулировать их контракт;

– чтобы интерпретировать или пополнить международное общепринятое право;

– для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов;

– в качестве модели для национального и международного законодательства.

Принципы УНИДРУА закрепляют свободу договора, его добросовестность и обязательность, формулируют специфические условия международных коммерческих контрактов, разрешают противоречие между стандартными и неожиданными условиями и проблему конфликта проформ, устанавливают возможность наличия подразумеваемых обязательств. Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

Принципы УНИДРУА изначально не планировались как обязательный для применения инструмент (А. В. Кукин). Стороны в любой момент вправе отказаться от их применения, изменить содержание любого положения. Однако некоторые императивные положения не могут быть отменены или изменены. Здесь прежде всего имеются в виду добросовестность и честная деловая практика в международных коммерческих отношениях. Критерий добросовестности предопределяет решение целого ряда вопросов (А. Смитюх):

– признания договора недействительным вследствие существенной ошибки одной стороны, о которой было известно другой стороне (ст. 3.5);

– признания договора недействительным вследствие обмана (ст. 3.8);

– признания договора недействительным вследствие существенного неравенства условий договора, когда одна сторона получает чрезмерное и неоправданное преимущество за счет другой (ст. 3.10);

– оговорки об ограничении ответственности (ст. 7.1.6).

В Принципах УНИДРУА 2004 г. расширен круг регламентируемых вопросов, включая те, которые регулируются императивными нормами национального законодательства

(зачет требований, уступка требований, исковая давность). Редакция 2004 г. содержит пять новых глав, устанавливает новые условия о непоследовательном поведении, приспособлена к потребностям заключения контрактов в электронной форме.

На основе Принципов УНИДРУА в 1995 г. были разработаны Принципы европейского контрактного права (Европейские принципы). Этот документ разработан в рамках подготовки общеевропейского кодекса частного права. Сфера действия Европейских принципов – международные сделки и сделки «внутреннего» характера. Европейские принципы – это общие правила договорного права, применяемые к любым сделкам, включая потребительские. Принципы имеют статус «мягкого права», их принудительное соблюдение государством не обеспечивается. Статья 1 указывает, что Принципы предназначены для применения в качестве общих правил договорного права ЕС. Европейские принципы применяются, если стороны:

– согласились включить их в договор или согласились, что договор будет регулироваться Европейскими принципами;

– согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, lex mercatoria или иными аналогичными положениями;

– не избрали какую-либо систему или правила законодательства для урегулирования их договора.

Европейские принципы устанавливают: если объективно применимое к договору право это допускает, стороны могут договориться не только о применении Принципов к их договору, но и о том, что не будут применяться национальные императивные нормы.

Независимость от национальных правовых систем, использование общих норм права и абстрактных юридических формул позволяют оценить Принципы УНИДРУА и Европейские принципы как своеобразные кодексы универсального и регионального международного договорного права.

7.9
Договор международной купли-продажи товаров

Договор международной купли-продажи товаров представляет собой основной вид международных коммерческих контрактов. Предмет договора международной купли-продажи товаров – движимые материальные вещи. В настоящее время международная купля-продажа регулируется в основном посредством унифицированных международных материально-правовых норм.

Венская конвенция 1980 г. – основной международно-правовой документ, регламентирующий международную куплю-продажу в современном торговом обороте. Отношения, не урегулированные Конвенцией, могут регламентироваться посредством обычаев, в отношении которых стороны договорились, и подразумеваемых обычаев (обычай, о котором стороны знали или должны были знать, который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами в договорах подобного рода).

Пробелы Конвенции восполняются путем применения:

– общих принципов, на которых основана Конвенция;

– права, применимого в силу норм международного частного права (ст. 7).

Сфера применения Венской конвенции 1980 г. – договоры купли-продажи товаров между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах. Нахождение коммерческих предприятий в разных государствах не принимается во внимание, если это не вытекает из договора, или деловых отношений, или обмена информацией между сторонами. Для применения Конвенции не имеет значения национальная принадлежность сторон, их гражданский или торговый статус, гражданский или торговый характер договора (ст. 1). В ст. 2 дан перечень видов купли-продажи, к которым Конвенция не применяется: купля-продажа товаров для личного потребления, ценных бумаг, акций и денег, судов водного и воздушного транспорта, электроэнергии.

Конвенция регламентирует:

– понятие договора международной купли-продажи товаров;

– порядок заключения договора между отсутствующими;

– форму договора международной купли-продажи товаров;

– содержание прав и обязанностей продавца и покупателя;

– ответственность сторон за неисполнение или ненадлежащее исполнение договора.

Конвенция устанавливает порядок заключения международного коммерческого контракта между «отсутствующими». Момент заключения контракта основан на «доктрине получения»: оферта вступает в силу, когда она получена ее адресатом, а договор считается заключенным в момент, когда вступает в силу акцепт оферты (ст. 15, 23). Место заключения контракта также определяется в соответствии с доктриной получения – это место получения акцепта (ст. 18).

Оферта – это предложение, адресованное одному или нескольким лицам, если такое предложение достаточно определенно и выражает намерение оферента считать себя связанным в случае акцепта. *Акцепт* – заявление или иное поведение адресата оферты, выражающее согласие с офертой. Конвенция определяет, когда ответ на оферту, содержащий дополнительные или отличительные условия, может считаться акцептом; устанавливает понятие встречной оферты (ст. 18–22).

Конвенционные требования к форме сделки учитывают международную практику не связывать стороны жесткими требованиями о форме договора. Договор купли-продажи может заключаться и в письменной, и в устной форме. Факт договоренности может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания (ст. 11). Конвенция закреп-

ляет «правила о заявлении»: государство-участник, национальное законодательство которого требует письменной формы договора, в любой момент может сделать заявление об обязательном соблюдении такой формы, если одна из сторон контракта расположена на его территории (ст. 12, 96). Это положение является одной из немногих норм Конвенции, имеющих императивный характер.

Многие положения Конвенции основаны на обращении к национальному законодательству:

– формальные требования, предъявляемые к договору (ст. 12, 96);

– возможность получения решения суда об исполнения обязательства в натуре (ст. 28);

– возможность заключения договора без прямого или косвенного указания цены (ст. 55).

Вопросы, прямо не урегулированные в Конвенции, решаются в соответствии с общими принципами, на которых она основана (М. Г. Розенберг):

– свобода договора;

– диспозитивность положения Конвенции;

– добросовестность в международной торговле;

– презумпция действия торгового обычая;

– связанность сторон устойчивой практикой их взаимоотношений;

– сотрудничество при исполнении обязательств;

– критерий «разумности»;

– возможность требовать реального исполнения обязательства с приоритетом эквивалентного возмещения;

– разграничение нарушений на существенные и несущественные.

В доктрине высказывается мнение, что оптимальный способ восполнения этих пробелов Венской конвенции – применение Принципов УНИДРУА. Они в меньшей мере обусловлены различиями национальных правовых систем, что позволило урегулировать некоторые вопросы, либо полностью исключенные из сферы действия Конвенции, либо недостаточно полно регламентированные (А. В. Кукин). Для устранения пробелов в Венской конвенции могут быть использованы ч. 1 и 2 ст. 7.4.9 о процентах годовых при неплатеже, ст. 7.4.12 о валюте исчисления убытков. Принципы могут облегчить задачу судей и арбитров при определении критериев толкования Венской конвенции. Критерии существенных нарушений договора (ст. 7.3.1) могут быть использованы для толкования соответствующего термина в ст. 25 Конвенции.

Принципы УНИДРУА прямо регулируют ситуацию, когда стороны используют стандартные условия при заключении договора. Стандартные условия – это положения, подготовленные одной стороной предварительно для общего и неоднократного использования и фактически применяемые без переговоров с другой стороной (ст. 2.19.2). При использовании стандартных условий одной или обеими сторонами применяются общие нормы о заключении договора (ст. 2.19.1).

Если стороны достигли соглашения помимо их стандартных условий, договор считается заключенным на основе согласованных условий и любых иных стандартных условий, которые совпадают друг с другом по существу (доктрина «нокаута»). Противоречащие условия исключают друг друга. Суд при рассмотрении дела должен определить и применить наиболее подходящие и справедливые условия взамен исключенных. Одна сторона вправе без неоправданной задержки проинформировать другую сторону, что она не намерена быть связанной договором, который не основан на ее стандартных условиях (А. В. Кукин).

Венская конвенция 1980 г. не регулирует вопросы исковой давности. Институт исковой давности регламентирует Нью-Йоркская конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров (1974 г.). В 1980 г. данная Конвенция была дополнена Протоколом

об изменении Конвенции (г. Вена, 11 апреля 1980 г.) в соответствии с Венской конвенцией 1980 г. Сфера применения Нью-Йоркской конвенции: нахождение коммерческих предприятий сторон на территории различных государств или применение к контракту права одного из государств-участников. Нормы Нью-Йоркской конвенции имеют диспозитивный характер: допустимо соглашение сторон о ее неприменении. Срок исковой давности определен в четыре года.

Статья 1 Протокола предусматривает применение Конвенции не только к контрактам между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах-участниках. Конвенция действует и в случаях, когда на основании норм международного частного права к договору применяется право государства-участника. Россия в Нью-Йоркской конвенции не участвует. Однако российский суд по вопросу исковой давности обязан руководствоваться нормами Конвенции, если стороны согласовали ее непосредственное применение либо избрали право государства – участника Конвенции (Л. П. Ануфриева).

7.10
Обязанности сторон по договору международной купли-продажи товаров

Продавец обязан поставить товар, передать относящиеся к нему документы и право собственности на товар. Если продавец не обязан предоставить товар покупателю в определенном месте, то его обязательство по поставке заключается: в сдаче товара первому перевозчику; в предоставлении товара на предприятии-изготовителе; в предоставлении товара в месте, где в момент заключения договора находилось коммерческое предприятие продавца. Продавец обязан предоставить товар, свободный от притязаний третьих лиц, и передать право собственности на него. Он несет ответственность за любое несоответствие товара, существующее в момент перехода риска на покупателя, даже если это несоответствие обнаружится позднее. В случае досрочной поставки товара продавец вправе до наступления обусловленной в контракте даты устранить несоответствие товара, поставить новый товар, его недостающую часть или количество.

Если продавец обязан обеспечить перевозку товара, он должен заключить договор перевозки надлежащими видами транспорта на условиях, обычных для подобной транспортировки. Продавец не обязан страховать товар самостоятельно, вне контрактных условий. В случае просьбы покупателя он должен предоставить информацию, необходимую для страхования товара. Поставка товара должна быть осуществлена в определенный срок – в дату поставки (если она определена в договоре) или в период времени для поставки («в разумный срок после заключения договора» – ст. 33 Венской конвенции 1980 г.).

Обязательства покупателя заключаются в уплате покупной цены и принятии поставки в соответствии с требованиями договора. Покупатель имеет несколько опций: место оплаты оговорено в контракте; оплата производится в месте нахождения коммерческого предприятия продавца; оплата производится в месте передачи товара. Если срок оплаты не зафиксирован в договоре, то оплата может быть произведена, когда продавец передает сам товар или товаро-распорядительные документы; когда у покупателя впервые появилась возможность осмотреть товар.

Если в договоре цена прямо или косвенно не установлена и не предусмотрен порядок ее определения, то считается, что стороны подразумевали цену, которая в момент заключения договора обычно взималась за такой товар. Обязанность покупателя принять поставку заключается в совершении им действий, которые разумно можно ожидать для того, чтобы продавец мог осуществить поставку; принятии товара.

Сторона контракта не несет ответственности за неисполнение своих обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне контроля и что при заключении договора нельзя было разумно принять это препятствие в расчет (ст. 79 Венской конвенции 1980 г.).

Договор может быть прекращен путем простого соглашения сторон либо в письменной форме (если это оговорено в контракте). Расторжение договора освобождает обе стороны от их обязательств по договору при сохранении права на взыскание убытков. Расторжение договора не затрагивает его положений, касающихся порядка разрешения споров или прав и обязанностей сторон в случае его расторжения.

Венская конвенция 1980 г. предусматривает возможность расторжения контракта в одностороннем порядке только в одном случае – неисполнение другой стороной своих обязательств является существенным нарушением договора или если контракт не исполнен в течение дополнительно предоставленного разумного срока. Согласно ст. 62–65 продавец вправе: потребовать от покупателя уплатить цену, принять поставку или исполнить

другие обязательства; установить дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения покупателем его обязательств; заявить о расторжении договора; самостоятельно составить спецификацию, которая будет обязательна для покупателя. Осуществление продавцом своего права на другие средства защиты не лишает его права требовать возмещения убытков и не предоставляет отсрочки покупателю от судебного или арбитражного разбирательства. Покупатель имеет право требовать от продавца исполнения его обязательств, право на замену товара, его ремонт, снижение цены, установления дополнительного срока исполнения обязательств, на отказ от принятия поставки.

В качестве мер ответственности за нарушение контрактных обязательств Венская конвенция предусматривает оперативные санкции и меры ответственности в строгом смысле слова. Оперативные санкции исправный контрагент может применить в силу самого факта нарушения контракта, а меры ответственности – только в случае вины неисправного контрагента (ст. 74). Обстоятельства непреодолимой силы (форсмажор) исключают вину и освобождают от ответственности.

7.11
Договор международного франчайзинга

В Оксфордском словаре английского языка указано, что franchising – это все права и свободы епископатов, пожалованные им королевской короной в 1559 г., а franchises – это места, отведенные для торговли. Общепринятая дата начала использования франчайзинга в современном значении (привилегии, предоставляемые частными фирмами) – 1840 г.

В середине XIX в. франчайзинг начал использоваться в США. В 1926 г. в Чикаго был основан Независимый альянс бакалейщиков (цель – помочь независимому торговцу конкурировать с розничными сетями, сохраняя автономию малого бизнеса). В Европе такую миссию на себя взяла «Сеть свободных бакалейщиков», основанная в Голландии в 1932 г. (SPAR).

В 50-х гг. XX в. появился франчайзинг второго поколения – «франшиза бизнесформата» («McDonald's», ИКЕА, «Метро Кэш энд Кэрри»).

Франчайзинг позволяет совместить стимул к владению малым предприятием с управленческим мастерством и маркетинговым опытом более крупного бизнеса. В США действует более 1500 франчайзинговых систем в 75 отраслях. Франчайзинг составляет 40 % розничной торговли США и обеспечивает работой 8 млн человек. В Германии 800 франчайзинговых систем с 37 тыс. бизнесединиц. Крупнейшие экспортеры франшиз – США, Канада, Япония, Австрия, Франция, Германия и Великобритания.

Британская франчайзинговая ассоциация (основана в 1977 г.) определяет франшизу как контрольную лицензию, выданную одним лицом (франчайзером) другому лицу (франчайзи), котрая:

– дает разрешение или обязывает франчайзи заниматься в течение периода франшизы определенным бизнесом, используя специфическое наименование, принадлежащее или ассоциируемое с франчайзером;

– дает право франчайзеру осуществлять контроль в течение всего периода франшизы за качеством ведения бизнеса, являющегося предметом франшизы;

– обязывает франчайзера предоставлять франчайзи помощь при ведении бизнеса, являющегося предметом франшизы;

– обязывает франчайзи регулярно в течение всего периода франшизы выплачивать франчайзеру определенные денежные суммы в оплату франшизы или товаров, услуг, предоставляемых франчайзером франчайзи;

– не является обычной сделкой между холдинговой и ее дочерней компаниями или между частным лицом и компанией, контролируемой им.

Под «франчайзингом» в международной коммерческой практике понимается вид предпринимательской деятельности, осуществляемой на основе договора, по которому одна сторона – франчайзер (franchisor) – передает другой стороне – получателю франшизы (franchisee) – в границах определенного рынка и за вознаграждение право использовать в предпринимательской деятельности «франшизу», т. е. особый комплекс имущественных и неимущественных прав, который может включать в себя фирменное наименование, товарный знак, иные объекты промышленной и интеллектуальной собственности, технические знания, «ноу-хау» (А. Ли). Франчайзинг – это форма предпринимательства, основанная на системе взаимоотношений, закрепленных рядом соглашений, при которых одна сторона (франчайзер) предоставляет возмездное право действовать от своего имени (реализовывать товары) другой стороне (франчайзи), способствуя тем самым расширению рынка сбыта (А. Леонов, В. Деев).

Франчайзер – крупная фирма (корпорация), имеющая известную торговую марку и имидж на потребительском рынке. Эта фирма предоставляет другой стороне (франчайзи) возмездное право действовать на оговоренных условиях и в определенный срок на рынке от имени франчайзера и под его торговой маркой. Франчайзер в системе всегда один. *Франчайзи* – малая или средняя фирма, индивидуальный предприниматель, приобретающий на возмездной основе исключительное право вести коммерческую деятельность от имени и под торговой маркой франчайзера. Франчайзи может быть несколько в одной франчайзинговой системе. *Франшиза* – это полная бизнессистема, которую франчайзер продает франчайзи (франчайзинговый пакет, который включает пособия по ведению работ и другие материалы, принадлежащие франчайзеру). Купить франшизу означает заключить договор франчайзинга об открытии предприятия по технологии франчайзера, используя его бренд, консультации и маркетинговые наработки. Объекты франчайзинга: продукт; услуга, производственный процесс, бизнес-процесс (набор управленческих, коммерческих, финансовых действий); комплексный товар, в котором сочетаются названные товары.

Наиболее близкими к договору франчайзинга являются лицензионные договоры, т. е. договоры по передаче права пользования на интеллектуальную собственность. Основное отличие между ними: цель франчайзинга – создание новых предпринимательских комплексов. Лицензионные договоры направлены на использование отдельных объектов интеллектуальной собственности вне зависимости от цели такого использования. Предмет договора франчайзинга не ограничивается передачей объектов интеллектуальной собственности в пользование и включает в себя элементы договора на возмездное оказание услуг, товарищества и купли-продажи.

Договор сбытового франчайзинга иногда сравнивают с договором об исключительной продаже товаров или договором об исключительном импорте. Договор об исключительной продаже товаров предусматривает наличие одностороннего или двустороннего «условия об исключительности» (невозможности либо для дистрибьютора реализовывать иные товары, либо для основного продавца реализовывать товары иному лицу на «территории» договора).

Договор франчайзинга имеет общие черты с предпринимательскими договорами по управлению юридическим лицом (прежде всего, контроль и фактическое управление со стороны одного лица по отношению к другому). Отличия:

– цель договора франчайзинга – передача «делового комплекса» как объекта и извлечение прибыли посредством использования данного предприятия другим лицом;

– цель предпринимательского договора управления – установление контроля одного лица над органами управления другого лица. Управляющие и управляемые фирмы, в отличие от сторон договора франчайзинга, могут осуществлять различную деятельность (контроль банка над органами управления строительного предприятия).

Договор франчайзинга в случае выплаты франчайзеру вознаграждения в виде фиксированного разового платежа имеет сходство с договором купли-продажи (покупка завода по производству какой-либо продукции). Разница между этими сделками:

– предмет договора купли-продажи – вещи; предмет договора франчайзинга – тоже вещи, однако прежде всего передается право на пользование объектами интеллектуальной собственности;

– по договору купли-продажи имеет место отчуждение объекта договора. По договору франчайзинга имущество также может отчуждаться, однако права на интеллектуальную собственность сохраняются за франчайзером.

Комплекс исключительных прав, передаваемых по договору международного франчайзинга, включает защищенные и незащищенные объекты интеллектуальной собственности:

– фирменное наименование;

– товарный знак или знак обслуживания;

– защищенные патентом изобретения, полезные модели и промышленные образцы;

– объекты охраны авторских прав;

– незащищенные с помощью патента или регистрации коммерческие обозначения франчайзера;

– коммерческая тайна или «ноухау».

Использование торгового наименования франчайзера предполагает «эксплуатацию» его деловой репутации.

Наряду с передачей прав пользования объектами интеллектуальной собственности договор международного франчайзинга закрепляет дополнительные обязательства франчайзера по отношению к франчайзи:

– обучение;

– передача дополнительной информации о «деловом комплексе»;

– оказание консультационных и маркетинговых услуг;

– поставка товаров (сырья, материалов);

– эксклюзивность.

Обязанности франчайзи по отношению к франчайзеру:

– выплата вознаграждения франчайзеру;

– соблюдение требований, установленных франчайзером для эксплуатации «делового комплекса»;

– соблюдение графика развития;

– соблюдение конфиденциальности;

– ограничение конкуренции.

Одна из важнейших обязанностей франчайзи – уплата вознаграждения франчайзеру за переданный «деловой комплекс».

Договоры международного франчайзинга устанавливают запрет на конкуренцию, который может распространяться и на франчайзера, и на франчайзи.

Оговорки о запрете конкуренции в договорах международного франчайзинга могут вступить в противоречие с нормами национального законодательства по противодействию монополистической деятельности и развитию конкуренции. В рамках ЕС разработано нормативное регулирование франчайзинга, «легализующее» его в свете норм антимонопольного законодательства. Законодательство большинства других государств таких исключений не содержит (Я. Функ, В. Хвалей). Положения договора франчайзинга, представляющие «особую опасность» с точки зрения антимонопольного законодательства:

– право франчайзера по определению цены продажи товара франчайзи;

– раздел рынка между несколькими франчайзи исходя из категорий потребителей;

– запрет франчайзи продавать товары, отличные от утвержденных франчайзером.

Обязательства по договору международного франчайзинга прекращаются по истечении срока, на который он заключен. Обычно по договору франчайзинга предусматривается длительный срок, чтобы дать возможность франчайзеру и франчайзи окупить инвестиции, связанные с приобретением недвижимости, обучением персонала, первоначальным продвижением товара на рынке. Законодательство отдельных государств предусматривает ограничения по срокам передачи некоторых видов лицензий на промышленную собственность и срокам договора о передаче технологий. В некоторых государствах установлен запрет на автоматическое продление договора на передачу патента или технологии (Я. Функ, В. Хвалей). Франчайзи имеет преимущественное право на заключение нового договора франчайзинга по окончании срока действия первоначального договора.

Обстоятельства, которые предоставляют франчайзеру право досрочного прекращения договора:

– неисполнение франчайзи условий договора, в частности, относящихся к соответствию товаров (услуг) стандартам, устанавливаемым франчайзером;

– неуплата франчайзи платежей по договору;

– несоблюдение определенного графика развития или недостижение установленного договором объема продаж;

– несоблюдение условий по ограничению конкуренции;

– несоблюдение требований об охране интеллектуальной собственности франчайзера;

– смена участников (акционеров) франчайзи (переход франчайзи под контроль иных лиц);

– неплатежеспособность или банкротство франчайзи.

Обстоятельства, которые предоставляют франчайзи право досрочного прекращения договора:

– утрата франчайзером прав на интеллектуальную собственность, являющуюся предметом договора франчайзинга;

– неисполнение франчайзером обязательств по договору (в отношении периодических поставок, обновления технологии, обучения персонала);

– нарушение франчайзером условий об ограничении конкуренции.

Специальные законы о франчайзинге приняты в США, Румынии и Молдове. В США франчайзинг регулируется на федеральном уровне и уровне штатов. С 1946 г. действует федеральный Закон о товарных знаках. В настоящее время регулирование франчайзинга в США имеет комплексный характер: в большинстве штатов принято законодательство, регулирующее общие вопросы франчайзинга и его специфические виды; на федеральном уровне принят общий законодательный акт (FTC Rule) и специальные акты по отдельным видам франчайзинга. Франция первой среди европейских стран начала законодательно регулировать франчайзинг. Закон о развитии коммерческих торговых предприятий и улучшении их экономического, правового и социального окружения (Закон Луи Дубина) (1989 г.) по сравнению с американскими стандартами оценивается как относительно «мягкая» форма законодательства о раскрытии информации.

Широкое применение франчайзинга в международной торговле и различный уровень его регулирования в отдельных странах послужили причиной для подготовки в рамках УНИДРУА Типового закона об опубликовании информации о франшизе. Цель Закона – создание базы для унификации национальных законодательных актов о раскрытии информации о франшизе, что должно способствовать развитию франчайзинга в международном масштабе.

В типовом контракте международного франчайзинга, разработанном МТП, устанавливается, что контракт регулируется общепризнанными в международной торговле правилами и принципами права. Сторонам рекомендовано применять независимые документы, например Принципы УНИДРУА, Принципы европейского контрактного права или lex mercatoria.

На региональном европейском уровне развитием франчайзинга занимается Европейская федерация франчайзинга (международная неправительственная организация, основана в 1972 г.). Основные цели Федерации:

– развитие франчайзинга в Европе;

– представление интересов франчайзинга в европейских международных организациях;

– представление европейского франчайзинга и его членов на универсальном уровне.

В рамках Федерации разработан Европейский кодекс этики франчайзинга 1991 г. (Л. Федоренкова).

В российском законодательстве термин «франчайзинг» не употребляется. Глава 54 ГК РФ регулирует договор коммерческой концессии. В отечественной доктрине некоторые

авторы утверждают, что коммерческая концессия по российскому праву тождественна франчайзингу (М. Шестакова). В других работах высказывается мнение, что коммерческая концессия далеко не эквивалентна понятию «франчайзинг» (А. Леонов). Российская ассоциация франчайзинга дает резко отрицательную оценку положениям гл. 54 ГК РФ. Подчеркивается, что подобное нормативное регулирование препятствует развитию международных контактов в области франчайзинга, подталкивает компании к поиску и созданию обходных правовых схем. Самый поверхностный анализ гл. 54 позволяет утверждать: коммерческая концессия значительно уже понятия франчайзинг; франчайзинг в России приходится базировать на смешанном договоре, т. е. на «обходных» правовых схемах. Основные недостатки российского регулирования:

– требование регистрировать договор коммерческой концессии порождает опасность утечки конфиденциальной информации;

– договор можно расторгнуть по любым мотивам, достаточно уведомить об этом своего партнера за шесть месяцев до прекращения отношений. В международной практике договор франчайзинга может быть прекращен в одностороннем порядке, только если один из партнеров не выполняет свои обязательства;

– по договору коммерческой концессии франчайзер несет ответственность за все неправомерные действия франчайзи перед властями и потребителем. Это нарушает основной принцип франчайзинга – независимость бизнеса головной компании и ее младших партнеров друг от друга;

– любое условие об исключительности (составляющее специфику франчайзинга) может быть признано недействительным по требованию антимонопольного органа или иного заинтересованного лица;

– установление цены товара франчайзером, его право определять категории покупателей и территориальную сферу действия договора – существенные условия франчайзинга. По российскому законодательству данные условия являются ничтожными.

Тема 8
Международное транспортное право

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право. М., 2006.

Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации/ под ред. Г. Г. Иванова. М., 2005.

Лунц, Л. А. Курс международного частного права. М., 2002.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М.: Статут, 2001.

Милославская, С. В., Плужников, К. И. Мультимодальные и интермодальные перевозки. М., 2002.

Транспортная логистика: учебник/ под ред. Л. Б. Миротина. М., 2003.

8.1
Общие положения международного транспортного права

Международное транспортное право – отрасль МЧП, комплекс правовых норм, содержащихся в национальном законодательстве, международных договорах и обычаях и регулирующих обязательственные отношения по перевозке грузов, пассажиров и багажа в международном сообщении (Н. Ю. Ерпылева). Предмет международного транспортного права – обязательства в сфере перевозок грузов и пассажиров, связанные с правопорядком двух и более государств.

Международная перевозка – это перевозка грузов и пассажиров между двумя и более государствами, выполняемая на условиях заключенного между ними международного соглашения (Л. А. Лунц). Специфика правового регулирования – основные вопросы перевозки решаются в международных транспортных конвенциях, содержащих унифицированные материально-правовые и коллизионные нормы. При отсутствии международного договора перевозка с пересечением границ не является международной и регулируется национальным законодательством. Договор перевозки – это вторичная внешнеторговая сделка, обслуживающая общую систему товародвижения.

Международные перевозки осуществляются железнодорожным, автомобильным, воздушным, водным (речным и морским) видами транспорта. Существует еще трубопроводный транспорт, но его использование не представляет собой договор перевозки (отсутствует центральная сторона договора – перевозчик). Серьезной спецификой обладают транзитные, смешанные, контейнерные и комбинированные международные перевозки.

Публично-правовой аспект международного транспортного права проявляется в том, что транспортные средства – это особая категория вещей. В большинстве государств транспортные средства подлежат государственной регистрации и по своему правовому статусу даже приравниваются к недвижимому имуществу (условные недвижимости): «К недвижимым вещам относятся подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты» (ст. 130 ГК РФ). Такое имущество имеет свой «личный закон» – право государства регистрации, который регулирует вещные права применительно к транспортным средствам: «Возникновение и передача прав на транспортные средства, подлежащие режиму регистрации, регулируются законом страны, где регистрация осуществлена» (ст. 46.3 ГК Португалии).

В некоторых юрисдикциях закреплено различное коллизионное регулирование в зависимости от вида транспортного средства: «Возникновение, переход или прекращение вещных прав на транспортные средства подчиняются: a) закону флага водного или воздушного судна; b) закону, применимому к организационному статусу транспортного предприятия, в отношении входящего в его имущество железнодорожного и автомобильного транспорта» (ст. 55 Закона о МЧП Румынии).

Нормы иностранного права, определяющие статус транспортных средств, считаются сверхимперативными и применяются всегда, имея приоритет даже перед правом страны суда: «Настоящим Законом не затрагиваются положения других законов, касающиеся вещных прав на морские и воздушные суда и другие транспортные средства» (ст. 107 Закона о МЧП Швейцарии). Нормы относительно национальности собственников морских и воздушных судов, арматоров, офицеров и экипажа относятся к международному публичному порядку (ст. 283 Кодекса Бустаманте).

Большинство государств устанавливает специальное коллизионное регулирование применительно к грузу (товар в пути, перевозимые вещи): «К последствиям установления или передачи прав на имущества в пути последние считаются находящимися в месте их отправления, если только отправитель и получатель прямо выраженным или молчаливым образом не договорились о том, что они считаются находящимися в месте назначения» (ст. 10.1 ГК Испании). Вещные права на находящиеся у пассажира при себе предметы личного пользования (личные вещи пассажира) определяются по его личному закону (Румыния, Швейцария).

Договор международной перевозки представляет собой особый вид международных коммерческих сделок, он включает в себя публично-правовой (определение статуса транспортной среды) и частно-правовой (непосредственная организация самой перевозки) аспекты.

Автономия воли – генеральная коллизионная привязка договора международной перевозки как вторичной внешнеторговой сделки. При отсутствии соглашения сторон о праве применяется критерий наиболее тесной связи, который понимается как закон места жительства или основного места деятельности той стороны отношения, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора (право страны перевозчика – подп. 6 п. 3 ст. 1211 ГК РФ). В отдельных государствах используется обобщенное понятие – транспортные договоры (договоры перевозки, договоры транспортной экспедиции и т. п.). Отношения сторон «регулируются правопорядком, применение которого отвечает разумному урегулированию данного отношения… правом места нахождения (жительства) перевозчика или экспедитора в момент заключения договора» (ст. 10 Закона о МЧП Чехии).

В некоторых законодательных актах закреплены специальные разделы, определяющие коллизионное «регулирование специальных договоров морской и воздушной торговли» (Китай, Южная Корея, Румыния).

8.2
Транспортная логистика

Основная задача международной перевозки – ликвидация географического и временного разрывов между грузоотправителем и грузополучателем, доставка груза на основе соблюдения требований:

– необходимый груз;

– необходимое качество;

– необходимое количество;

– в нужное время;

– в нужное место;

– с минимальными затратами.

Эти требования получили название «шесть правил логистики». Логистика представляет собой совокупность различных видов деятельности с целью получения с наименьшими затратами необходимого количества продукции в установленное время и в установленном месте, в котором существует конкретная потребность в данной продукции. Логистика охватывает весь материальный поток от приобретения сырья до поставки конечной продукции и связанный с ним поток информации.

Международный товаро-перевозочный процесс организован на основе транспортной логистики, которая базируется на концепции интеграции транспорта, снабжения, производства и сбыта. Задачи транспортной логистики:

– обеспечение технической и технологической сопряженности участников транспортного процесса;

– согласование их экономических интересов;

– использование единых систем планирования и единого информационного обеспечения.

Для перемещения грузов фирмы организуют хранение, грузовую обработку и транспортировку товаров, чтобы они оказались доступными для потребителя в нужное время и в нужном месте. В этих целях сформирована система международного товародвижения:

– технические средства, коммуникации и устройства всех видов транспорта; складское хозяйство промышленных фирм, их филиалов, торгово-посреднических и других компаний;

– материально-техническая база стивидорных, брокерских и агентских фирм; обустройство транспортно-экспедиторских компаний для осуществления операций по перегруппировке и комплектации отправок;

– материально-техническая база лизинговых компаний, сдающих в аренду контейнеры;

– технические средства информационно-управляющих систем, которые охватывают совокупность технологических, организационных, правовых, специальных и иных отношений, возникающих в ходе транспортного, складского, информационного и иного обеспечения международных связей.

Система товародвижения, выходящая за рамки какой-либо одной страны, может быть определена как международная система. В современном мире господствует концепция, что фундаментом эффективности международной торговли является интермодальность – интегрированное использование различных видов транспорта в одной транспортной системе. Интермодальность определяется как неразрывное «соединение различных видов транспорта в один опыт непрерывного путешествия в ходе единого процесса сбыта и оказания услуги, воспринимаемых как единая коммерческая сделка».

Современная концепция развития европейского транспорта строится на интермодальном подходе. Главным элементом такой перевозки выступает интермодальная грузовая единица, которая допускает таможенное пломбирование на основе международных требований, исключающих доступ к грузу без срыва пломбы. Основой современных интермодальных перевозок являются контейнеры международного стандарта ISO.

Интермодальная перевозка представляет собой смешанную комбинированную перевозку, но логистически организованную (предполагающую последовательно-центральную схему взаимодействия участников перевозочного процесса и высокую степень их интеграции). Необходимо учитывать также, что интермодальность транспорта – это возможность влиять на доминирование одного вида транспорта над другим (решение Совещания министров транспорта стран ЕС 1997 г.).

Одна из важнейших задач в транспортной логистике – выбор транспорта, наилучшим образом обеспечивающего перевозку. От этого зависит уровень цен товаров, своевременность их доставки и их состояние в момент прибытия в место назначения.

Морской транспорт характеризуется дешевизной морских путей и высокими затратами на погрузо-разгрузочные работы и портовое обслуживание судов. При перевозках на дальние расстояния морской транспорт не имеет конкурентов, а в некоторых случаях в силу географических условий практически незаменим.

География железнодорожных перевозок ограничена существующими путями сообщения. Этот вид транспорта характеризуется наиболее высоким удельным весом затрат на содержание постоянных устройств (путей, средств связи, искусственных сооружений).

На автомобильном транспорте затраты на содержание постоянных устройств относительно невелики, что обеспечивает этому виду транспорта безусловную конкурентоспособность при перевозках на короткие расстояния.

На воздушном транспорте наибольшая эффективность достигается при перевозках срочных, ценных и скоропортящихся грузов на дальние расстояния. На протяженных маршрутах этот вид транспорта является вполне конкурентоспособным по отношению к автомобильному и железнодорожному.

Благодаря распространению перевозок грузов укрупненными местами (смешанные и комбинированные перевозки) отправители одновременно используют два и более вида транспорта. Преимущества этих перевозок определяются преимуществами схемы «от двери до двери» на основе единого документа и одним оператором.

8.3
Международные железнодорожные перевозки

Международная железнодорожная перевозка – это перевозка грузов и пассажиров между двумя и более государствами на условиях международной железнодорожной конвенции. Железнодорожные перевозки в отсутствие международного транспортного соглашения имеют национально-правовой характер. Такая перевозка оформляется несколькими договорами: следование до пограничной станции – по закону государства места отправления, после пересечения границы – по национальному праву соответствующего иностранного государства.

Общепризнанное положение – при наличии железнодорожной конвенции применение национального законодательства допускается только при отсылке к нему в самой конвенции либо по вопросам, не урегулированным в конвенции.

Международные железнодорожные перевозки включают прямое международное сообщение; непрямое или ломаное сообщение; соседские, транзитные, сквозные перевозки; бесперегрузочные и перегрузочные международные перевозки; перевозки груза с переотправкой.

Многосторонние международные соглашения о железнодорожных перевозках заключаются только на региональном уровне. В Европе действуют Бернские конвенции о железнодорожных перевозках грузов (СИМ) (1890 г.) и о железнодорожных перевозках пассажиров и багажа (СИВ) (1923 г.). Конвенции неоднократно пересматривались: в 1966 г. принято Дополнительное соглашение к СИВ, а в 1970 г. – к СИМ. В 1980 г. была созвана специальная Конференция по пересмотру Бернских конвенций, которая завершилась принятием Конвенции о международных перевозках по железной дороге (КОТИФ) (г. Берн, 9 мая, 1980 г.), содержащей объединенный текст СИМ и СИВ. В качестве Приложения к КОТИФ разработаны Международная пассажирская конвенция (Приложение А – Единые правила МПК) и Международная грузовая конвенция (Приложение В – Единые правила МГК). К МГК принято специальное дополнение – Правила международного грузового сообщения. В рамках КОТИФ создана Бернская организация международного железнодорожного транспорта.

Основная цель КОТИФ – создание единообразной правовой системы, применяемой к перевозкам пассажиров, багажа и грузов в прямом международном сообщении; эта система правовых норм применяется для международных перевозок в смешанных сообщениях с использованием железнодорожных, речных и морских видов транспорта. Нормы МПК и МГК имеют диспозитивный характер – установлена возможность изменения условий перевозок посредством отдельных двусторонних соглашений и норм национальных законов. В КОТИФ много специальных коллизионных привязок (закон дороги отправления груза, дороги следования груза, дороги назначения груза). Предусмотрены применение закона страны суда и возможность автономии воли.

В КОТИФ участвуют не только европейские страны, но и отдельные государства Азии и Африки. Положения КОТИФ применяются при перевозках российских внешнеторговых грузов в страны Западной Европы и из них в Россию.

Россия участвует в многосторонних международных региональных соглашениях по железнодорожным перевозкам – в Соглашении о международном грузовом сообщении (СМГС) и Соглашении о международном пассажирском сообщении (СМПС) 1951 г. (действуют в редакции 1998 г.). Для смешанных перевозок по правилам СМГС заключаются специальные соглашения. Сфера действия СМГС и СМПС – бывшие социалистические государства Восточной Европы и Азии, бывшие союзные республики СССР.

СМГС и СМПС содержат императивные унифицированные материально-правовые и коллизионные нормы. Недействительны все двусторонние соглашения, отступающие от правил СМГС и СМПС. Виды специальных коллизионных привязок: закон дороги отправления груза; дороги следования груза; дороги, изменяющей договор перевозки; дороги, где груз был задержан; дороги назначения груза; дороги, к которой предъявляются претензии. Установлен запрет выбора применимого права и иных коллизионных привязок. Применение национальных законов допустимо только по вопросам, не урегулированным в соглашениях.

8.4
Международные автомобильные перевозки

Международная автомобильная перевозка – это перевозка грузов и пассажиров автотранспортным средством на основе международного договора, при которой пункт отправления находится на территории одного государства, пункт назначения – на территории другого, а также перевозки транзитом. Соглашение о международной автомобильной перевозке – это особый вид внешнеторговых сделок, особое коммерческое соглашение: автоперевозки обычно осуществляются не сторонами контракта, а связанными с ними фирмами, которые могут сами заключать договор автоперевозки.

Многосторонние соглашения в сфере международных автомобильных перевозок принимаются на региональном уровне. В Европе действуют: Конвенция о дорожном движении (г. Женева, 19 сентября 1949 г.) (в части организации дорожного движения) и Протокол к ней о дорожных знаках и сигналах (1949 г.); Конвенция о дорожном движении (г. Вена, 8 ноября 1968 г.) (закрепляет единообразную систему дорожных знаков и сигналов, единую разметку дорог); Европейское соглашение, дополняющее Конвенцию о дорожном движении 1968 г. (1971 г.); Протокол о дорожных знаках и сигналах (1968 г.); Европейское соглашение о международной дорожной перевозке опасных грузов (ДОПОГ/ADR) (г. Женева, 30 сентября 1957 г.); Европейское соглашение о международных автомагистралях (СМА) (г. Женева, 15 ноября 1975 г.) (регулирует организацию использования автомагистралей); Соглашение о международных перевозках скоропортящихся пищевых продуктов и о специальных транспортных средствах, предназначенных для этих перевозок (СПС/ATP) (г. Женева, 1 сентября 1970 г.).

Среди региональных европейских соглашений основную роль играют Конвенция о договоре международной дорожной перевозки грузов (КДПГ/CMR) (г. Женева, 19 мая 1956 г.) и Таможенная конвенция о международной перевозке грузов с применением книжки МДП (Конвенция МДП) (г. Женева, 14 ноября, 1975 г.).

В КДПГ произведена унификация условий международной дорожной перевозки грузов. Область применения КДПГ – регулирование взаимоотношений перевозчика и грузовладельца, порядок приема груза к перевозке и его выдача в месте назначения. Сфера действия КДПГ: все договоры дорожной перевозки грузов за вознаграждение посредством транспортных средств (автомобили, автомобили с полуприцепами, прицепы и полуприцепы), когда место погрузки и место доставки груза находятся на территории двух разных государств, хотя бы одно из которых является участником Конвенции. КДПГ применяется и в тех случаях, когда перевозки производятся государствами или правительственными учреждениями. Применение Конвенции не зависит от места жительства и национальности сторон договора.

Нормы КДПГ имеют императивный характер – отступления от ее положений недействительны; стороны не вправе изменять ее правила в более узких соглашениях (ст. 4). КДПГ представляет собой конгломерат материально-правовых и коллизионных норм. Коллизионное регулирование предусматривает применение общих и специальных коллизионных норм: автономия воли, закон суда, закон места отправления и места нахождения груза (общие); закон места нахождения главного управления предприятия ответчика, закон места нахождения конторы, заключившей договор, закон места предъявления груза перевозчику (специальные).

Женевская таможенная конвенция 1975 г. определяет порядок оформления таможенных формальностей и процедура таможенного досмотра при международной дорожной перевозке грузов. Основной атрибут Конвенции – книжка МДП (карнет TIR – единый таможенный документ), обладатель которой пользуется преимуществом первоочередного тамо-

женного оформления (знак TIR). В России создана Ассоциация международных автомобильных перевозчиков РФ (АСМАП) – гарантийное объединение российских международных автомобильных перевозчиков.

Существует около 40 международных организаций, занимающихся вопросами автомобильного транспорта. Наиболее авторитетные среди них – Комитет по внутреннему транспорту (КВТ) ЕЭК ООН и Международный союз автомобильного транспорта (МСАТ). КВТ создан в 1948 г. в качестве межправительственного органа для развития сотрудничества в области всех видов внутреннего транспорта. Членами Комитета являются все страны – члены ЕЭК ООН. КВТ разработано около 40 международных конвенций, более 50 единообразных предписаний (правил) по конструкции транспортных средств. При участии КВТ отработана система обязательного страхования гражданской ответственности владельцев транспортных средств за причиненный ущерб – система «зеленой карты».

Разрешительная система на международные перевозки грузов применяется с целью регулирования количества въезжающих иностранных грузовых автомобилей на территорию страны и защиты интересов национальных перевозчиков. Если перевозка осуществляется между странами, не заключившими между собой двухсторонних соглашений, разрешения могут выдаваться в разовом порядке компетентными органами страны перевозчика. В практике европейских стран существует несколько видов разрешений: 1) на один рейс; 2) на многократные рейсы; 3) на определенное количество рейсов; 4) транзитные; 5) на пригородные перевозки.

Российские разрешения и разрешения стран, с которыми заключены двухсторонние соглашения, относятся, как правило, к разрешениям первого вида и носят разовый характер. Перевозки в третьи страны и из них осуществляются на основе «стандартной международной лицензии», выдаваемой с разрешения Европейской Конференции министров транспорта. С 1997 г. Россия является членом данной Конференции.

8.5
Международные воздушные перевозки

Основным документом, регулирующим использование международного и национального воздушного пространства, является Конвенция о международной гражданской авиации (г. Чикаго, 7 декабря 1944 г.). Конвенция установила общие правила деятельности гражданской авиации при осуществлении международных сообщений; категории международных полетов (регулярные и нерегулярные); определила понятие международных рейсов и воздушных трасс. Регулярные полеты воздушных судов, совершающих международные рейсы, осуществляются по воздушным трассам, прохождение которых оговаривается в международных соглашениях о воздушном сообщении. Главная цель Чикагской конвенции – правовое регулирование международных воздушных сообщений и коммерческой деятельности. В Конвенции закреплен перечень коммерческих свобод воздуха. На основе Конвенции создана Международная организации гражданской авиации (ИКАО). В рамках ИКАО разрабатываются международные авиационные регламенты.

Международные воздушные перевозки грузов – перевозки, при которых место отправления и место назначения расположены или на территории двух государств, или на территории одного государства, но предусмотрены остановки на территории другого государства. Основные формы организации перевозки грузов воздушным транспортом:

– смешанные грузовые (пассажирско-грузовые) перевозки;

– специальные грузовые (отдельные грузовые) перевозки.

Смешанные грузовые (пассажирско-грузовые) перевозки делятся на перевозки грузов в специальных грузовых отсеках пассажирских самолетов и перевозки грузов в конвертируемых грузопассажирских самолетах. В грузовых отсеках пассажирских самолетов перевозятся наиболее срочные и ценные грузы.

Перевозки грузов на специально оборудованных самолетах осуществляются регулярными и чартерными грузовыми рейсами. Регулярные рейсы – это рейсы, выполняемые в соответствии с опубликованным расписанием по договорным авиалиниям. Перевозки грузов регулярными грузовыми рейсами осуществляются по специальным грузовым авиалиниям. Перевозки по грузовым авиалиниям регулируются межправительственными соглашениями о воздушном сообщении и коммерческими соглашениями между авиакомпаниями, эксплуатирующими договорные авиалинии. Чартерные рейсы – это рейсы, выполняемые для перевозки грузов в соответствии со специальным контрактом между перевозчиком и заказчиком. Каждый чартерный рейс выполняется по особому разрешению компетентных властей соответствующей страны. Чартерные авиаперевозки вошли в практику мировых авиакомпаний в начале 60-х гг. XX в.

В соответствии с условиями контракта заказчик фрахтует вместимость самолета на определенных участках перевозки и на определенных условиях. Контракт может быть заключен как на отдельные рейсы (разовая перевозка грузов), так и на серию рейсов для целевой перевозки («чартерная цепочка»). Контрактом может предусматриваться и таймчартер.

Конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (г. Варшава, 12 октября 1929 г.) (далее – Варшавская конвенция 1929 г.), – основа правовой регламентации международных воздушных перевозок. Соглашения, дополняющие Варшавскую конвенцию: Гаагский протокол (1955 г.) (считается неотъемлемой частью Варшавской конвенции), Гватемальский протокол о внесении изменений в Варшавскую конвенцию (1971 г.), Гвадалахарская конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (1961 г.), Монреальский протокол

(1975 г.), Монреальское временное соглашение авиакомпаний (1966 г.), Конвенция для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (г. Монреаль, 28 мая 1999 г.). Нормы этих соглашений в целом составляют Варшавскую систему регулирования воздушных перевозок.

Варшавская конвенция 1929 г. – первостепенный международно-правовой источник права международных воздушных перевозок. Международная воздушная перевозка – это перевозка, при которой хотя бы один из пунктов посадки находится на территории другого государства. Сфера применения Варшавской конвенции: перевозки грузов, пассажиров, багажа, комбинированные перевозки. Конвенция не распространяется на воздушные перевозки между государствами-участниками и государствами, в ней не участвующими; не применяется к перевозкам почты. Документ, удостоверяющий заключение договора перевозки, – авиационная накладная, введенная Варшавской конвенцией.

Действие Варшавской конвенции распространяется на воздушные перевозки:

– место отправления и место назначения которых независимо от перерыва в перевозке расположены на территории двух государств – участников Конвенции;

– место отправления и место назначения которых находятся на территории одного государства – участника Конвенции, но остановка предусмотрена на территории другого государства, возможно, и не участвующего в Конвенции.

В международном воздушном сообщении используются перевозки, выполняемые последовательно несколькими перевозчиками. С точки зрения Варшавской конвенции такая перевозка рассматривается как единая, независимо от того, как она оформлена – одним или несколькими договорами. При смешанных перевозках положения Варшавской конвенции должны применяться только к воздушной части перевозки. По соглашению сторон в воздушно-перевозочный документ можно включить условия, относящиеся к иным видам перевозок.

Варшавская конвенция устанавливает правило множественности юрисдикций (альтернативную международную подсудность): иск может быть подан по выбору истца в компетентный суд любого государства-участника; в суд по месту жительства перевозчика; по месту нахождения главного управления его предприятия; по месту нахождения конторы, заключившей договор перевозки; в суд места назначения. Эта норма имеет императивный характер – недействительны все соглашения, изменяющие установленные в Конвенции правила о подсудности.

В силу специального соглашения между перевозчиком и пассажиром может быть повышен предельный размер ответственности перевозчика; при перевозках грузов может быть заключено арбитражное соглашение в пределах установленной Конвенцией территориальной компетенции судов. Гватемальский протокол 1971 г. дополняет правила подсудности для пассажирских воздушных судов: иск может быть предъявлен по месту жительства пассажира, если перевозчик имеет там свое учреждение.

Гватемальский протокол (1971 г.) устанавливает: воздушный перевозчик несет ответственность независимо от вины (ответственность исключается, если вред вызван состоянием здоровья пассажира или его виной); повышен предел ответственности перевозчика в шесть раз по сравнению с Гаагским протоколом (1955 г.). В национальном законодательстве может быть установлено дополнительное возмещение ущерба пассажирам при причинении вреда их здоровью. Гватемальский протокол изменил положения Варшавской конвенции о пассажирском билете и условиях перевозки багажа. Монреальское соглашение (1999 г.) уточняет понятие воздушных перевозок и устанавливает пределы ответственности перевозчика в СПЗ (специальные права заимствования).

Выполнение регулярных рейсов на международных воздушных линиях может осуществляться на основе межправительственных соглашений о воздушном сообщении. В

целях удобства классификации договорные линии принято делить на «свободы воздуха». Свобода воздуха заключается в праве:

– осуществлять транзитный пролет без посадки на территории государства, предоставляющего это право;

– осуществлять пролет через иностранную территорию с посадкой на этой территории с некоммерческими целями (для заправки топливом, ремонта, технического обслуживания и т. п.) без права выгружать или брать на борт пассажиров, почту, грузы;

– высаживать на иностранной территории пассажиров и выгружать почту и груз, взятые на борт воздушного судна на территории государства, национальную принадлежность которого имеет воздушное судно;

– принимать на иностранной территории пассажиров, направляющихся на территорию государства, чью национальную принадлежность имеет воздушное судно, а также адресуемые туда же почту и груз;

– принимать на иностранной территории пассажиров, направляющихся на территорию любого третьего государства, а также адресуемые туда же почту и груз и право высаживать пассажиров и выгружать почту и груз, следующие с любой такой территории;

– осуществлять перевозки пассажиров, почты и груза между третьими странами через свою территорию;

– осуществлять перевозки пассажиров, почты и груза между третьими странами, минуя территорию государства, чью национальную принадлежность имеет воздушное судно.

Специфика воздушного сообщения порождает сложности в определении применимого права и установлении юрисдикции. В основном эти вопросы регулируются посредством унифицированных материальных норм международных конвенций. Однако нередки случаи и возникновения коллизионного вопроса:

– когда перевозка связана с государством, не участвующим в Варшавской конвенции 1929 г.;

– если возникают вопросы, не урегулированные в Варшавской конвенционной системе;

– если условия перевозки, установленные авиакомпанией, не соответствуют национальному праву.

Национальное законодательство большинства государств не содержит специальных коллизионных привязок для воздушного сообщения, поэтому применяются общие коллизионные начала: закона перевозчика, закона суда, закона флага. Закон перевозчика в праве международных воздушных перевозок понимается традиционно – это право, с которым воздушное сообщение имеет наиболее тесную связь (место нахождения той стороны, чье исполнение характеризует договор перевозки). Закон места заключения договора понимается как право страны, где был начат первый участок полета. На правовое регулирование воздушных перевозок оказало большое влияние морское право – применяются закон флага воздушного судна и закон государства его регистрации.

В отдельных национальных кодификациях МЧП закреплено специальное коллизионное регулирование статуса воздушных судов, вещных прав на воздушные суда и договоров воздушной перевозки (ст. 139–144 Закона Румынии о МЧП). Положения национального закона, касающиеся маршрутов полетов и их безопасности в воздушном пространстве данного государства, применяются ко всем воздушным судам независимо от их регистрационного статуса, к экипажу и пассажирам, находящимся на борту.

Закон государства места регистрации воздушного судна применяется к юридическим фактам и действиям, совершенным на его борту, если в силу своего характера они регулиру-

ются законом места их совершения. Закон государства места регистрации воздушного судна регулирует:

– полномочия, компетенцию и обязанности командира воздушного судна;

– договор найма экипажа судна, если стороны не избрали другой закон;

– ответственность предприятия воздушного транспорта за действия и поступки командира капитана и экипажа;

– вещные и обеспечительные права на воздушное судно, формы регистрации актов, на основании которых эти права возникают, передаются или прекращаются.

Ущерб, причиненный воздушным судном на поверхности земли, регулируется законом того государства, на территории которого такой ущерб был причинен. В открытом море и в пределах иного пространства, на которое не распространяется чей-либо суверенитет, ответственность за столкновение регулируется законом, общим для воздушных судов, а если они имеют разную национальность, – законом судна, которое было повреждено.

8.6
Воздушные перевозки на привлеченных судах

В современном мире широкое распространение получили перевозки пассажиров и грузов на самолетах, которые авиакомпания на время предоставляет по договору аренды, в порядке фрахтования или временного обмена. При фрахтовании воздушных судов заключается договор, который по аналогии с морским правом именуется чартерным. Такие перевозки еще называются трамповыми, поскольку они имеют характер нерегулярных полетов.

По инициативе ИКАО принята Гвадалахарская конвенция об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок (1961 г.), осуществляемых лицами, не являющимися перевозчиками по договору. Гвадалахарская конвенция ввела понятие «фактический перевозчик» – это лицо, не являющееся перевозчиком по договору, но уполномоченное им осуществлять перевозку, подпадающую под действие Варшавской конвенции 1929 г. или Гаагского протокола (1955 г.). Фактическим перевозчиком является авиакомпания, предоставляющая самолет на условиях чартера, аренды или ином правовом основании. Фактическим перевозчиком не считается лицо, которое в отношении своей части перевозки является последовательным перевозчиком по смыслу Варшавской конвенции.

Главное содержание Гвадалахарской конвенции – норма, согласно которой если фактический перевозчик осуществляет перевозку на условиях Варшавской конвенции, то и перевозчик по договору, и сам фактический перевозчик подпадают под действие ее норм, т. е. могут ссылаться на установленные в Варшавской конвенции пределы ответственности. Действия фактического перевозчика признаются действиями перевозчика по договору и наоборот. Иск о возмещении вреда и иные претензии могут быть предъявлены потерпевшим по выбору как к фактическому перевозчику, так и перевозчику по договору, или к ним обоим одновременно. Исключение составляет право отправителя распоряжаться грузом в пути, в связи с которым он вправе обращаться только к перевозчику по договору. Гвадалахарская конвенция не затрагивает права и обязанности фактического перевозчика и перевозчика по договору, которые определяются на основании договора чартера и применимого национального права.

Воздушный чартер – это договор, по которому одна сторона (фрахтовщик – собственник воздушного судна) обязуется предоставить другой стороне (фрахтователю – заказчику) за плату всю или часть вместимости одного или нескольких воздушных судов на один или несколько рейсов для перевозки пассажиров, багажа, грузов, почты или для иных целей.

Содержание чартера, права и обязанности сторон определяют проформы чартеров. Они разрабатываются авиакомпаниями и представляют собой разновидность примерного договора, который может дополняться и изменяться сторонами при его заключении. Типовые проформы чартера содержат:

– характеристику предоставляемого самолета;
– размер платежей за его использование и порядок расчетов;
– маршрут и расписание полетов;
– оформление транспортной документации;
– порядок досрочного прекращения договора в случае невозможности его исполнения;
– ответственность собственника самолета;
– оговорку о применимом праве.

Плата за использование самолета – это фрахт (цена договора), который исчисляется либо за рейс, либо за почасовое использование воздушного судна. Некоторые проформы содержат условия об уплате демереджа (возмещения) в случае необоснованной задержки самолета и оговаривают право заказчика канцеллировать (прекратить) договор с уплатой

определенной части фрахта. В обеспечение уплаты фрахта предусматривается залоговое право на груз.

Предметом договора чартера является вместимость воздушного судна. В договоре предусматривается тип воздушного судна, обусловлено право авиапредприятия-фрахтовщика производить замену воздушного судна на другой тип самолетов при условии обеспечения перевозки установленного количества пассажиров, багажа или грузов в те же сроки. В противном случае фрахтователь имеет право расторгнуть договор.

Обычно самолет предоставляется с экипажем, но возможно предоставление самолета без экипажа. Право фрахтователя распоряжаться воздушным судном и его вместимостью обычно ограничено условием, что при наличии свободных мест и вместимости авиакомпания вправе перевозить других пассажиров и другие грузы. Обязанности фрахтовщика:

– привести воздушное судно в состояние, пригодное для полета и перевозки. Однако фрахтовщик не несет ответственности перед фрахтователем в случае непригодности воздушного судна, возникшей не по вине фрахтовщика;

– обеспечить наличие экипажа, необходимого оборудования и документации;

– своевременно предоставить вместимость воздушного судна;

– своевременно обеспечить доставку пассажиров, багажа и грузов к месту отправления воздушного судна. Если задержка вылета или увеличение полетного времени произошли по вине фрахтователя, пассажиров или грузоотправителей, то фрахтовщик имеет право на возмещение убытков;

– получить разрешение на полет и визы для экипажа, если полет является международным; выполнить другие формальности, связанные с осуществлением международных полетов;

– при задержке вылета по вине авиакомпании она должна возместить фрахтователю убытки и расходы. В экстремальных ситуациях фрахтовщик вправе перенести или отменить вылет, совершить посадку, сделать остановку, изменить маршрут, прекратить полет, уменьшить количество пассажиров и грузов;

– фрахтовщик освобождается от ответственности, если он частично или полностью не может выполнить перевозку из-за действия непреодолимой силы (метеоусловия, акты публичной власти, другие обстоятельства вне контроля фрахтовщика);

– в случае поломки или аварии воздушного судна авиакомпания обязана сделать все от нее зависящее, чтобы доставить пассажиров и грузы в место назначения. В противном случае фрахтовщик имеет право только на часть цены чартера в соответствии с пройденным расстоянием и полезным эффектом частичной перевозки.

Основная обязанность фрахтователя – своевременное внесение платы за фрахтование.

Условия чартера предусматривают, что отношения сторон договора перевозки по чартеру регулируются Правилами перевозок авиакомпаний, а ответственность фрахтовщика-перевозчика – Варшавской конвенцией 1929 г.

8.7
Международные морские перевозки

Правовой режим морской транспортной среды установлен в Конвенции ООН по морскому праву (г. Монтего-Бей, 10 декабря 1982 г.). Конвенция закрепляет делимитацию морских пространств, их международно-правовой статус. Положения Конвенции затрагивают и проблемы МЧП – право мирного прохода; гражданская юрисдикция в отношении иностранных судов; иммунитет государственных судов, эксплуатируемых в некоммерческих целях; национальность судов; «удобные флаги»; клаузулу о наиболее благоприятствуемой нации.

Правовое регулирование перевозок грузов морем включает в себя нормы морского судоходства и торгового мореплавания и является подсистемой МЧП. В доктрине довольно давно установились понятия «международное частное морское право» и «торговое мореплавание» (А. Л. Маковский, Г. Г. Иванов). Группы отношений в этой сфере: вещные права на морские суда, договоры морской перевозки, отношения, связанные с риском мореплавания. Коллизионное регулирование характеризуется обилием разнообразных коллизионных норм, их развернутой системой. Характерно видоизменение общих коллизионных начал, их трансформация в специальные: закон порта отправления – вместо закона места заключения договора, закон места столкновения судов – вместо закона совершения правонарушения (Л. А. Лунц). Наиболее важные коллизионные принципы – автономия воли, закон флага и закон суда.

Основными формами организации морских перевозок являются линейная (регулярная) и трамповая (нерегулярная). Международная линейная перевозка оформляется коносаментом – специальной распиской, удостоверяющей принятие перевозчиком груза для транспортировки его морем. Первая попытка определения международного статуса коносамента предпринята в Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г. (г. Брюссель, 25 августа 1924 г.). Конвенция вступила в силу в 1931 г. под названием Гаагские правила 1924 г. Перед рейсом перевозчик (собственник судна или фрахтователь) обязан проявить разумную заботливость по следующим вопросам:

– привести судно в мореходное состояние;

– надлежащим образом снарядить, укомплектовать и оборудовать судно;

– привести в надлежащее состояние все части судна, в которых перевозятся грузы.

Понятие «договор перевозки» по смыслу Гаагских правил 1924 г. применяется к договору перевозки, удостоверенному коносаментом. Договором перевозки является также перевозка по чартеру, оформленная коносаментом. Получив грузы в свое ведение, перевозчик обязан по требованию отправителя выдать ему коносамент, который служит распиской в принятии груза к перевозке, является товаро-распорядительным документом, опосредует заключение договора перевозки в линейном морском судоходстве.

Ключевыми положениями Гаагских правил являются нормы об ответственности перевозчика. Установлены обязательный минимум его ответственности, предусмотрены исключения из правил об ответственности, перечислены 17 оснований, освобождающих судно и перевозчика от ответственности. Гаагские правила основаны на принципе презумпции вины перевозчика. Вина должна опровергаться самим перевозчиком. Положения об ответственности имеют императивный характер, отступление от них не имеет юридической силы. Любая оговорка, условие или соглашение в договоре перевозки, освобождающее перевозчика или судно от ответственности за потери или убытки, возникшие вследствие небрежности, вины или неисполнения обязательств, либо уменьшающие такую ответственность, считаются ничтожными. Перевозчик вправе отказаться от предусмотренных в Гаагских пра-

вилах всех или некоторых своих прав, в том числе от прав на освобождение от ответственности, или увеличить свою ответственность, при условии, что это включено в коносамент.

В Правилах отсутствуют нормы о юрисдикции и арбитраже. Эти вопросы разрешаются на основе обычных норм торгового мореплавания по общепринятому правилу – споры рассматриваются в суде места нахождения основного коммерческого предприятия перевозчика. Если в коносамент включена арбитражная оговорка, она признается действительной, но исключает возможность обращения в государственный суд.

За исключением норм об ответственности, Гаагские правила 1924 г. имеют диспозитивный характер и содержат ограниченный круг унифицированных норм, регулирующих перевозку.

В 1968 г. были приняты Правила Висби – дополнительный протокол к Брюссельской конвенции 1924 г. Правила Висби расширили сферу действия Гаагских правил, предусмотрев их применение к любому коносаменту. В Правилах 1968 г. закреплены нормы об усилении ответственности перевозчика, о повышении пределов его ответственности, увеличена оборотоспособность коносамента. В 1979 г. был принят Протокол об изменении Брюссельской конвенции 1924 г.

Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г. (г. Гамбург, 31 марта 1978 г.) (Гамбургские правила) имеет более широкую сферу действия, чем Гаагские правила (охватывают перевозки животных, палубных и опасных грузов). Гамбургские правила установили дополнительно еще 13 обязательных элементов коносамента. Нормы Правил имеют императивный характер. Установлен принцип презумпции вины морского перевозчика, расширены пределы его ответственности.

Сфера применения Конвенции: договоры морской перевозки между двумя государствами в случаях, если:

– порт погрузки, предусмотренный договором, находится в одном из договаривающихся государств;

– порт разгрузки, предусмотренный в договоре морской перевозки, находится в одном из договаривающихся государств;

– коносамент или другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, выдан в одном из договаривающихся государств;

– коносамент или другой документ, подтверждающий договор морской перевозки, предусматривает, что договор должен регулироваться положениями настоящей Конвенции или законодательством любого государства, вводящим их в действие.

Положения Конвенции не применяются к чартерам. Когда коносамент выдается согласно чартерам, положения Конвенции применяются к такому коносаменту, если он регулирует отношения между перевозчиком и держателем коносамента, не являющимся фрахтователем.

Из Гамбургских правил исключены нормы об освобождении от ответственности при навигационной ошибке. По сравнению с Гаагскими правилами увеличены сроки исковой давности по требованиям к перевозчику. Гамбургские правила содержат конгломерат норм об арбитраже и юрисдикции: правило о множественности юрисдикции, возможность подсудности по выбору истца, отказ от решения вопроса о подсудности на основе пророгационного соглашения, возможность арбитражного рассмотрения спора.

Трамповые перевозки грузов регулируются национальным законодательством. Юридическая форма трамповых перевозок – чартер. В большинстве случаев договор чартера заключается с помощью посредника или фрахтового брокера и содержит ряд обязательных условий, относящихся к судну, грузу, фрахту, стивидорным работам, диспаше, демереджу. Сторонами договора чартера являются фрахтователь и фрахтовщик. Договор может преду-

сматривать предоставление для перевозки груза всего судна, его части или отдельных помещений.

Морские перевозки пассажиров регламентируются Брюссельской конвенцией об унификации некоторых правил перевозки пассажиров морем (1961 г.), которая содержит и материальные, и коллизионные нормы. Все коллизионные нормы основаны на принципе применения закона суда. Брюссельская конвенция имеет ограниченную сферу действия: применяется только к международным пассажирским перевозкам (перевозкам между портами разных государств, или одного государства, но с заходом в иностранный порт). Перевозки пассажиров регулирует также Афинская конвенция о перевозке морем пассажиров и их багажа 1974 г. (г. Афины, 13 декабря 1974 г.). В Конвенции определено понятие международной перевозки пассажиров и предусмотрена возможность повышения пределов ответственности перевозчика на основе точно выраженного письменного соглашения между пассажиром и перевозчиком.

8.8
Морские перевозки в линейном сообщении

В торговом судоходстве различают две формы организации движения судов – регулярное и нерегулярное (трамповое). К регулярным формам относятся линейное судоходство и работа судов последовательными рейсами. Нерегулярное, или трамповое, судоходство – это работа грузовых судов, не связанная с каким-либо постоянным районом плавания, портами погрузки (выгрузки) и не ограниченная определенными видами грузов. Трамповые перевозки грузов регулируются национальным законодательством и отдельными международными соглашениями: «Фрахтование, когда оно не имеет формы договора присоединения, регулируется законом места отправки товаров. Акты по выполнению договора фрахта осуществляются согласно закону места их совершения» (ст. 285 Кодекса Бустаманте).

Регулярные, или линейные, перевозки являются наиболее прогрессивной формой морских перевозок. Они осуществляются на основе соглашений об организации постоянных морских линий. Стороны таких соглашений – государства или крупные заинтересованные судовладельческие компании. В соглашениях определяются основные условия эксплуатации соответствующих линий. Линейный коносамент применяется для установления условий морских линейных перевозок, которые производятся по правилам и тарифам судовладельческих компаний. Линейное судоходство – форма организации работы флота, при которой обеспечивается движение судов между установленными портами (линия). Линии подразделяются на односторонние, двухсторонние и конференциальные. На односторонних линиях работают суда одной страны или одной судоходной компании. Двусторонние линии поддерживаются судоходными компаниями двух стран или двух предприятий. На конференциальных линях работают суда двух и более компаний из одной или нескольких стран.

В линейном судоходстве практикуются разнообразные объединения судоходных компаний. Наиболее свободной формой объединения является «джентльменское соглашение». Оно касается принципов сотрудничества судовладельцев в случае возникновения спорных вопросов при обслуживании одного и того же направления, одних и тех же портов двумя и более линиями. Одним из наиболее важных предметов такого рода соглашения являются тарифы или ставки. В рамках «джентльменского соглашения» партнеры придерживаются правил «честной игры». Иногда эти соглашения предусматривают отказ одного судовладельца от работы на каком-либо направлении в пользу другого.

Наиболее распространенной формой объединений являются линейные конференции – объединения судовладельцев, состоящие из юридически, экономически и организационно самостоятельных компаний. Их цель – монополизация перевозок и стабилизация тарифов на конкретном направлении, ограничение конкуренции внутри конференции и повышение конкуренции с судовладельцами, не входящими в конференцию. Конференциальное соглашение оговаривает обязательства членов применять единые тарифные ставки и следовать одинаковой фрахтовой политике.

В последние годы появились новые формы объединений – межконференциальные соглашения («ассоциированные конференции»), заключаемые между двумя и более конференциями, обслуживающими близкие или сходные направления или районы плавания. Цель – снижение конкуренции между линиями-перевозчиками, входящими в различные конференции.

В 1974 г. на основе резолюции Генеральной Ассамблеи ООН принят Кодекс поведения линейных конференций, где указывается, что конференции не должны допускать какой-либо дискриминации по отношению к судовладельцам или грузоотправителям любой страны;

должны проводить консультации с организациями грузоотправителей и грузополучателей по вопросам, представляющим взаимный интерес.

8.9
Договор фрахтования судов

Юридической формой трамповых перевозок является чартер. В большинстве случаев договор чартера заключается с помощью посредника или фрахтового брокера и содержит ряд обязательных условий, относящихся к судну, грузу, фрахту. Фрахт – это плата перевозчику за доставку груза в порт назначения. В чартерных перевозках грузов иностранных фрахтователей ставка фрахта определяется в зависимости от конъюнктуры фрахтового рынка.

Рейсовый чартер – это договор морской перевозки груза с условием предоставления под груз всего судна или его определенных помещений. Стадии исполнения рейсового чартера – рейс судна в порт погрузки, прием груза, рейс судна в порт разгрузки, выдача груза. Стандартные формы рейсовых чартеров содержат 45 и более пунктов (участники перевозки, груз, судно). Основные разновидности договора чартера – договор таймчартера (судовладелец обязуется предоставить фрахтователю за вознаграждение на определенный срок судно для определенных договором целей) и договор димайзчартера (наделение фрахтователя правом владения судном и контроля над ним).

Чартер – сложный договор. Ответственность и режим чартера устанавливаются в комплексе многосторонних и двусторонних соглашений о коносаменте. Коллизионное регулирование договора чартера основано на выявлении права, наиболее свойственного договору. Основные коллизионные привязки: закон флага, личный закон и закон места нахождения собственника судна, закон места заключения договора, закон языка и места исполнения договора, закон валюты фрахта, личный закон и закон места нахождения сторон договора, закон порта отправления и порта назначения груза. Главная коллизионная привязка – закон места совершения соглашения.

Фрахтование судов (chartering of vessels) – это процесс заключения договора фрахтования. Основные его виды:

– фрахтование на условиях рейсового чартера (voyadgecharter):

на один рейс (single voyadge) – судовладелец предоставляет в распоряжение фрахтователя судно для перевозки грузов из одного или нескольких портов отправления в один или несколько портов назначения;

на последовательные рейсы (consecutive voyadges) – разновидность фрахтования на условиях рейсового чартера, применяемая при перевозках больших количеств однородного груза в одних и тех же направлениях одним и тем же судном;

на круговой рейс – судно используется для перевозки грузов на данном направлении последовательно в обе стороны;

по генеральному контракту (general contract) – судовладелец обязуется в течение определенного времени перевезти обусловленное количество груза;

– фрахтование на условиях таймчартера (timecharter) – договора фрахтования судна на время, по которому судовладелец, оставаясь владельцем судна и сохраняя контроль над экипажем, предоставляет его на определенный срок в распоряжение фрахтователя для перевозки любых грузов, за исключением опасных и тех, перевозка которых не допускается по условиям чартера. В таймчартере обычно предусматривается определенный район плавания судна.

Стандартные типы таймчартера:

– судовладелец предоставляет фрахтователю судно, полностью укомплектованное командой, и несет все расходы на содержание экипажа, поддержание судна в пригодном для эксплуатации состоянии, на его страхование;

– фрахтователь несет все расходы на приобретение топлива, воды, оплату налогов, портовых сборов, услуг лоцманов и буксиров, производство погрузоразгрузочных и других работ, связанных с перевозкой грузов;

– фрахтователь оплачивает арендную плату за все время нахождения судна в таймчартере, за исключением времени простоя, вызванного аварией или поломкой судна.

Наряду с таймчартером среди видов фрахтования судов на время существует фрахтование судов в бербоутчартер (bareboat charter) – вид договора фрахтования, в соответствии с которым судовладелец передает фрахтователю судно без экипажа на условиях аренды. Фрахтователь становится временным владельцем судна.

В зарубежной практике получили распространение соглашения об управлении (management agreements), согласно которым обязанности по загрузке судна и его эксплуатации возлагаются на операторов. Подобное соглашение трактуется как соглашение об услугах.

8.10
Отношения, связанные с риском мореплавания

Общая авария – один из самых древних институтов морского права (VIII в. до н. э. – Родосский закон о мореплавании). В 1864 г. в г. Йорке были приняты Йоркские правила об общей аварии. Они были пересмотрены в г. Антверпене (1877 г.), уточнены в г. Йорке (1890 г.) и с тех пор носят название Йорк-Антверпенских правил. Это частная неофициальная кодификация единообразных обычаев торгового судоходства и мореплавания, свод международных обычаев (ред. 1924, 1950, 1974, 1990, 1994, 2004 гг.). Йорк-Антверпенские правила закрепляют определение общей аварии: «Акт общей аварии имеет место тогда и только тогда, когда намеренно и разумно произведены чрезвычайные пожертвования или понесены чрезвычайные расходы ради общей безопасности с целью сохранения от опасности имущества, участвующего в общем морском предприятии» (п. 1 Правила «А»). В основе понятия «общая авария» лежат определение общеаварийных убытков и идея, согласно которой расходы, произведенные разумно и намеренно для общего спасения всех участников морской перевозки («морского предприятия»), независимо от того, кем они были произведены, должны распределяться между «судном, грузом и фрахтом» пропорционально стоимости принадлежащему каждому имущества (Л. А. Лунц).

Общая авария (общеаварийные убытки) – это убытки, понесенные кем-либо из участников морского предприятия вследствие выброса части груза за борт и подлежащие распределению между всеми участниками морского предприятия. Для того чтобы убытки были признаны общей аварией, необходимо одновременное выполнение условий:

– опасность должна быть общей для всего морского предприятия судна, фрахта и перевозимого судном груза;

– убытки должны быть понесены вследствие намеренных расходов и пожертвований;

– расходы и пожертвования должны быть чрезвычайными.

Общая опасность для всего морского предприятия является одним из основных условий наличия общей аварии. *Общая опасность* – это все пожертвования и расходы, произведенные в интересах безопасности судна, груза и другого имущества, участвующего в общем морском предприятии (узкое толкование общей аварии).

Йорк-Антверпенские правила утверждают приоритет «общей пользы». *Общая польза* – это расходы, понесенные и в интересах спасания, и в интересах завершения рейса, включая расходы, понесенные в порту-убежище: обработка груза, портовые сборы, заработная плата и довольствие членов экипажа судна, топливо, предметы снабжения и замещающие расходы (широкое толкование общей аварии).

Применение Йорк-Антверпенских правил зависит от соглашения между сторонами договора перевозки, которое фиксируется в условиях чартера или коносамента. Стороны вправе вносить изменения и дополнения в Правила и применять их в любой редакции. Большинство национальных законов об общей аварии имеют диспозитивный характер, что дает возможность практически неограниченного применения Йорк-Антверпенских правил. В законодательстве некоторых государств предусмотрено субсидиарное применение Правил. Применение Йорк-Антверпенских правил исключает действие любых законов или обычаев, противоречащих Правилам. Оговорка Джексона – пример изменения Йорк-Антверпенских правил (доля общеаварийных убытков может быть отнесена на счет грузовладельца и тогда, когда причиной общей аварии явилась навигационная ошибка).

В 2004 г. по настоянию Международного союза морского страхования была принята новая редакция Йорк-Антверпенских правил. Страховщики в течение длительного времени настаивали на замене принципа «общей выгоды» принципом «общей безопасности», на

сужении сферы применения общей аварии. Новая редакция содержит отдельные неблагоприятные для судовладельцев (и благоприятные для страховщиков) изменения, однако эти изменения имеют ограниченный характер.

Отсутствие соглашения сторон о применении Йорк-Антверпенских правил – основа для определения общей аварии на основе коллизионных норм: «Для решения вопроса о том, имеется ли простая или общая авария, и вопроса о пропорции, в которой корабль и груз несут на себе издержки по этой аварии, применяется закон флага» (ст. 288 Кодекса Бустаманте).

В большинстве юрисдикций коллизионные привязки, применяемые при общей аварии, отличаются от традиционных коллизионных начал. Например, установлено специальное коллизионное понятие «порт, в котором судно заканчивает рейс» – это порт, в котором перевозка груза иностранным судном прекратилась потому, что он является портом назначения, либо из-за того, что судно было не в состоянии продолжать перевозку и вынуждено выгрузиться в данном порту (Л. А. Лунц). Закон порта выгрузки является господствующей коллизионной привязкой при определении рода аварии и распределении общеаварийных убытков, поскольку существует тесная связь между содержанием правоотношений по общей аварии и портом выгрузки.

Отношения по общей аварии регулируются на конвенционном уровне: Соглашение о праве, применимом к международному торговому судоходству (1940 г.) гласит: общая авария устанавливается и распределяется в порту назначения, а если он не достигнут, – то в порту выгрузки. Изъятие из этого принципа – применение национального закона судна, т. е. закона флага. В мировой судебной практике принята множественная квалификация закона порта выгрузки груза после аварии – закон места нахождения вещи, закон неосновательного обогащения, закон места исполнения договора.

Столкновение судов и спасание на море регулируются на основе многосторонних соглашений. Конвенция для объединения некоторых правил относительно столкновения судов (г. Брюссель, 23 сентября 1910 г.) закрепляет нормы, определяющие условия имущественной ответственности за последствия столкновения судов. Ответственность основана на принципе вины. Возможно несение убытков потерпевшим. Конвенция вводит понятие «соразмерная степень вины».

В различных случаях столкновения судов (в зависимости от статуса морского пространства) применяются разные коллизионные привязки: «Ответственность, возникающая из столкновения между судами в открытом порту, на реке или в территориальных водах, регулируется законом места столкновения. Ответственность, возникающая из столкновения между судами в открытом море, регулируется законом страны регистрации, если каждое из судов принадлежит к той же самой стране регистрации, и регулируется законом страны регистрации судна, которое было повреждено, если каждое из судов принадлежит к различным странам регистрации» (ст. 45, 46 Закона о МЧП Южной Кореи).

Конвенция для объединения некоторых правил относительно оказания помощи и спасания на море 1910 г. (г. Брюссель, 23 сентября 1910 г.) (с Протоколом 1967 г.) содержит унифицированные материально-правовые и коллизионные нормы, определяющие действия, являющиеся спасанием. Коллизионные привязки – те же, что и при столкновении судов. Предусмотрено применение закона флага судна, оказавшего помощь. Общая коллизионная норма при спасании – закон флага судна, осуществлявшего спасание.

Коллизионное регулирование вопросов спасания в национальном праве зависит от места столкновения судов: «Право требовать вознаграждения, вытекающее из спасания при морских происшествиях, регулируется законом места действия, когда спасание было осуществлено в территориальных водах. Оно регулируется законом государства судна, которое осуществило спасание, когда спасание было осуществлено в открытом море» (ст. 47 Закона Южной Кореи о коллизиях законов). Закон места происшествия или национальный закон

судна, осуществившего спасание, определяют порядок распределения спасательного вознаграждения между судовладельцем и экипажем спасательного судна (ст. 142 Закона о МЧП Румынии).

Институт ограничения ответственности судовладельца представляет собой специфический институт морского права, обусловленный риском мореплавания. Цель – ограничение и разумное распределение последствий такого риска (Л. А. Лунц). Судовладелец вправе ограничить свою ответственность определенными пределами по всем основным обязательствам, связанным с осуществлением мореплавания. Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил об ограничении ответственности собственников морских судов (1924 г.) закрепляет принцип ограничения ответственности судовладельца.

Конвенция об ограничении ответственности собственников судов (1957 г.) расширяет круг требований, по которым судовладелец не вправе ограничить ответственность. Это положение связано с нормами о спасании на море и возмещением убытков в порядке общей аварии. В соответствии с Законом Китая о морской торговле (1992 г.) к пределам ответственности за возмещение убытков на море применяется право места нахождения суда, рассматривающего дело (ст. 275).

8.11
Законодательство РФ в области торгового судоходства и мореплавания

Основа правового регулирования торгового судоходства и мореплавания в России – КТМ РФ. Его нормы созданы под влиянием общепризнанных обычных норм морского права, Конвенции ООН по морскому праву (г. Монтего-Бей, 10 декабря 1982 г.), других международных соглашений. В КТМ определено понятие торгового мореплавания, перевозки, собственности на судно, флага и национальности судна. Предусматриваются возможность временного перехода судна под флаг иностранного государства и возможность изменения порта регистрации судна. КТМ РФ вводит понятия судна, пропавшего без вести, и судна, конструктивно погибшего. Установлены принципы определения гражданства членов экипажа, порядок регулирования трудовых отношений, режим затонувшего имущества, процедура привлечения судна к спасанию.

Глава XVI КТМ РФ «Общая авария» базируется на Йорк-Антверпенских правилах 1994 г. Правила этой главы в основном применяются в случае, если соглашением сторон не установлено иное (п. 1 ст. 285). В п. 2 ст. 285 устанавливается, что «при определении рода аварии, определении размера общеаварийных убытков и их распределении применяются Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие международные обычаи торгового мореплавания». При отсутствии соглашения сторон о применимом праве отношения, возникающие из общей аварии, регулируются законом государства, в порту которого судно закончило рейс после происшествия, вызвавшего общую аварию. Если все лица, интересы которых затронуты общей аварией, принадлежат к одному и тому же государству, применяется закон данного государства.

Главы VIII#XXVI КТМ РФ разрешают вопросы международного частного морского права: морской перевозки грузов и пассажиров, долгосрочного договора об организации морских перевозок грузов и его соотношения с договором морской перевозки грузов. Кодекс определяет соотношение чартера и коносамента, понятие опасного груза, порядок прекращения обязательств по договору морской перевозки грузов. Установлены периоды перевозки пассажиров и положение фактического перевозчика. Глава XXVI «Применимое право» КТМ РФ – комплекс коллизионных норм, используемых для определения права, применимого к отношениям в сфере торгового мореплавания, связанным с иностранным правопорядком. Положения этой главы применяются «к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом, в том числе если объект гражданских прав находится за пределами Российской Федерации». Применимое право определяется в соответствии с международными договорами РФ, российским законодательством и признаваемыми в России обычаями торгового мореплавания.

Основное коллизионное начало – автономии воля сторон: «Стороны договора, предусмотренного настоящим Кодексом, могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по данному договору. При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяются правила настоящего Кодекса; наличие такого соглашения не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в соответствии с настоящим Кодексом перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки» (ст. 414). Общие коллизионные привязки: закон флага (п. 1 ст. 415, ст. 416); закон суда (ст. 424);

закон перевозчика (п. 2 ст. 418). Субсидиарные коллизионные привязки: закон государства, в котором учреждена, имеет основное место деятельности или место жительства одна из сторон договора (страховщик – в договоре морского страхования, доверитель – в договоре морского посредничества, владелец буксирующего судна – в договоре буксировки (п. 2 ст. 418).

Специальные коллизионные привязки:

– закон государства, в котором судно зарегистрировано непосредственно до смены флага (п. 2 ст. 415);

– закон государства, в котором судно принято к постройке или строится (п. 3 ст. 415);

– закон государства, в котором имущество затонуло (п. 1 ст. 417);

– закон государства, указанного в билете пассажира (п. 1 ст. 418);

– закон государства, в порту которого судно закончило рейс после аварии (п. 1 ст. 419);

– закон государства, на территории которого произошло столкновение судов (п. 1 ст. 420);

– закон государства, в котором имело место спасание (п. 1 ст. 423);

– закон государства регистрации ипотеки (ст. 425).

8.12
Международные смешанные перевозки

Развитие транспорта и необходимость рационализации перевозок грузов, пассажиров и багажа в международном сообщении требуют выполнения перевозок между различными государствами с участием нескольких видов транспорта. Использование различных видов транспорта в одной системе перевозок – ключевой элемент любой современной транспортной системы. Такие перевозки получили название смешанных.

Доктрина

В экономической литературе международные смешанные перевозки определяются следующим образом: «Международная смешанная перевозка – это перевозка грузов по меньшей мере двумя разными видами транспорта на основании договора смешанной перевозки из места в одной стране, где грузы поступают в ведение оператора смешанной перевозки, до обусловленного места доставки в другой стране» (К. В. Холопов).

Предлагается и несколько иное определение: «Перевозкой груза в смешанном сообщении в настоящее время считают ту, в которой доставку груза от отправителя к получателю осуществляют, по крайней мере, два различных вида транспорта, когда она выполняется на этом маршруте под ответственностью только одного перевозчика, по единому транспортному документу, подтверждающему заключение договора перевозки, и оплачивается по единой сквозной тарифной ставке» (С. В. Милославская, К. И. Плужников).

В юридической литературе международной смешанной перевозкой признается перевозка, «при которой грузы следуют по территории двух или более государств, заключивших между собой специальные соглашения». Только при наличии таких соглашений перевозки грузов между данными государствами «получают характер международных смешанных перевозок» (И. И. Кретов, К. В. Садченко).

Смешанные перевозки зачастую отождествляются с комбинированными, мультимодальными и интермодальными. Такое отождествление нельзя признать корректным. Понятие «смешанная перевозка» является родовым; «комбинированные», «мультимодальные» или «интермодальные» перевозки – это видовые понятия. Смешанная перевозка – это последовательное использование двух и более видов транспорта в международном грузовом или пассажирском сообщении. Непрямая смешанная перевозка:

– выполняется на основе нескольких договоров;

– имеет различный правовой режим на отдельных этапах следования груза;

– организуется экспедитором.

Прямая смешанная перевозка оформляется сквозным транспортным документом, покрывающим все участвующие в ней виды транспорта. Главная ее особенность – наличие лица, которое принимает на себя ответственность за сохранность груза на всем протяжении его транспортировки (оператор смешанной перевозки) и берет на себя функции единого перевозчика.

Особый вид смешанных перевозок – комбинированные. Это перевозка грузов в одной и той же грузовой единице, транспортном оборудовании, к которым относятся крупнотоннажные контейнеры, съемные кузова, полуприцепы и автодорожный состав (автофургоны),

с использованием нескольких видов транспорта (С. В. Милославская). Признаки комбинированных перевозок:

– грузы перевозятся укрупненными местами;

– перевозки осуществляются без перегрузки – от склада грузоотправителя до склада грузополучателя («от двери до двери»);

– для всех видов транспорта, участвующих в перевозке, устанавливается общий правовой статус;

– на все виды транспорта, участвующие в перевозке, устанавливается единый транспортный документ;

– на всю перевозку устанавливается общий тариф.

Организация комбинированных перевозок предполагает операции не с грузом вообще, а с его определенной массой, размещенной в грузовом модуле – укрупненной грузовой единице. Комбинированная перевозка всегда является смешанной, но далеко не все смешанные перевозки можно отнести к разряду комбинированных.

Первые попытки разработки международного договора по смешанным сообщениям (перевозкам) были предприняты в 1955 г. со стороны УНИДРУА. Аналогичные разработки производились Международным морским комитетом. На международной конференции в Токио в 1969 г. принят проект Конвенции о смешанных перевозках грузов – Конвенции ТСМ – «Токийские правила». В Правилах получила официальное признание концепция оператора перевозки груза в смешанном сообщении как юридического лица, которое заключает с отправителем договор перевозки груза и несет ответственность за его утрату или повреждение. Оператор заключает договоры с фактическими перевозчиками, которые такую ответственность несут непосредственно перед ним.

В 1973 г. МТП опубликовала Унифицированные правила в отношении комбинированного транспортного документа. На основании Правил Международная ассоциация судовладельцев совместно с БИМКО выпустили в 1977 г. рамочную проформу товарообменного документа комбинированной перевозки («Комбидок»).

При ЕЭК ООН образована Группа экспертов по комбинированным перевозкам, в рамках которой подготовлено и принято Европейское соглашение о важнейших линиях международных комбинированных перевозок и соответствующих объектах (СЛКП) (г. Женева, 1 февраля 1991 г.).

Конвенция ООН о международных смешанных перевозках грузов (г. Женева, 24 мая 1980 г.) утвердила концепцию оборотного мультимодального коносамента и оператора перевозки груза в смешанном сообщении. Ответственность перевозчиков и операторов определяется согласно нормам Гамбургских правил 1978 г. Конвенция определяет международную смешанную перевозку как перевозку грузов по меньшей мере двумя разными видами транспорта на основании договора смешанной перевозки из пункта в одной стране, где грузы поступают в ведение оператора смешанной перевозки, до обусловленного пункта доставки в другой стране. Оператор смешанной перевозки – любое лицо, которое от своего собственного имени или через другое действующее от его имени лицо заключает договор смешанной перевозки, выступает как сторона договора и принимает на себя ответственность за исполнение договора.

Нормы Конвенции имеют императивный характер и применяются ко всем договорам смешанной перевозки из одного места в другое, которые расположены в двух государствах, если:

– указанное в договоре смешанной перевозки место, в котором груз принимается оператором смешанной перевозки в свое ведение, находится в одном из государств-участников;

– указанное в договоре смешанной перевозки место доставки оператором смешанной перевозки находится в одном из государств-участников.

МТП совместно с Международной федерацией экспедиторских ассоциаций (ФИАТА) в 1992 г. создали проформу сквозного коносамента – FBL. Большое значение для повышения статуса транспортного документа смешанной (мультимодальной) перевозки имело принятие МТП Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов (1996 г.), которые отнесли «документ смешанной перевозки», «транспортные документы, выдаваемые экспедиторами», к категории документов для международных расчетов в аккредитивной форме.

ЮНКТАД и МТП в 1995 г. опубликовали Правила ЮНКТАД/МТП в отношении документов смешанных перевозок, которые рассматриваются перевозчиками, экспедиторами и грузовладельцами в качестве единственного международного документа, касающегося перевозок грузов в смешанных сообщениях. Правила определяют договор смешанной перевозки как договор на перевозку грузов по крайней мере двумя различными видами транспорта, а лицо, заключившее такой договор и принявшее на себя ответственность за его осуществление в качестве перевозчика, называют оператором смешанной перевозки. Правила ЮНКТАД/МТП95 определяют возможность выдачи документа смешанной перевозки «в виде оборотного документа» или «в виде необоротного документа с указанием имени грузополучателя».

СЛКП определяет комбинированную перевозку как перевозку грузов на одной и той же транспортной единице с использованием нескольких видов транспорта. К перевозкам, требующим организации специализированных транспортных цепей, относятся контейнерные перевозки, перевозки скоропортящихся пищевых продуктов и комбинированные железнодорожно-автомобильные перевозки (контрейлерные).

Определение грузового контейнера дано Международной конвенцией по безопасным контейнерам (КБК) (г. Женева, 2 декабря 1972 г.), где закреплены требования, касающиеся конструкции контейнеров и их эксплуатации, определена терминология, относящаяся к перевозке контейнеров, которые распространены на новые и существующие контейнеры, исключая контейнеры, специально предназначенные для воздушных перевозок.

Таможенная конвенция, касающаяся контейнеров (г. Женева, 2 декабря 1972 г.), нацелена на унификацию, упрощение требований, процедур и правил пересечения контейнерами границ. Контейнер должен отвечать следующим требованиям: предотвращение возможности извлечь из него грузы или загружать их в него без нарушения таможенных печатей и пломб; отсутствие потайных мест для сокрытия грузов; любая часть контейнера должна быть доступна для осмотра таможенными органами; обеспечение возможности наложить пломбы и произвести его опечатывание.

Тема 9
Международное частное валютное право

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001.

Международные валютно-кредитные и финансовые отношения/ под ред. Л. Р. Красавиной. М., 2002.

Рынок ценных бумаг: учеб. пособие для вузов/ под ред. Е. Ф. Жукова. М., 2004.

9.1
Общие начала международного частного валютного права

Валютное право существует как публичное и частное право, причем «публичное валютное право охватывает государственную валютную политику, а частное валютное право – это отношения между частными лицами, связанные с оборотом валютных ценностей» (О. Кольс). В отечественной доктрине МЧП термин «международное частное валютное право» практически не используется. Употребляется понятие «кредитные и расчетные отношения с иностранным элементом». Термин «международное частное валютное право» имеет несколько парадоксальный характер – одновременно и частное, и валютное. Однако применение данного термина вполне обоснованно, поскольку речь идет о валютных отношениях в сфере частно-правовой деятельности.

Международное частное валютное право представляет собой самостоятельный институт (подотрасль) МЧП, имеющий устойчивый характер и особый предмет регулирования; это совокупность норм, регулирующих финансирование международной коммерческой деятельности, валютные, кредитные расчетные отношения частно-правового характера, связанные с иностранным правопорядком. Понятие «международное частное валютное право» зародилось в немецкой юриспруденции; в настоящее время воспринято доктриной и практикой многих государств.

Предмет регулирования международного частного валютного права – международные валютные отношения, складывающиеся при функционировании валюты в мировом хозяйстве. Они представляют собой разновидность денежных отношений, возникающих при функционировании денег в международном обороте. «Валютой» принято называть только те деньги, которые признаны мировым сообществом в качестве всеобщих эквивалентов (М. Г. Степанян).

Под *иностранной валютой* понимаются деньги, принадлежащие к валютной системе страны, иной, чем та, чьему праву подчинено обязательство (Л. А. Лунц). В английском Законе 1882 г. иностранная валюта определяется как деньги, не являющиеся валютой Великобритании. Под иностранной валютой понимаются также деньги, отличные от валюты места платежа (Дж. Фалконбридж).

Валютные операции осуществляются посредством валютных обязательств. Сумма валютного обязательства всегда должна быть определенной либо определимой (Л. А. Лунц). В валютных обязательствах различаются:

– денежная единица, в которой исчислена сумма обязательства, – валюта долга;

– денежные знаки, которые являются средством погашения денежного обязательства, – валюта платежа.

«Валюта долга и валюта платежа (в явном или скрытом виде) имеются в составе каждого обязательства, исчисленного в определенной сумме. Иногда они совпадают (вексель в сумме 100 ф. ст. с платежом в Лондоне – фунт стерлингов является валютой долга и валютой платежа); если же, например, в договоре речь идет об уплате «100 фунтов стерлингов в долларах США», то фунт стерлингов является валютой долга, а доллар – валютой платежа» (Л. А. Лунц). В вексельном законодательстве многих стран присутствует оговорка об «эффективном платеже», что предполагает оплату векселя только в валюте платежа, указанной непосредственно в векселе.

Возможность обмена национальной валюты на валюту любого другого государства решается по национальному законодательству. Основной критерий в этих операциях – кон-

вертируемость валюты. Ограничения конвертируемости валюты – это правовые препятствия, связанные с особенностями национального валютного регулирования.

Международные денежные единицы являются коллективными валютами. Они отличаются от национальных валют по эмитенту (выпускаются международными валютно-кредитными организациями) и по форме (безналичная). Международная денежная единица – это искусственная валютная единица, представляющая собой условный масштаб, применяемый для соизмерения международных долговых обязательств и платежей (М. Г. Степанян). Для обслуживания международных экономических отношений используются СПЗ, ЭКЮ и евро.

СПЗ (специальные права заимствования – SDR) выпускаются Международным валютным фондом для международных платежей и резервных средств. Они были введены в 1970 г. и существуют в форме записей на счетах МВФ. СПЗ распределяются между странами – членами МВФ. Эмиссия СПЗ осуществляется в форме безналичных перечислений путем записей по счетам стран – участниц системы СПЗ. СПЗ выступают в качестве актива, альтернативного золоту или доллару США, выполняют отдельные функции мировых денег по регулированию платежных балансов, осуществлению международных расчетов с «мультивалютной оговоркой» в СПЗ (Р. А. Ражков). Стоимость СПЗ первоначально соотносилась с золотом, но с 1974 г. стала определяться на основе «корзины» валют (доллар США, евро, фунт стерлингов и йена). Поскольку курсы этих валют плавающие, «плавает» и курс SDR (Г. Вельяминов). Наряду с СПЗ в международных расчетах (особенно в сфере международных перевозок) используется международная расчетная единица «золотой франк» (GF); между золотым франком и СПЗ всегда имеет место соотношение 1 SDR= 3,061 GF.

Ранее широкое распространение имела международная расчетная единица экю, которая выпускалась Европейским валютным институтом (до 1994 г. – Европейский фонд валютного сотрудничества). С введением евро в 1999 г. экю утратила свое значение.

С 1 января 1999 г. для стран – участниц Европейского Союза введена единая валюта – евро. Присоединение к зоне евро требует от страны соответствия Маастрихтским критериям конвергенции:

– уровень инфляции не должен превышать более чем на 1,5 % средний уровень в трех странах ЕС с самой низкой инфляцией;

– дефицит бюджета должен составлять не более 3 % от ВВП, государственный долг – быть ниже 60 % ВВП или стремиться к этому значению;

– страна должна продемонстрировать стабильность валютного курса по отношению к евро;

– национальное законодательство должно быть совместимо с Договором ЕС, уставом Европейской системы центральных банков, уставом Европейского центрального банка.

Валютные операции на территории РФ регламентируются валютным законодательством РФ, определяющим понятия иностранной валюты и валютных ценностей. Основной нормативный акт – Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле». *Валютные ценности* – это иностранная валюта, ценные бумаги в иностранной валюте, фондовые ценности и другие долговые обязательства в иностранной валюте. Валютные ценности являются объектами гражданских прав и могут находиться в собственности и резидентов, и нерезидентов. Нормы российского валютного законодательства имеют административно-правовой характер, но обладают и частно-правовым эффектом. Действие этих норм распространяется и на правоотношения, которые в соответствии с российским коллизионным правом подчинены иностранному закону. Иностранные публично-правовые нормы валютного права часто признаются в судах и арбитражах, если фактический состав сделки связан с правом иностранного государства.

9.2
Мировая валютная система

Основа межгосударственного регулирования международных валютных отношений – мировая валютная система.

Первая мировая валютная система оформилась на Парижской конференции 1867 г.:

– основа – золотомонетный стандарт;

– каждая национальная валюта имела золотое содержание, с которыми устанавливались их золотые паритеты. Валюты свободно конвертировались в золото;

– режим свободно плавающих курсов валют с учетом рыночного спроса и предложения, но в пределах золотых точек.

Вторая мировая валютная система была оформлена на Генуэзской международной экономической конференции в 1922 г.:

– основа – золото и девизы (иностранные валюты);

– сохранение золотых паритетов. Конверсия валют в золото осуществлялась не только непосредственно, но и косвенно, через иностранные валюты;

– режим свободно колеблющихся валютных курсов.

Третья мировая валютная система была установлена на Бреттон-Вудской конференции в 1944 г.:

– введение золотодевизного стандарта, основанного на золоте и двух резервных валютах – долларе США и английском фунте стерлингов;

– установление форм использования золота как основы мировой валютной системы: сохранение за золотом роли мирового платежного и резервного средства, сохранение золотых паритетов валют;

– введение взаимной обратимости валют;

– курсовое соотношение валют и их конвертируемость осуществлялись на основе фиксированных валютных паритетов, выраженных в долларах;

– создание международных организаций группы Всемирного Банка – МВФ, МБРР.

Четвертая мировая валютная система – Ямайская – оформилась в 1976–1978 гг.:

– введение стандарта СПЗ вместо золотодевизного стандарта;

– завершение демонетизации золота: отмена его официальной цены и золотых паритетов, прекращение обмена долларов на золото. Золото не должно служить мерой стоимости и точкой отсчета валютных курсов;

– право выбора государствами любого режима валютных курсов.

В 1979 г. в рамках ЕЭС была создана первая Европейская региональная валютная система:

– введение экю – европейской валютной единицы;

– использование золота в качестве реальных резервных активов, частичное обеспечение эмиссии экю золотом. Создание совместного золотого фонда;

– режим валютных курсов основан на совместном плавании валют в форме «европейской валютной змеи».

Вторая европейская региональная валютная система основана на «плане Делора» (1989 г.) и оформлена Маастрихтским договором о Европейском союзе 1992 г. В настоящее время на евро перешло большинство стран – членов ЕС; большинство международных расчетов с участием европейских государств осуществляется в евро.

Международный валютный рынок представляет собой официальный финансовый центр, где сосредоточена купля-продажа валют и ценных бумаг в валюте на основе спроса и

предложения на них. На международном валютном рынке осуществляются два вида валютных операций – кассовые и срочные.

Кассовые сделки производятся участниками рынка для получения необходимой валюты в течение одного-двух дней. Кассовая сделка осуществляется на условиях «спот» (spot), т. е. с немедленной поставкой покупаемой (продаваемой) валюты. Смысл кассовой сделки – обменять одну валюту на другую. Срочные валютные операции рассчитаны на больший срок. Их цель – конверсия валют для получения дохода, получение прибыли за счет курсовой разницы, страхование валютных позиций от возможных потерь.

Наиболее распространенные срочные операции – *форвардные сделки*. В момент заключения сделки фиксируются курс валюты и сумма сделки. Курс фиксируется с расчетом будущего повышения или понижения фактического курса валюты.

Фьючерсная сделка – это также поставка валюты на будущий срок по заранее обусловленной цене. Фьючерсные контракты позволяют получать прибыли на разнице цен по мере роста спроса на валюту. Другая цель фьючерсного контракта – страхование (хеджирование) неблагоприятных изменений валютных курсов.

Валютные опционы – это контракты, обусловливающие возможность купить или продать определенное количество валюты по фиксированной цене на будущий срок. Покупатель опциона не обязан выполнять условия, он может от них отказаться, отдав за это часть дохода. Существуют опцион на покупку (call) и опцион на продажу (put). Покупатель опциона call имеет право купить валюту в течение отведенного времени по фиксированному курсу. Продавец опциона call обязан продать данное количество валюты, если опцион будет выполнен, т. е. если покупатель не откажется его купить. Покупатель опциона put имеет право продажи валюты в течение данного срока по фиксированной цене. Продавец опциона put обязан купить данное количество валюты по определенной цене при выполнении условий договора.

На валютных рынках совершается валютный арбитраж – операции, сочетающие покупку или продажу валюты с последующим совершением контрсделки в целях получения прибыли за счет разницы в курсах валют на различных валютных рынках (пространственный арбитраж), счет курсовых колебаний в течение определенного периода (временной арбитраж) или разницы в процентных ставках по депозитам (процентный арбитраж).

9.3
Риски в международных валютных отношениях

Участники международных валютных отношений подвергаются разнообразным рискам. Коммерческие риски:

– изменение цены товара после заключения контракта;

– отказ импортера от приема товара, особенно при инкассовой форме расчетов;

– ошибки в документах или оплате товаров;

– злоупотребление или хищение валютных средств, выплата по поддельным банкнотам, чекам;

– неплатежеспособность покупателя или заемщика;

– неустойчивость валютных курсов;

– инфляция;

– колебания процентных ставок.

Особое место среди коммерческих рисков занимают валютные риски – опасность потерь в результате изменения курса валюты цены по отношению к валюте платежа в период между подписанием соглашения и платежом по нему.

Основа валютного риска – изменение реальной стоимости денежного обязательства. Экспортер (кредитор) несет убытки при понижении курса валюты цены по отношению к валюте платежа, так как он получит меньшую стоимость по сравнению с контрактной. Для импортера (должника) валютные риски возникают, если повышается курс валюты цены по отношению к валюте платежа.

В течение длительного времени господствовал принцип, игнорирующий изменение ценности денег, – принцип номинализма. Впервые он был провозглашен в английской судебной практике в деле «Gilbert v. Brett» (1604 г.). Должник, несмотря на изменение золотого содержания денежной единицы, обязан заплатить, а кредитор обязан принять в платеж денежные знаки, являющиеся законным платежным средством к моменту платежа в количестве, составляющем номинальную сумму долга. Английский Акт о переводном векселе (1882 г.), Женевские вексельные конвенции (1930 г.) и Женевские чековые конвенции (1931 г.) устанавливают, что вексель и чек, выписанные в иностранной валюте, предусматривают уплату по курсу на день наступления срока платежа, а не по курсу на день составления векселя или чека. Эти акты предусматривают расчет по номиналу – при любых изменениях валюты сумма векселя или чека остается неизменной (Л. А. Лунц).

Принцип номинализма приводит к неопределенности ценностного содержания денежных обязательств. Действие этого принципа ставит под угрозу интересы кредитора и стимулирует заключение сделок в «слабых» валютах. В настоящее время принцип номинализма является диспозитивным и относится к «подразумеваемым» условиям контракта – применяется, если в контракте нет специальных защитных оговорок.

В качестве страховочного механизма от инфляционных процессов используются валютно-финансовые условия, являющиеся реквизитом любого внешнеторгового контракта. Валютные условия включают: установление валюты цены и способа ее определения, установление валюты платежа, установление порядка пересчета валют при несовпадении валюты цены и валюты платежа, установление защитных оговорок.

Валюта цены – это валюта, в которой определяются цены на товар (услуги). Валюта платежа – это валюта, в которой должно быть погашено обязательство импортера. Оптимальный вариант – совпадение валюты цены и валюты платежа. При нестабильности валютных курсов валюта цены устанавливается в наиболее устойчивой валюте, а валюта платежа – в валюте импортера. Если за период между подписанием контракта и платежом изменяется

курс валюты платежа, то одна сторона несет убытки, другая получает прибыль. Несовпадение валюты цены и валюты платежа – простейший способ страхования валютного риска. Риск снижения валюты цены несет экспортер, риск ее повышения – импортер. Для экспортера выгоднее устанавливать цену в сильной валюте – к моменту платежа его выручка будет выше той, которая была на момент заключения сделки. Для импортера выгоднее устанавливать цену в слабой валюте – при платеже ему придется заплатить меньше, чем на момент заключения контракта.

Развитие международной торговли предполагает необходимость стабилизации ценностного содержания обязательств. В этих целях появились многочисленные защитные оговорки, например *золотая оговорка* – разновидность защитной оговорки, основанная на фиксации золотого содержания валюты платежа на дату заключения контракта и пересчете суммы платежа пропорционально изменению этого золотого содержания на дату исполнения:

– прямая золотая оговорка – сумма обязательства приравнивалась к весовому количеству золота (уплата 100 долл. США золотой монетой США стандартного веса и пробы на момент заключения договора);

– косвенная золотая оговорка – сумма платежа повышается пропорционально уменьшению золотого содержания валюты или снижается при его повышении (уплата долларами США в сумме, эквивалентной 5 г золота стандартного веса и пробы на момент заключения договора).

Золотая оговорка не смогла стать эффективным способом гарантии ценностного содержания денежных обязательств – многие государства в одностороннем порядке объявляли ее ничтожной по всем заключенным обязательствам (Германия – 1918 г., Великобритания – 1923 г., США – 1933 г.). Ямайская валютная реформа отменила золотые паритеты стран – членов МВФ и официальную цену золота, золотая оговорка перестала применяться.

Валютная оговорка – условие в соглашении, оговаривающее пересмотр суммы платежа пропорционально изменению курса валюты оговорки с целью страхования экспортера или кредитора от риска обесценения валюты. Валюта и сумма платежа ставятся в зависимость от более устойчивой валюты оговорки.

В условиях плавающих валютных курсов получили распространение многовалютные (мультивалютные) оговорки – сумма денежного обязательства пересчитывается в зависимости от изменения курсового соотношения между валютой платежа и корзиной валют, выбираемых по соглашению сторон. Валютная корзина как метод измерения средневзвешенного курса валюты платежа снижает вероятность изменения суммы платежа. Она в наибольшей степени обеспечивает интересы контрагентов с точки зрения валютного риска, так как включает валюты, имеющие разную степень стабильности.

Практикуются *многовалютные оговорки*, основанные на международных расчетных валютных единицах – золотом франке, СПЗ, евро. Международные валютные единицы приравнены к определенной валютной корзине:

– с одинаковыми удельными весами (симметричная корзина);

– с разными удельными весами (асимметричная корзина);

– зафиксированы на определенный период применения валютной единицы в качестве валюты оговорки (стандартная корзина);

– меняются в зависимости от рыночных факторов (регулируемая корзина).

Результат, аналогичный многовалютной оговорке, дает использование в качестве валюты цены нескольких валют согласованного набора. Практикуется опцион валюты платежа: в момент заключения контракта цена фиксируется в нескольких валютах, а при наступлении срока платежа экспортер имеет право выбора валюты платежа.

Товарно-ценовая оговорка – условие, включаемое в экономические соглашения с целью страхования экспортеров и кредиторов от инфляционного риска:

– оговорка о скользящей цене, повышающейся в зависимости от ценообразующих факторов (эскалаторная оговорка);

– индексация, основанная на включении в соглашение особой индексной оговорки о пересчете суммы платежа пропорционально изменению индекса цен за период с даты подписания до момента исполнения обязательства (индексная оговорка).

Компенсационные сделки для страхования валютных рисков – сумма кредита увязывается с ценой в определенной валюте товара, поставляемого в счет погашения кредита, с целью избежать изменения этой суммы вследствие колебаний цен и курсов валют.

С 70-х гг. вместо защитных оговорок применяются иные методы покрытия валютного и кредитного рисков: валютные опционы; межбанковские операции «своп»; форвардные валютные операции; валютные фьючерсы.

Методы страхования кредитного риска – хеджирование, гарантии (правительства или банка), специальная система страхования международных кредитов. Для обозначения разных методов страхования рисков путем заключения двух противоположных сделок используется термин «хеджирование» (hedge – ограждать). *Хеджирование* – страхование рисков от неблагоприятного изменения цен по контрактам и коммерческим операциям, предусматривающим поставки (продажи) товаров будущих периодов. Хедж – это срочная сделка с целью страхования потерь. Фирма, продавая реальный товар на бирже или вне ее с поставкой в будущем, одновременно совершает на фьючерсной бирже обратную операцию, т. е. покупает фьючерсный контракт на тот же срок и на то же количество товара. Традиционный вид хеджирования – срочные (форвардные) сделки с иностранной валютой.

9.4
Международные расчетные отношения

Международные расчеты – это регулирование платежей по денежным требованиям и обязательствам, возникающим в сфере международных коммерческих отношений; это платежи по внешнеторговым операциям. Основными формами международных расчетов являются аванс, открытый счет, банковский перевод, аккредитив, инкассо.

Аванс – предварительная оплата товара, его сущность в том, что экспортер получает кредит от импортера.

Открытый счет – это периодические платежи после получения товара. Особенность расчетов в форме открытого счета заключается в том, что движение товаров опережает движение денег.

Банковский перевод – это поручение одного банка другому выплатить переводополучателю определенную сумму либо перевод денежных средств со счета и по поручению перевододателя в пользу переводополучателя. В английском праве банковский перевод представляет собой «последовательность операций, осуществляемых различными банками, действующими в качестве представителей». В соответствии с ЕТК США «перевод средств» означает «серию сделок, начиная с платежного поручения инициатора, предпринятых с целью осуществления платежа бенефициару».

Унификация правил в области кредитовых (банковских) переводов – Правовое руководство ЮНСИТРАЛ по электронному переводу средств (1987 г.) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах (1992 г.). Правовое руководство регулирует вопросы, возникающие в связи с переводами денежных сумм с использованием электронных средств.

Типовой закон 1992 г. определяет кредитовый перевод как ряд операций, начиная с платежного поручения перевододателя, осуществляемых с целью передачи средств в распоряжение бенефициара. Платежное поручение – это безусловный приказ в любой форме банку-получателю передать в распоряжение бенефициара установленную или подлежащую установлению денежную сумму (ст. 26). Основной признак международного характера кредитового перевода – банки-участники расположены на территории разных государств. Типовой закон регулирует международные переводы, осуществляемые посредством платежных поручений, когда «банк-отправитель и банк-получатель находятся в разных государствах».

Виды международных кредитовых переводов:

– почтовый перевод (почтовое платежное поручение);

– телеграфный перевод (телеграфное или телексное платежное поручение);

– перевод по системе SWIFT (платежное поручение по системе SWIFT).

Аккредитив – это сделка, обособленная от международного коммерческого контракта, на котором основан аккредитив. Расчеты в форме документарных аккредитивов имеют абстрактный характер (юридически не зависят от лежащего в их основе договора купли-продажи). Аккредитив – наиболее дорогостоящая и сложная форма расчетов. По операциям с аккредитивами все заинтересованные стороны имеют дело только с документами, но не с товарами, услугами или другими видами исполнения обязательств.

Отношения по аккредитивной сделке регламентируются Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (в ред. 1993 г.) и Унифицированными правилами для межбанковского рамбурсирования по документарным аккредитивам (1996 г.). Унифицированные правила – составная часть каждого документарного аккредитива и действуют как условия контракта. Стороны вправе урегулировать отношения по аккредитивной сделке иначе, чем это установлено в Правилах.

Виды аккредитивов:

– отзывные и безотзывные;

– подтвержденные и неподтвержденные;

– покрытые и непокрытые;

– переводные и непереводные;

– возобновляемые (револьверные) и невозобновляемые;

– кумулятивные и некумулятивные;

– обычные и резервные;

– «аккредитивы с красной оговоркой» («досрочно открываемые аккредитивы»).

Инкассовая форма расчетов – это банковская операция, при которой банк по поручению клиента получает платеж от импортера за отгруженные в его адрес товары или оказанные услуги и зачисляет эти деньги на счет экспортера. Международные расчеты по инкассо регулируются Унифицированными правилами по инкассо 1996 г. По своей правовой природе этот документ обладает теми же характеристиками, что Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов.

Виды инкассовых операций: «чистое инкассо» и «документарное инкассо». Чистое инкассо – инкассо финансовых документов (векселя, чеки и другие документы, используемые для получения денежного платежа), не сопровождаемых коммерческими документами (счета-фактуры, транспортные документы, товаро-распорядительные документы). Документарное инкассо:

– инкассо финансовых документов, сопровождаемых коммерческими документами;

– инкассо коммерческих документов, не сопровождаемых финансовыми документами.

Особенность юридической природы инкассо – инкассирующий банк несет ответственность только за выдачу документов импортеру-плательщику против платежа или акцепта и не отвечает ни за проверку принятых на инкассо документов, ни за платеж или акцепт. Это подчеркивается в Унифицированных правилах.

Правовой режим банковских гарантий регулируется Конвенцией ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (11 декабря 1995 г.), основная цель которой – единообразное правовое регулирование института собственно банковской гарантии и института резервного аккредитива. В Конвенции используется термин «обязательство», охватывающий оба института.

9.5
Право международного оборота ценных бумаг. Рынок ценных бумаг

Ценные бумаги представляют собой фондовые ценности; оборот ценных бумаг (рынок ценных бумаг) – это фондовый рынок. В цивилизованной рыночной экономике рынок ценных бумаг является основным механизмом перераспределения денежных накоплений. Функционирование фондового рынка реализуется через движение ценных бумаг, т. е. фиктивного капитала. Российское законодательство не выделяет «право ценных бумаг» как самостоятельную отрасль права. В зарубежной доктрине и практике это понятие используется давно и имеет четкое определение.

Основу нормативного регулирования отношений на рынке ценных бумаг составляет гражданское законодательство. Не меньшее влияние на отношения, складывающиеся по поводу ценных бумаг, оказывают нормы финансового права. В отечественной доктрине высказывается мнение о наличии в современной правовой системе самостоятельного института – фондового права. Основная составляющая часть фондового права – законодательство о рынке ценных бумаг (Э. Э. Эмирсултанова).

С точки зрения МЧП в его систему можно включить нормы фондового права, которые регулируют частные отношения по поводу оборота фондовых ценностей, связанные с правопорядком двух и более государств. Преждевременно говорить о наличии в системе МЧП «международного частного фондового права», но можно прогнозировать его становление и развитие. В настоящее время в рамках МЧП можно выделить «право международного оборота ценных бумаг».

Рынок ценных бумаг (security market) – это система, внутри которой происходит купля-продажа ценных бумаг. Первичный рынок ценных бумаг (primary security market) – это рынок, где происходит размещение вновь выпущенных ценных бумаг. Его особенностью является специфический механизм покупки и продажи ценных бумаг. Согласно эмиссионному соглашению инвестиционный банк размещает ценные бумаги либо в качестве покупателя, либо в качестве агента. Обязательное условие эмиссионного соглашения – «оговорка о выходе с рынка», которая позволяет аннулировать соглашение в случае неблагоприятного развития событий (по не зависящим от сторон причинам).

Инвесторы делятся на два класса: индивидуальные и институциональные. Первые вкладывают свои денежные средства в ценные бумаги самостоятельно или через институциональных инвесторов, которые выступают в роли посредников. Институциональные инвесторы: коммерческие и инвестиционные банки, страховые общества, пенсионные и паевые инвестиционные фонды.

Государство, органы регионального и муниципального управления, юридические лица выходят на первичный рынок облигаций в качестве эмитентов. Цель эмитента на первичном рынке – размещение запланированного транша по максимально возможной цене; цель инвестора – купить дешевле надежные ценные бумаги, чтобы получить доход. Цели эмитентов и инвесторов на первичном рынке противоположны. Конкретная цена размещения – плод компромисса. На рынке ценных бумаг имеет место «конфликт представлений».

Первичный рынок ценных бумаг порождает вторичный; вместе они образуют целостную систему. Вторичный рынок ценных бумаг – это механизм перераспределения инвестиционных потоков в рыночной экономике. Вторичный рынок представлен фондовой биржей. Сюда поступают ценные бумаги, прошедшие через первичный внебиржевой рынок. В неко-

торых странах (например, во Франции) на вторичный рынок частично поступает первичная эмиссия ценных бумаг.

Фондовая биржа – традиционно и постоянно действующий рынок ценных бумаг с определенным местом и временем по их продаже-покупке. Основными географическими центрами биржевой торговли являются Нью-Йорк, Лондон, Франкфурт-на-Майне, Париж, Цюрих, Люксембург, Токио, Сингапур, Гонконг.

Кроме первичного и вторичного рынков ценных бумаг существует внебиржевой рынок («рынок через прилавок» – уличный). Впервые организация, официально занимающаяся проблемами рынка «через прилавок», была зарегистрирована в США в 1933 г. Выделение внебиржевого рынка – это создание нового канала финансирования средних и мелких компаний. Первичный и вторичный (биржевой) рынки в силу дороговизны и жесткости условий не позволяют им реализовать свои ценные бумаги. Рынок «через прилавок» служит источником финансирования таких компаний.

9.6
Классификация и виды ценных бумаг

Ценная бумага (security, financial asset, paper) – это документ, удостоверяющий имущественные, заемные, иные права и обязательства, реализация которых возможна при его предъявлении, а передача – при смене права собственности на этот документ. Атрибуты ценной бумаги:

– имущественные права, отношения займа, иные права и обязательства;

– способность быть объектом гражданско-правовых сделок;

– стоимость ценной бумаги.

Последовательность действий по выпуску и размещению серии ценных бумаг называется эмиссией. Лицом, инициирующим эмиссию ценных бумаг и несущим от своего имени обязательства перед владельцами ценных бумаг, является эмитент. Эмиссионная ценная бумага – это ценная бумага, которая размещается серийно и имеет равные объем и сроки осуществления прав внутри одного выпуска вне зависимости от времени приобретения данной бумаги.

В настоящее время ценные бумаги существуют в основном в виде записей на счетах, которые ведутся на электронных носителях информации. При совершении сделки владельцу выдается сертификат, удостоверяющий право собственности на приобретенную ценную бумагу. Сертификат эмиссионной ценной бумаги – документ, выпускаемый эмитентом и удостоверяющий право собственности на указанное в сертификате количество ценных бумаг.

«Классические» ценные бумаги:

– а*кция* (stocks, shares) – эмиссионная ценная бумага, закрепляющая права ее владельца (акционера) на получение части прибыли акционерного общества в виде дивидендов, на участие в управлении акционерным обществом и на часть имущества, остающегося после его ликвидации. Акция – обособленный титул собственности, долевая рыночная ценная бумага. Норма дивидендного дохода акции, или ее доходность, выражает годовую отдачу, которую приносит дивиденд инвестору. Дивиденд (dividend) – часть чистой прибыли акционерного общества, распределяемая среди акционеров пропорционально числу акций, находящихся в их собственности.

Обыкновенная (обычная, простая) акция дает право голоса на собрании акционеров, размер дохода (дивиденда) зависит от результатов деятельности акционерного общества и колебания прибыли. Держатели этих акций имеют право на остающиеся активы в случае ликвидации акционерного общества.

Привилегированные акции имеют какие-либо привилегии по отношению к обыкновенным. Обычно это заранее объявляемый, регулярно выплачиваемый дивиденд и приоритет на получение имущества в случае ликвидации акционерного общества. Привилегированная акция не дает ее владельцу права голоса, но гарантирует фиксированный доход независимо от результатов деятельности общества;

– о*блигация* (bonds, obligations) – эмиссионная ценная бумага, закрепляющая право ее держателя на получение от эмитента в предусмотренный срок номинальной стоимости и зафиксированного процента от этой стоимости или иного имущественного эквивалента. Облигация может быть и неэмиссионной. Облигация является свидетельством о предоставлении займа, дающим ее владельцу право на получение ежегодного фиксированного дохода (твердого процента). Облигация – ценная бумага, удостоверяющая отношение займа между держателем облигации – кредитором и лицом, ее выписавшим, – заемщиком. Облигации являются долговыми рыночными ценными бумагами;

– в*ексель* (bills) – ценная бумага, обязательство одной стороны заплатить некоторую сумму денег другой стороне по достижении определенной даты в будущем. Вексель – неэмиссионная ценная бумага (исключение – серийно выпускаемые финансовые векселя). Вексель считается инструментом коммерческого кредита.

Производные ценные бумаги возникли в процессе развития рынка ценных бумаг. Их можно рассматривать как документальное оформление контрактов, связанных с «классическими» ценными бумагами. Эти ценные бумаги получили название деривативы (derivative) бывают следующих видов:

– опцион – сделка, дающая право его владельцу купить или продать определенное количество ценных бумаг по фиксированной цене в течение оговоренного срока, т. е. право на продажу или покупку ценной бумаги в определенный срок по фиксированной цене в обмен на премию. Фиксированная цена – это цена исполнения; дата, когда кончается срок действия опциона, – дата истечения срока опциона. Покупая опцион, покупатель платит его продавцу премию (цену опциона);

– финансовый фьючерс – контракт (обязательство, а не право выбора, в отличие от опциона) на покупку или продажу стандартного количества определенного вида ценных бумаг на определенную дату в будущем по цене, установленной при заключении сделки, т. е. обязательство на поставку ценной бумаги в определенный срок в будущем;

– варранты – ценные бумаги, которые дают своему владельцу право в будущем купить по заранее установленной цене определенное количество ценных бумаг. Это право приобрести пакет акций создаваемого акционерного общества по фиксированной цене в течение определенного срока;

– депозитарная расписка – ценная бумага, представляющая собой банковское свидетельство косвенного владения акциями иностранных фирм. Акции хранятся на депозите в банке страны, где зарегистрирован эмитент.

Депозитарные расписки (ADR/АДР) – свободно обращающиеся расписки на иностранные акции, депонированные в банке США. АДР – расписка, представляющая акции корпорации, зарегистрированной за пределами США. Операции с АДР производятся вместо операций с ценными бумагами, которые хранятся в банке или у попечителя. Держатели АДР сохраняют права акционеров ценных бумаг в стране их эмиссии.

Помимо классических и производных ценных бумаг распространены *финансовые инструменты* или прочие ценные бумаги: чеки; депозитные, сберегательные и инвестиционные сертификаты; банковские сберегательные книжки на предъявителя; коносаменты, складские свидетельства; паи паевых инвестиционных фондов.

9.7
Правовое регулирование рынка ценных бумаг

Регулирование фондового рынка представляет собой упорядочение деятельности его участников и операций между ними со стороны уполномоченных органов. Модели государственного регулирования рынка ценных бумаг:

– регулирование рынка сконцентрировано в государственных органах, небольшая часть полномочий по контролю и установлению правил передается саморегулирующимся организациям (СРО);

– большой объем полномочий саморегулирующихся организаций, сохранение за государственными органами только основных контрольных функций и возможности вмешаться в процесс саморегулирования.

В *США* в 30-х гг. XX столетия были приняты законы, направленные на защиту инвесторов, – «законы синего неба» (blueskylaws – ценность сомнительных акций сравнивается с ценностью небесной голубизны). В 1933 г. приняты законы о банках и ценных бумагах (Законы Гласса-Стигала). В 1934 г. образована Комиссия по ценным бумагам и биржам – независимый надзорный орган по контролю над выпусками и обращением ценных бумаг.

Акт о фондовых биржах (1934 г.) запрещает инсайдерскую торговлю и обязывает должностных лиц, членов совета директоров и крупных акционеров корпораций сообщать об их личных операциях с акциями своей компании. Инсайдерской считается конфиденциальная информация о делах компании, которая подлежит публичной огласке, но которая еще не стала достоянием гласности. До публичного раскрытия такой информации любые сделки, основанные на ее использовании, считаются незаконными, а прибыли, полученные от них, подлежат изъятию в пользу компании.

В 1988 г. Конгресс США принял Закон об инсайдерской торговле и мошенничестве с ценными бумагами, ужесточивший наказания за данный вид преступлений. В 2002 г. был принят Закон Сарбейнса – Оксли – самый масштабный после Закона 1934 г. пересмотр регулирующей системы американских рынков капитала. В 2005 г. Комиссия США по фондовым рынкам приняла новые Правила Системы Национального Рынка.

Английский рынок ценных бумаг традиционно был саморегулируемым. В 1986 г. реформы «Большая встряска» изменили традиционный подход. Было принято специальное законодательство и образован Совет по ценным бумагам и инвестициям. В 1997 г. начата реформа системы регулирования финансового сектора. Регулятивные функции различных ведомств и саморегулируемых организаций переданы Совету по финансовым услугам – государственному органу, контролирующему банки, страховые компании, компании по ценным бумагам, фондовые биржи. В Великобритании преобладает саморегулирование рынка, но жестко ограничивается деятельность коммерческих банков на фондовом рынке.

После реформы 1986 г. Лондонская фондовая биржа стала компанией с ограниченной ответственностью. Ее деятельность регулируется общими правилами отчетности для компаний, установленными в Законах о компаниях (1985/89 гг.), о ценных бумагах компаний («Об инсайдерах») (1985 г.), о финансовых услугах (1988 г.), о финансовых услугах и рынках (2000 г.).

В *Японии* сложилась двухуровневая система регулирования – контроль за рынком осуществляется государством (Министерством финансов) и саморегулируемыми организациями. Министерство финансов тесно связано с частным бизнесом. В Японии существует традиция «амакудари» – государственный чиновник по достижении пенсионного возраста (55 лет) получает хорошо оплачиваемую должность в частном секторе как вознаграждение за

годы, проведенные на относительно низкооплачиваемой работе в государственном учреждении.

В 1992 г. была создана Комиссия по ценным бумагам и биржам – аффилированное учреждение Министерства финансов, выполняющее надзорные функции. В Министерстве действует Биржа по финансам, которая регулирует деятельность участников рынка и сам рынок. Среди нормативных актов японского законодательства следует выделить Торговый кодекс, один из разделов которого посвящен исключительно ценным бумагам. С 1986 г. участниками Токийской фондовой биржи могут быть и иностранные инвестиционные институты.

В *России* государственное регулирование осуществляется посредством установления обязательных требований к деятельности эмитентов и профессиональных участников рынка ценных бумаг, государственной регистрации выпусков эмиссионных ценных бумаг и проспектов эмиссии, лицензирования деятельности на фондовом рынке, создания системы защиты прав владельцев ценных бумаг.

Основные нормы, регулирующие отношения на рынке ценных бумаг, закреплены в федеральных законах от 22 апреля 1996 г. № 39-ФЗ «О рынке ценных бумаг», от 26 декабря 1995 г. № 208-ФЗ «Об акционерных обществах», от 5 марта 1999 г. № 46-ФЗ «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг». Единый орган по регулированию финансовых рынков создан в 2004 г. – Федеральная служба по финансовым рынкам (ФСФР России).

В России существуют саморегулируемые организации: Союз фондовых бирж, Национальная ассоциация участников фондового рынка (НАУФОР), Профессиональная ассоциация регистраторов, трансферагентов и депозитариев (ПАРТАД).

Характерные черты российского фондового рынка:

– небольшие объемы и неликвидность;

– неразвитость материальной базы, технологий торговли, регулятивной и информационной инфраструктур;

– раздробленная система государственного регулирования;

– высокая степень рисков;

– значительные масштабы грюндерства (учреждение нежизнеспособных компаний);

– нестабильность в движениях курсов акций, низкие инвестиционные качества ценных бумаг;

– отсутствие доступа к информации о состоянии фондового рынка;

– инвестиционный кризис;

– высокая доля спекулятивного оборота.

Создание правовой основы рынка ценных бумаг должно предусматривать правовую форму организации биржи (акционерное общество, холдинговая компания, товарищество с ограниченной ответственностью), структуру ее органов, порядок выпуска и размещения ценных бумаг, правовой статус посреднических организаций, контроль за биржевыми операциями, систему биржевой котировки и передачи информации. Биржа (exchange) – это организованная торговая площадка, на которой биржевые торговцы совершают сделки по стандартным биржевым товарам, руководствуясь определенными правилами в соответствии с принципом свободного ценообразования.

Фондовые биржи организуются в форме частных корпораций – акционерных обществ (Англия и США) либо в форме публично-правовых институтов (Германия и Франция). При акционерной форме биржевые дельцы являются акционерами биржи. Прием в члены биржи ограничен; самостоятельная торговля является монополией ее членов. В 80–90-е гг. на фондовых биржах стали создаваться дополнительные, более мелкие вторичные внутрибиржевые рынки с менее жесткими правилами отчетности, менее жесткими требованиями к

размерам активов и доходности, числу акционеров компаний, ценные бумаги которых принимаются к котировке. В некоторых странах действуют третьи внутрибиржевые рынки, куда попадают ценные бумаги, которые не могут котироваться на основном и вторичном рынках.

9.8
Международные финансовые рынки и международные ценные бумаги

Международный рынок ценных бумаг (мировой финансовый рынок, мировой рынок ссудных капиталов, еврорынок) возник на базе международных операций национальных рынков ссудных капиталов. Объект сделки на мировом рынке – капитал, привлекаемый из-за границы или передаваемый в ссуду лицам иностранных государств.

Мировой финансовый рынок сформировался в конце 50-х гг. XX в. Введение евро привело к расслоению рынка на евробумаги и долларовые ценные бумаги. Термин «евровалюта» относится к средствам не только в Западной Европе, но и за ее пределами, хотя доллары, используемые для операций на валютных рынках в Азии, называют азиадолларами, в арабских странах – арабодолларами.

Евроинструменты размещаются на международных финансовых рынках, которые являются внешними по отношению к стране эмитента. В 80-х гг. XX столетия инструментом операций на международных кредитных рынках стали евродолговые обязательства – евроноты. Это средне и краткосрочные обязательства с плавающей процентной ставкой, различные регулярно возобновляемые кредитные инструменты с банковской гарантией. Рынок евровекселей функционирует с 1981 г.; он невелик по объему, включает в себя в основном краткосрочные еврокоммерческие бумаги и среднесрочные векселя. Мировой рынок евроакций стал развиваться с 1983 г. с появлением синдицированных эмиссий. Евроакции представляют собой свободно обращающиеся ценные бумаги транснациональных компаний и обладают теми же характеристиками в отношении валюты выпуска и территории распространения, что и облигации (эмитируются вне национальных рынков).

Секьютеризация (превращение капитала в форму ценных бумаг) представляет собой глобальное явление. Одно из нововведений международного рынка капиталов – секъюритизация евровалютных займов (переоформление долга в ценные бумаги).

Главным инструментом операций рынка еврокапиталов являются облигации. Рынок еврооблигаций сформировался в 70-х гг. XX в. Международный облигационный рынок можно представить как совокупность двух рынков: рынка иностранных облигаций и рынка собственно международных облигаций – еврооблигаций (eurobond market). Иностранные облигации (foreign bonds) – это разновидность национальных облигаций, но эмитент и инвестор находятся в разных странах. Еврооблигации размещаются на нескольких национальных рынках в валюте, являющейся иностранной по отношению к стране размещения.

Новые финансовые инструменты еврорынка возникли в 80-х гг. Это гибрид финансовых документов и ценных бумаг, гарантированных активами банков: форвардный валютный контракт, комбинированный валютный и процентный своп, комбинированный валютный опцион продавца и покупателя.

В 1969 г. крупнейшие операторы еврорынка образовали Ассоциацию международных дилеров облигаций, переименованную в 90-х гг. в Ассоциацию участников международных фондовых рынков (ISMA). ISMA имеет статус специализированной биржи Великобритании, является органом надзора за финансовым рынком и международной саморегулируемой организацией (специализирующейся на рынке евробумаг). ISMA и связанная с ней Международная ассоциация первичных рынков (IPMA) разработали глобальную систему регулирования: правила заключения сделок, этические нормы поведения участников, процедуру сглаживания конфликтов, правила эмиссии, технологию размещения, стандартные формы основных документов (соглашения между менеджерами, между менеджерами и эмитентом,

стандартные условия форсмажора). Практически все профессиональные участники еврорынка являются членами IPMA.

Мировой рынок ссудных капиталов находится вне сферы национального контроля. В рамках «группы десяти» в 1979 г. достигнута договоренность о введении международного контроля над еврорынком.

В середине 70-х гг. создан Комитет по банковскому регулированию и практике контроля при Банке международных расчетов (Базельский комитет). В 1984 г. Комитет подготовил рекомендации, направленные на повышение ответственности банков за свою деятельность; в 2004 г. принял рамочные правила «Международная конвергенция оценки капитала и нормативов капитала», устанавливающие определенные требования в отношении капитала применительно к кредитным и операционным рискам. Для уменьшения кредитных рисков банки используют определенные методы, которые должны соответствовать стандартам правовой определенности, установленным в рамочных правилах.

Международный рынок ценных бумаг – это прежде всего первичный рынок, т. е. размещение эмиссий, выраженных в евровалютах, и осуществляемое эмитентами вне рамок национального регулирования. В более широком плане международный рынок ценных бумаг – это совокупность собственно международных и иностранных эмиссий (выпуска ценных бумаг иностранными эмитентами на национальном рынке других стран).

9.9
Международное вексельное право

Вексель – оборотная ордерная неэмиссионная ценная бумага; документ, содержащий безусловный приказ кредитора (трассанта) об уплате в указанный в векселе срок определенной суммы денег названному в векселе лицу (ремитенту). Это письменное долговое обязательство. Ответственность за оплату векселя несет акцептант (импортер или банк). Необходимыми свойствами векселя, обусловливающими его специфику, являются абстрактность, бесспорность, обращаемость. Вексель представляет собой абстрактное обязательство, оторванное от оснований его возникновения и обладает способностью выступать в качестве всеобщего эквивалента (денежной единицы).

7 июля 1930 г. на Женевской международной конференции были подписаны:

– Конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселе;

– Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях;

– Конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей.

Женевская конвенция о простом и переводном векселе утвердила Единообразный вексельный закон (Приложение к Конвенции).

Государства англосаксонской системы права не участвуют в Женевских вексельных конвенциях. В них действует вексельное законодательство, основанное на Законе Великобритании о переводных векселях (1882 г.) (Австралия, Израиль, Индия, Канада). В государствах этой группы действует англо-американская система вексельного права.

Можно выделить группу государств, вексельное законодательство которых основано на нормах Французского торгового кодекса (ФТК) (1807 г.): Боливия, Венесуэла, Иран, Испания, Таиланд. Эти страны образуют систему «старо-французского» вексельного права.

Вексель – безусловное денежное обязательство. Приказ трассанта переводного векселя и обязательство векселедателя простого векселя не могут быть ограничены никакими условиями. Всякое ограничительное условие считается ненаписанным. В тексте векселя не допускаются ссылки на основания его выдачи.

Одна из важных особенностей векселя – индоссамент: передаточная надпись, в соответствии с которой вексель может быть передан любому другому лицу. Индоссамент придает векселю свойство передаваемости. Индоссамент ничем не обусловлен; всякое ограничивающее его условие считается ненаписанным. Число индоссаментов не ограничено. Индоссамент – это односторонняя сделка, цель которой – передача права собственности на ордерную ценную бумагу.

Вексель – строго формальный документ, содержащий исчерпывающий перечень реквизитов, указанных в Единообразном вексельном законе (1930 г.) (ст. 1). Документ, в котором отсутствует какой-либо реквизит, признается недействительным.

Основные различия между женевским и англо-американским типами векселей:

– женевский вексель содержит «вексельную метку», англо-американский вексель не содержит такого реквизита;

– женевский вексель содержит указание, кому или по чьему приказу должен быть совершен платеж, англо-американский вексель может быть выставлен на предъявителя;

– женевский вексель должен содержать способы обозначения срока платежа, англо-американский вексель предполагает любой способ обозначения срока платежа;

– женевский вексель – это ордерная ценная бумага, англо-американский вексель – это оборотный документ.

Предметом регулирования Конвенции ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях (г. Нью-Йорк, 9 декабря 1988 г.) являются международный переводной вексель и международный простой вексель. Конвенция затрагивает только сферу международных векселей, участниками которых выступают лица, принадлежащие к разным государствам.

Международный переводной вексель – это вексель, в котором названы по крайней мере два из ниже-перечисленных пяти мест и они находятся в разных государствах:

– место выставления переводного векселя;
– место, указанное рядом с подписью векселедателя;
– место, указанное рядом с наименованием плательщика;
– место, указанное рядом с наименованием получателя;
– место платежа.

Международный простой вексель – это вексель, в котором названы как минимум два из ниже-перечисленных четырех мест и указано, что такие места находятся на территории разных государств:

– место выставления векселя;
– место, указанное рядом с подписью векселедателя;
– место, указанное рядом с наименованием получателя;
– место платежа.

Положения Конвенции 1988 г. имеют компромиссный характер: в одних случаях учитываются положения женевских конвенций, в других – англо-американское вексельное регулирование, в третьих – Конвенция вносит новеллы в вексельное право. Конвенция ЮНСИТРАЛ не применяется к чекам, поскольку (следуя традициям континентального права) не рассматривает чек как разновидность векселя (в отличие от общего права).

9.10
Международное чековое право

Чек представляет собой один из видов ценных бумаг и один из видов платежных документов. Чек – оборотная неэмиссионная ценная бумага, содержащая ничем не обусловленное распоряжение чекодателя банку произвести платеж указанной в нем суммы чекодержателю (п. 1 ст. 877 ГК РФ). Чек имеет много общих черт с векселем. Их принципиальные отличия:

1) вексель – орудие коммерческого кредита, кредитная ценная бумага; чек – орудие банковского кредита;

2) срок обращения векселя определяется по договоренности между векселедателем и первым векселедержателем, срок платежа по чеку в большинстве случаев составляет несколько дней;

3) обязательство плательщика по переводному векселю абстрактно по своей природе и возникает на основе односторонней сделки плательщика. Обязательство плательщика по чеку возникает на основе договора между ним и чекодателем;

4) плательщиком по векселю может быть любое лицо. Плательщиком по чеку всегда выступает банк;

5) вексель может содержать указание на процентную ставку. Указание процентной ставки в чеке запрещено чековым законодательством.

В первой половине XX в. была предпринята попытка унификации чекового права – в 1931 г. приняты Женевские чековые конвенции:

– устанавливающая единообразный закон о чеках;

– имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках;

– о гербовом сборе в отношении чеков.

Женевская конвенция, устанавливающая единообразный закон о чеках, утвердила Единообразный чековый закон (приложение к Конвенции). Круг участников в значительной степени совпадает с участниками Женевских вексельных конвенций.

В государствах англосаксонской системы права действует чековое законодательство, основанное на Законе Великобритании о переводных векселях (1882 г.). Чек рассматривается как разновидность переводного векселя (переводный вексель, выставленный на банк).

Чек, выставленный на основе Женевских чековых конвенций, именуется «женевский чек». Основные различия между женевским и англо-американским типами чеков:

– женевский чек содержит «чековую метку»; англо-американский чек не имеет такого реквизита;

– женевский чек должен быть предъявлен к платежу в сроки, указанные в Конвенции; англо-американский чек предполагает предъявление к платежу в «разумный срок»;

– исполнение обязательства по женевскому чеку может быть гарантировано посредством аваля; англо-американскому чековому праву аваль неизвестен;

– чекодатель женевского чека отвечает за платеж; чекодатель англо-американского чека может освободить себя от ответственности за платеж.

Чек – ценная бумага, удостоверяющая безусловное абстрактное денежное обязательство. Это письменное предложение (приказ) чекодателя плательщику произвести платеж чекодержателю в размере указанной денежной суммы. Отношения между чекодателем и банком строятся на основе чекового договора. Предложение (приказ) чекодателя не может быть ограничено никакими условиями. Всякое ограничительное условие считается ненаписанным.

Чек и чековые обязательства характеризуются односторонним характером, формализмом, денежным содержанием, безусловностью и бесспорностью. Чек – средство расчета, а не платежа. Выдача чека не погашает денежного обязательства, во исполнение которого он выдан. Чек – строго формальный юридический документ, перечень реквизитов которого содержится в Едином чековом законе. Документ, в котором отсутствует какой-либо реквизит, чеком не является.

Чек оплачивается по предъявлении. На нем делается специальная надпись – «ависто», подтверждающая необходимость его оплаты по предъявлении или по истечении определенного срока со дня предъявления. Все права по чеку могут быть переданы посредством передаточной надписи – индоссамента, проставляемого на оборотной стороне чека.

Индоссамент может быть совершен в пользу чекодателя либо всякого другого обязанного лица. Индоссамент должен быть ничем не обусловленным. Всякое ограничивающее его условие считается ненаписанным. Частичный индоссамент недействителен. Недействительным является индоссамент плательщика. Индоссамент должен быть написан на чеке или на присоединенном к нему листе (аллонже).

Платеж по чеку может быть гарантирован любым лицом, кроме плательщика по чеку. Гарантия выражается словами «аваль», «гарантирован» и сопровождается подписью авалиста. Аваль – это особый способ обеспечения исполнения денежного обязательства, который применяется исключительно в вексельных и чековых отношениях. Платеж по чеку может быть полностью или частично обеспечен посредством аваля. Аваль проставляется на чеке или на дополнительном листе (аллонже). Авалист отвечает так же, как и тот, за кого он дал аваль.

Женевские конвенции не требуют указания в чеке валюты платежа. Это связано с «оговоркой эффективного платежа», включение которой в чек позволяет оплачивать его в соответствующей валюте. Если в чеке такая оговорка отсутствует, чековая сумма может быть выплачена в валюте страны места платежа.

Одновременно с проектом Конвенции о международном векселе в рамках ЮНСИТРАЛ был разработан проект Конвенции о международном чеке. В 1988 г. Конвенция о международном чеке одобрена Генеральной Ассамблеей ООН.

9.11
Коллизионное регулирование в международном частном валютном праве

Практически все отношения в МЧП (за исключением личных неимущественных, да и то не всегда) сопровождаются денежными обязательствами. В связи с этим выделяется валютный статут сделки – совокупность вопросов, определяющих правовой статус денежных обязательств в правоотношении.

Специфика международного частного валютного права – нормы национального валютного законодательства имеют административно-правовой характер, но вместе с тем обладают гражданско-правовым эффектом. Действие этих норм распространяется и на правоотношения, которые в соответствии с национальным коллизионным правом подчинены иностранному закону. Проблема применимого права связана с тем, насколько национальные валютные ограничения могут иметь экстерриториальный характер, и может ли сделка, подпадающая под валютные ограничения, быть признана действительной в другом государстве. Речь идет не о применении иностранного валютного права, а о признании (непризнании) его гражданско-правовых последствий.

Многие национальные кодификации МЧП не содержат специальных разделов, посвященных коллизионному регулированию денежных (валютных) обязательств. Это связано с тем, что валютные правоотношения традиционно включались в сферу публичного права и автоматически предполагали невозможность применения иностранного права. В настоящее время признается, что валютные отношения между частными лицами, связанные с иностранным правопорядком, – сфера действия МЧП. При регулировании частных валютных отношений могут применяться нормы иностранного валютного законодательства.

В законодательстве многих государств есть специальные коллизионные «валютные» привязки – закон валюты долга и закон валюты платежа. Идея валютных привязок – обязательство, выраженное в иностранной валюте, по всем денежным вопросам подчиняется праву того государства, в чьей валюте заключено обязательство: «К денежной единице применяется право государства эмиссии. Влияние, оказываемое валютой на величину долга, определяется по праву, применимому к долгу. Валюта платежа определяется по праву государства, в котором должен быть совершен платеж» (ст. 147 Закона о МЧП Швейцарии). Как правило, приоритет имеет валюта платежа, а не валюта долга. Право места платежа определяет валюту платежа, если стороны не договорились использовать для платежа иную валюту (ст. 126 Закона о МЧП Румынии).

Большинство национальных кодификаций МЧП предусматривает коллизионное регулирование только отдельных вопросов валютных правоотношений – банковские и биржевые сделки (Польша, Украина, Россия), вексельные и чековые отношения (Южная Корея, Китай). Некоторые государства включили в кодификации МЧП специальные разделы, посвященные коллизионному регулированию оборота ценных бумаг (Венгрия, Румыния, Швейцария).

Банковские и биржевые сделки регламентируются в соответствии с общим принципом договорных обязательств – генеральной коллизионной привязкой выступает автономия воли сторон. Если стороны не выбрали применимое право, суд устанавливает правопорядок, с которым отношение наиболее тесно связано. Наиболее тесная связь устанавливается посредством использования презумпции характерного исполнения. Презумпция характерного предоставления предполагает применение к банковским сделкам права места нахождения банка: «При отсутствии выбора… правом, применяемым к договорам, является право государства, в котором на момент заключения договора проживает, имеет обычное

место пребывания, место нахождения или контору… осуществляющее банковские операции финансовое учреждение – в договоре о банковских и кредитных операциях» (ст. 25 Указа Венгрии).

Коммерческая деятельность банка в целом регулируется «законом страны, к которой банк принадлежит» (ст. 30 Закона о МЧП Южной Кореи). К отношениям между двумя банками применяется закон того из них, который предоставляет услугу в пользу другого. К договорам о самостоятельных банковских гарантиях применяется закон места нахождения кредитного учреждения (ст. 103 Закона о МЧП Румынии).

Конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах (11 декабря 1995 г.) установила, что обязательство регулируется правом, выбор которого оговорен, вытекает из условий обязательства либо иным образом согласован между гарантом (эмитентом) и бенефициаром (ст. 21). В отсутствие выбора права обязательство регулируется правом места нахождения коммерческого предприятия гаранта (эмитента), выдавшего гарантию (резервный аккредитив).

Согласно ст. 27, 28 Унифицированных правил ICC для платежных гарантий (1992 г.) стороны могут избрать любое право, регулирующее их правоотношения по гарантии. Если стороны не выбрали применимое право, гарантия подчиняется праву места коммерческой деятельности гаранта или инструктирующей стороны. Если гарант имеет более одного места коммерческой деятельности, гарантия подчиняется праву места нахождения филиала, выдавшего гарантию.

Отношения по переводу средств детальным образом регламентируются в законодательстве США (ст. 4-А-507 ЕТК США). Генеральная коллизионная привязка к правам и обязанностям, вытекающим из платежного поручения, – автономия воли сторон. Право, избранное сторонами, регулирует их «права и обязанности независимо от того, существует ли разумная связь платежного поручения и перевода средств с этой юрисдикцией». Если перевод средств осуществляется с использованием нескольких национальных систем перевода средств «и налицо противоречие между правилами о выборе применимого права в соответствии с системами, спорный вопрос регулируется правом, имеющим наиболее тесную связь со спорным вопросом».

Сходное регулирование предусмотрено в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах 1992 г.: «Права и обязанности, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, выбранным сторонами. При отсутствии договоренности применяется право государства банка – получателя платежа».

Правом, наиболее тесно связанным с биржевыми сделками, считается право страны места нахождения биржи: «К обязательствам из биржевых договоров применяется право, действующее в месте нахождения биржи, кроме случаев, когда стороны произвели выбор права» (ст. 28 Закона Польши о МЧП). Правила биржевых торгов, установленные в месте нахождения биржи, не могут быть изменены, даже если стороны оговорили применение право другого государства: «Постановления, относящиеся к биржевым местам и помещениям, и ко всяким помещениям, где происходит официальная котировка бумаг государственных и на предъявителя, относятся к международному публичному порядку» (ст. 243 Кодекса Бустаманте).

Детальное коллизионное регулирование оборота эмиссионных ценных бумаг (акций и облигаций) закреплено в законодательстве Венгрии, Румынии, Швейцарии и США. Большинство коллизионных норм имеет императивный характер. Автономия воли предусматривается довольно редко. Такой подход обусловлен ролью публично-правовых норм в праве эмиссионных ценных бумаг.

Эмиссия ценных бумаг регулируется правом государства, на территории которого они были выпущены (ст. 10.3 ГК Испании). Обязательства, отличные от основного обязательства

по эмиссионным ценным бумагам, регулируются правом государства, на территории которого каждое из обязательств было принято (ст. 59 Закона о реформе МЧП Италии).

Основная коллизионная привязка по всем иным вопросам оборота ценных бумаг – закон страны эмитента («право юрисдикции, на территории которой организован эмитент, включая его коллизионные нормы» – США, «закон, применимый к организационному статусу юридического лица-эмитента» – Румыния).

Субсидиарные коллизионные привязки:

– право места исполнения – наличие и объем обязательств по ценным бумагам (Венгрия);

– закон места платежа – условия и последствия передачи ордерных ценных бумаг (Румыния);

– закон места нахождения ценной бумаги на предъявителя на момент передачи – отношения между последующими владельцами, между владельцами и третьими лицами (Румыния);

– право государства обычного пребывания залогодержателя – залог прав из ценных бумаг (Швейцария);

– закон места приобретения документа – вопросы, относящиеся к приобретению документа на предъявителя (Южная Корея).

Автономия воли сторон допускается:

– к залогу прав из ценных бумаг, кроме отношений с третьими лицами (Швейцария);

– к товаро-распорядительным документам. Вещные права на товаро-распорядительные документы и товар определяются по праву, применимому к документу как к движимой вещи (Румыния, Швейцария).

К обязательствам из векселей, чеков, других предъявительских или ордерных ценных бумаг не применяются общие правила коллизионного регулирования договорных обязательств (ст. 37 Вводного закона к ГГУ).

Постановления, относящиеся к подделке, краже, растрате или утере ценных бумаг или бумаг на предъявителя, относятся к международному публичному порядку. Принятие мер, предписанных законом места, в котором произошло такое событие, не освобождает от обязанности принять иные меры, установленные законом места, где котируются ценные бумаги, и законом места их оплаты (ст. 272, 273 Кодекса Бустаманте).

Кодекс Бустаманте закрепляет одинаковые коллизионные нормы по отношению к векселям, бонам, облигациям, билетам, поручениям и чекам:

– формы выдачи, индоссирования, обеспечения, вступления, принятия и протеста подчинены закону места, где происходит каждое из этих действий;

– при отсутствии явного или молчаливого соглашения правовые отношения между векселедателем и векселедержателем регулируются законом места, где вексель выдан;

– при отсутствии явного или молчаливого соглашения обязательства и права векселепринимателя и предъявителя регулируются законом места, где происходит принятие векселя;

– при отсутствии явного или молчаливого соглашения правовые отношения, создаваемые индоссаментом, зависят от закона места, где вексель индоссирован;

– больший или меньший объем обязательств каждого индоссатора не изменяет прав и обязанностей векселедателя и первоначального держателя;

– поручительство в платеже регулируется законом места, где оно дано;

– правовые последствия принятия векселя в порядке вступления в вексельное отношение регулируются при отсутствии соглашения законом места, где вступает третье лицо;

– срок и формальность принятия, платежа и протеста векселя подчинены местному закону.

В 2006 г. Гаагская конференция по международному частному праву приняла Конвенцию о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника. Конвенция регулирует вопросы, касающиеся ценных бумаг, которые находятся во владении посредника.

Термин «ценные бумаги» охватывает все активы, которые являются финансовыми по своей природе, независимо от того, существуют ли они в предъявительской или именной форме, представлены ли сертификатами или дематериализованы (ст. 1). Конвенция применяется во всех случаях, связанных с «выбором между правом различных государств». Право, определенное в соответствии с Конвенцией, – это применимое право, регулирующее вопросы, указанные в исчерпывающем перечне (ст. 2.1):

– природа прав, возникающих в результате зачисления ценных бумаг на счет;

– правовая природа и последствия в отношении посредника и третьих лиц сделки по отчуждению ценных бумаг, находящихся во владении посредника;

– требования в отношении окончательного оформления сделки по отчуждению;

– приоритет в отношениях между заявителем и лицом, которое добросовестно и возмездно приобрело права на ценные бумаги («добросовестный» или «защищенный» покупатель);

– последствия решения о приоритете;

– обязанности посредника перед любым лицом, помимо владельца счета;

– требования реализации права на ценные бумаги;

– последствия обеспечительного интереса в отношении посредника и третьих лиц.

Статья 4 – ключевое положение Конвенции. В ней устанавливается основная коллизионная норма для определения права, применимого ко всем вопросам сферы действия Конвенции, – автономия воли сторон (К. Бернаскони, Х. К. Сигман). Варианты выбора права:

– стороны в явно выраженной форме договорятся о праве, регулирующем заключаемый ими договор об открытии счета (общее соглашение о применимом праве);

– если владелец счета и его посредник в явно выраженной форме договорятся о том, что право конкретного государства будет регулировать все вопросы сферы действия Конвенции, то такое право регулирует все эти вопросы независимо от того, было ли отдельно выбрано право, которое в целом регулирует договор счета.

Выбор права сторонами признается только в том случае, если в момент согласования применимого права у соответствующего посредника в государстве, чье право выбрано, есть офис, который отвечает требованию о «допустимом офисе». Если основная коллизионная норма не применяется, Конвенция предусматривает три соподчиненных альтернативных коллизионных правила:

– право места нахождения офиса, который в письменном договоре счета в явной и однозначной форме указан в качестве офиса, через который соответствующий посредник заключил договор счета;

– право места учреждения или создания соответствующего посредника;

– право основного места коммерческой деятельности соответствующего посредника.

В отношении векселя и чека большинство государств, придерживающихся «женевской» системы, не устанавливают специального коллизионного регулирования. Исходя из общего принципа примата международного права, Женевские вексельные и чековые конвенции – часть национальной правовой системы. Их положения могут непосредственно применяться в национальных судах и арбитражах: «Простой вексель, переводной вексель и чек во всех случаях регулируются положениями, содержащимися в Женевской конвенции от 7 июня 1930 года о коллизиях законов, касающихся простых и переводных векселей… и в Женевской конвенции от 19 марта 1931 года о коллизиях законов, касающихся чеков… Данные положения применяются также к обязательствам, принятым вне территорий договари-

вающихся государств, или в случае, когда они отсылают к праву государства, не подписавшего конвенции» (ст. 59 Закона о реформе МЧП Италии).

Нормы Женевских вексельных конвенций имеют диспозитивный характер. Основное содержание конвенций – унифицированные коллизионные нормы. Главная цель – разрешение коллизий вексельных законов. Система основных коллизионных привязок по Женевским конвенциям:

– способность лица обязываться по переводному и простому векселю определяется его национальным законом. Возможно применение отсылок обеих степеней;

– лицо, не обладающее способностью обязываться по векселю на основании своего национального закона, несет ответственность, если подпись совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо обладает такой способностью;

– форма простого или переводного векселя определяется законом страны, где вексель выставлен;

– форма обязательства по переводному и простому векселю определяется законом той страны, на территории которой обязательство подписано;

– если обязательство по векселю не имеет силы по закону государства места подписания, но соответствует законодательству государства, где подписано последующее обязательство, то последнее обязательство признается действительным;

– каждое государство-участник имеет право установить, что обязательство по векселю, принятое его гражданином за границей, действительно в отношении другого его гражданина на территории этого государства, если обязательство принято в форме, соответствующей национальному законодательству;

– обязательства акцептанта переводного векселя или лица, подписавшего простой вексель, подчиняются закону места платежа по этим документам;

– сроки для предъявления иска в порядке регресса определяются для всех лиц, поставивших свои подписи, законом места составления документа;

– приобретение держателем переводного векселя права требования, на основании которого выдан документ, решается по закону места составления документа;

– форма и сроки протеста, формы других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по переводному или простому векселю, определяются законом той страны, на территории которой должен быть совершен протест или соответствующие действия;

– последствия утраты или похищения векселя подчиняются закону той страны, где вексель должен быть оплачен.

Основное содержание Женевских чековых конвенций – унифицированные коллизионные нормы, устанавливающие систему коллизионного регулирования чекового права:

– право лица обязываться по чеку определяется его национальным законом; возможно применение отсылок обеих степеней;

– если лицо не вправе обязываться по чеку по своему национальному праву, оно может обязываться по чеку за границей, если это позволяет законодательство данного иностранного государства;

– круг лиц, на которых может быть выставлен чек, определяется по праву страны, где чек должен быть оплачен;

– форма чека и порядок возникновения чековых обязательств определяются по праву страны, где чек был подписан. При этом достаточно соблюдения формы, требуемой законодательством страны места платежа;

– срок для предоставления чека к оплате регулируется правом места платежа;

– возможность оплаты чека по предъявлению, право на акцепт чека и получение частичного платежа, право на отзыв чека определяются по закону места платежа;

– последствия утери или кражи чека регулируются законом места платежа;

– формы и сроки протеста и других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по чеку, определяются законом того государства, на территории которого должны быть совершены протест и соответствующие действия.

В российском законодательстве отсутствует коллизионное регулирование частных валютных отношений, связанных с иностранным правопорядком. Это серьезный недостаток нашего законодательства.

Правовой статус векселя определен в ст. 142–149 ГК РФ. Коллизионное регулирование вексельных отношений отсутствует. Поскольку Россия является участницей Женевских вексельных конвенций и Конвенции ЮНСИТРАЛ, можно сделать вывод, что к вексельным отношениям, связанным с иностранным правопорядком в соответствии со ст. 7 ГК РФ, непосредственно применяются нормы этих международных соглашений.

Расчеты с применением чека регулируются ст. 877–885 ГК РФ. Коллизионное регулирование вопросов чекового права отсутствует. Поскольку Россия не участвует в Женевских чековых конвенциях (правда, положения ГК РФ о расчетах чеками соответствуют нормам конвенций), по-видимому, коллизионное регулирование этих проблем возможно на основе применения аналогии – Женевских вексельных конвенций.

Тема 10
Международное право интеллектуальной собственности

Ануфриева, Л. П. Международное частное право: учебник в 3 т. Т. 1: Особенная часть. М., 2000.

Богуславский, М. М. Международное частное право. М., 2006.

Гаврилов, Э. П., Городов, О. А., Гришаев, С. П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М., 2007.

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2001.

10.1
Понятие и особенности интеллектуальной собственности

На международно-правовом уровне понятие «интеллектуальная собственность» закреплено в Конвенции, учреждающей Всемирную организацию интеллектуальной собственности (г. Стокгольм, 14 июля 1967 г.) (ст. 2): «Интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к:

– литературным, художественным и научным произведениям;

– исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио и телевизионным передачам;

– изобретениям во всех областях человеческой деятельности;

– научным открытиям;

– промышленным образцам;

– товарным знакам, знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям;

– защите против недобросовестной конкуренции,

– а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях».

Интеллектуальная собственность подразделяется на две категории: промышленная собственность (изобретения (патенты), товарные знаки, промышленные образцы и географические указания места происхождения), авторское право (литературные и художественные произведения, музыкальные произведения, произведения изобразительного искусства, архитектурные сооружения). Смежные права включают права артистов-исполнителей на их исполнения, права производителей фонограмм на их записи и права вещательных организаций на их радио и телевизионные программы.

Основные институты, используемые для урегулирования отношений, связанных с интеллектуальной собственностью, – авторское законодательство, патентное законодательство, законодательство по защите от недобросовестной конкуренции. Объекты права интеллектуальной собственности – все права, относящиеся к изобретениям, открытиям, промышленным образцам, товарным знакам, фирменным наименованиям; защита против недобросовестной конкуренции; права на литературные, художественные и научные произведения; другие права, связанные с интеллектуальной деятельностью.

Объекты права интеллектуальной собственности представляют собой бестелесные, нематериальные вещи. Необходимо проводить разграничение между разными видами бестелесных вещей – правами требования и объектами права интеллектуальной собственности. Источник прав требования – обязательство, и его неисполнение влечет за собой возможность требовать совершения определенных действий. Источник права интеллектуальной собственности – непосредственная интеллектуальная деятельность. Основным видом прав на интеллектуальную собственность являются «исключительные права», имеющие особый правовой статус.

Существуют две основные ветви исключительных прав, которым присущи свои системы охраны: форма как результат творческой деятельности (охраняется авторским правом) и существо творческой деятельности (охраняется правом промышленной собственности). Соответственно действуют две системы охраны: фактологическая (авторское право – возникает в силу факта создания произведения) и регистрационная (право промышленной собственности – специальные действия по обособлению результата). Установилась третья

система охраны результатов интеллектуальной деятельности, относящаяся к секретам производства (ноухау). Охрана распространяется на содержание объекта, но осуществляется без регистрации. «В рамках фактологической системы охраны существует «факто-регистрационная» подсистема (охрана компьютерных программ)» (В. П. Звеков).

Право интеллектуальной собственности имеет территориальный характер, оно возникает, признается и защищается только на территории того государства, где создано произведение, зарегистрировано изобретение или открыт секрет производства (в праве промышленной собственности территориальный характер проявляется более рельефно, чем в авторском). В одном из решений Верховного Суда США отмечается, что «защита авторских прав носит территориальный характер. Права, дарованные Законом США об авторском праве, не распространяются далее границ государства».

Принцип территориальности – одно из основополагающих начал права интеллектуальной собственности. Международные договоры в области охраны интеллектуальной собственности придерживаются принципа территориальности (Парижская конвенция по охране промышленной собственности (г. Париж, 20 марта 1883 г.), Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений (г. Берн, 9 сентября 1886 г.). Международные соглашения одновременно являются единственным способом преодоления территориального характера права интеллектуальной собственности. Международные договоры о взаимном признании и защите прав на результаты творческой деятельности декларируют признание и защиту прав интеллектуальной собственности, возникших в иностранном государстве на основе иностранного закона.

Важную роль в становлении международного права интеллектуальной собственности сыграло заключение Стокгольмской конвенции 1967 г., в соответствии с которой была учреждена ВОИС – единый центр международного сотрудничества в области охраны интеллектуальной собственности, он имеет статус специализированного учреждения ООН.

Интеллектуальная собственность имеет двойственную сущность – она одновременно является и результатом творческой деятельности, и товаром (это проявляется в делении прав автора на имущественные и неимущественные). Двойственная сущность прав интеллектуальной собственности – причина того, что данная сфера регулируется как законодательством об авторском праве и праве промышленной собственности, так и правилами международной торговли. Данная специфика послужила причиной принятия в рамках ВТО Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (г. Марракеш, 15 апреля 1994 г.) (ТРИПС/TRIPS). Соглашение ТРИПС – это свод правил по торговле и инвестициям в идеи и творческую деятельность, в котором оговаривается, как интеллектуальная собственность должна быть защищена в процессе осуществления торговых операций. Под «интеллектуальной собственностью» понимаются авторские права, торговые марки, географические названия, используемые для наименования товаров, промышленные образцы (дизайны), топологии интегральных микросхем и нераскрытая информация, например торговые секреты.

В Российской Федерации произведена кодификация права интеллектуальной собственности – нормы об авторском праве, смежных правах, о патентном праве, праве на товарные знаки, другие результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации составляют часть четвертую «Права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации» ГК РФ. В доктрине подчеркивается, что поскольку законодательство о праве интеллектуальной собственности «регулирует имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников, нет сомнения в том, что это законодательство является частью гражданского законодательства» (Э. П. Гаврилов).

Статья 1225 устанавливает перечень охраняемых результатов интеллектуальной деятельности и средств индивидуализации и подчеркивает, что интеллектуальная собствен-

ность охраняется законом. Сфера действия ст. 1225 – объекты авторского права, смежных прав, права промышленной собственности. На результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации признаются интеллектуальные права, которые включают исключительное право (являющееся имущественным), личные неимущественные и иные права (право следования, право доступа и др.). Интеллектуальные права не зависят от права собственности на материальный носитель, в котором выражены результат интеллектуальной деятельности или средство индивидуализации.

На территории РФ действуют исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности и средства индивидуализации, установленные международными договорами РФ и ГК РФ (ст. 1231). С точки зрения МЧП, эта норма имеет наиболее важное значение. Даже те объекты, которые охраняются в России на основе обязательной государственной регистрации, могут получать охрану без такой регистрации, если это предусмотрено международным договором РФ.

Если исключительные интеллектуальные права признаны на основании международного договора, содержание таких прав, их действие, ограничения, порядок осуществления и защиты определяются российским законом независимо от положений законодательства страны возникновения исключительных прав (п. 2 ст. 1231). Норма имеет диспозитивный характер – международным договором или ГК РФ может быть предусмотрено иное.

Если произведение должно охраняться на территории России в соответствии с международным договором, такая охрана распространяется на произведение, которое отвечает одновременно двум условиям:

– произведение либо охраняется в стране своего происхождения, либо отсутствие такой охраны не является следствием истечения срока действия исключительного права на произведение;

– если бы это произведение охранялось в России в соответствии с ее законодательством, то в отношении его еще не истек бы срок действия исключительного права.

Страной происхождения для обнародованных произведений является страна, где произведение было впервые обнародовано, для необнародованных произведений – страна гражданства автора или страна, где произведение находится в объективной форме (по выбору автора). Автор произведения или иной первоначальный правообладатель определяется по закону государства, на территории которого имел место юридический факт, послуживший основанием для приобретения авторских прав (п. 3 ст. 1256).

В соответствии с п. 1 ст. 1256 действие исключительного права на произведения науки, литературы и искусства на территории РФ распространяется:

– на произведения, обнародованные на территории РФ или не обнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме на территории РФ, и признается за авторами независимо от их гражданства;

– на произведения, обнародованные за пределами территории РФ или не обнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме за пределами территории РФ, и признается за авторами – гражданами России;

– на произведения, обнародованные за пределами территории РФ или не обнародованные, но находящиеся в какой-либо объективной форме за пределами территории РФ, и признается на территории РФ за авторами – гражданами других государств и лицами без гражданства в соответствии с международными договорами РФ.

Таким образом, исключительное право на территории РФ предоставляется тому произведению, которое отвечает хотя бы одному критерию охраны – критерию гражданства или критерию места первого обнародования. Под гражданством автора имеется в виду гражданство, которое автор имеет на момент создания произведения, а если произведение было обнародовано – на момент обнародования произведения. Последующее изменение граждан-

ства не меняет правового статуса произведения. В соответствии с критерием гражданства произведениям российских граждан исключительное право предоставляется всегда, а произведениям иностранных лиц – только в тех случаях, когда они подпадают под действие международных договоров РФ. Если произведение создано иностранным гражданином и не подпадает под действие международного договора РФ, исключительное право на него в России не возникает.

В соответствии с критерием места первого обнародования произведения на те произведения, которые были впервые обнародованы в России, всегда возникают исключительные права, а на те произведения, которые были впервые обнародованы за рубежом, исключительные права возникают в случаях, предусмотренных в международных договорах РФ. На произведение, впервые обнародованное за рубежом и не подпадающее под действие международного договора РФ, исключительно право в Российской Федерации не возникает (Э. П. Гаврилов). При предоставлении охраны произведениям на основании международного договора срок действия исключительного права на эти произведения на территории России не может превышать срок действия исключительного права, установленного в стране происхождения произведения.

Исключительное право изготовителя базы данных – иностранного гражданина или иностранного юридического лица – действует на территории РФ и на основе материальной взаимности: при условии, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется на его территории охрана исключительному праву изготовителя базы данных – гражданина России или российского юридического лица (ст. 1336). Исключительные права на изобретения, полезные модели и промышленные образцы признаются, если они удостоверены патентами, имеющими силу на территории России в соответствии с международными договорами (ст. 1346).

Личные неимущественные и иные интеллектуальные права, не являющиеся исключительными, признаются за иностранными гражданами, иностранными юридическими лицами и апатридами и действуют на территории РФ независимо от наличия международного договора, если иное не предусмотрено федеральным законом.

10.2
Авторские и смежные права в международном частном праве

Авторское право можно определить как совокупность правовых норм, регулирующих порядок использования произведений литературы, науки и искусства. Объекты авторского права:

– литературные произведения (включая компьютерные программы и базы данных);

– драматические и музыкально-драматические произведения, сценарные произведения;

– хореографические произведения и пантомимы;

– музыкальные произведения;

– аудиовизуальные произведения (кино, теле и видеопроизведения);

– произведения живописи, скульптуры, графики, дизайна, произведения изобразительного искусства;

– произведения декоративно-прикладного и сценографического искусства;

– произведения архитектуры, градостроительства и садово-паркового искусства;

– фотографические произведения и произведения, полученные способами, аналогичными фотографии;

– географические, геологические и другие карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии и к другим наукам;

– производные произведения (переводы, обработки, аннотации, рефераты, резюме, обзоры, инсценировки, аранжировки);

– сборники (энциклопедии, антологии) и другие составные произведения, представляющие собой по подбору или расположению материалов результат творческого труда.

К объектам авторского права относятся «смежные права» (родственные, аналогичные) – права артистов-исполнителей, производителей фонограмм, вещательных организаций. Перечень объектов авторского права имеет открытый характер.

Авторское право, возникшее на территории одного государства в соответствии с его законодательством, отличается территориальным характером – оно действует только в пределах данного государства и не действует за пределами его юрисдикции. В этом с точки зрения МЧП заключается основное отличие авторского права от других видов гражданских прав.

Если литературное произведение, изданное в одном государстве, переиздается в другом без согласия автора, автор не вправе заявлять претензии по поводу нарушения своего субъективного права. Переиздание произведения за границей не нарушает субъективных прав автора, поскольку эти права имеют территориальные рамки. Чтобы субъективные авторские права, возникшие по закону одного государства, получили признание и защиту на территории других государств, необходимо заключение международного соглашения о взаимном признании и защите авторских прав. Такие соглашения являются основой для признания иностранного авторского права.

Международные договоры обеспечивают признание и защиту субъективных авторских прав, возникших на основе иностранного закона, но не их наличие на территории данного государства. Для того чтобы автор мог претендовать на наличие у него авторского права за границей, его произведение должно быть опубликовано (обнародовано) в соответствующем государстве. Субъективные авторские права на территории любого государства возникают на основе местного законодательства.

Особенность авторских прав – их деление на «исключительные» и «неисключительные». Исключительные права имеют как личный неимущественный, так и имущественный характер. Особый интерес представляют исключительные личные неимущественные авторские права:

– право признаваться автором произведения (право авторства);

– право использовать или разрешать использовать произведение под подлинным именем автора, псевдонимом либо анонимно (право на имя);

– право обнародовать или разрешать обнародовать произведение в любой форме (право на обнародование);

– право на отзыв произведения;

– право на защиту произведения, включая его название, от всякого искажения или иного посягательства, способного нанести ущерб чести и достоинству автора (право на защиту репутации автора).

Исключительные личные неимущественные права принадлежат автору независимо от его имущественных прав и сохраняются за ним в случае уступки исключительных прав на использование произведения.

Исключительные имущественные права – это права автора на осуществление или разрешение действий по использованию произведения в любой форме и любым способом, а именно право: на воспроизведение, на распространение, на импорт, на публичный показ, на публичное исполнение, на передачу в эфир, на сообщение для всеобщего сведения по кабелю, на перевод, на переработку, на доведение до всеобщего сведения.

Имущественные права могут передаваться третьим лицам по авторскому договору, предмет которого – совокупность имущественных прав на произведение.

Авторское право действует в течение всей жизни автора и в течение определенного национальным законодательством срока после его смерти. По истечении этого срока произведения переходят в общественное достояние. Право авторства, право на имя, право на защиту репутации автора охраняются бессрочно.

Смежные права близки авторскому праву, являются производными от него, но не тождественны авторскому праву. К ним относятся: права исполнителей; права производителей фонограмм; права организаций эфирного и кабельного вещания.

Авторское право распространяется на любые компьютерные программы и базы данных, выпущенные и не выпущенные в свет, представленные в объективной форме независимо от их материального носителя и являющиеся результатом творческой деятельности автора. Это объекты авторского права, но их охрана в основном осуществляется в рамках патентного законодательства, т. е. имеет факторегистрационный характер.

Территориальный характер авторских прав предопределяет национальность произведения, которая не зависит от национальности автора, а определяется местом создания произведения. По общему правилу иностранцы в сфере авторского права пользуются национальным режимом – если произведение автора-иностранца было обнародовано на территории данного государства, за таким автором обычно признаются все права, которые вытекают из местного законодательства. Предоставление национального режима непосредственно связано с международно-правовыми соглашениями данного государства: «Авторские права и права на промышленную собственность иностранных физических и юридических лиц пользуются на территории Румынии защитой в соответствии с румынским правом и международными соглашениями, участницей которых является Румыния» (ст. 63 Закона о МЧП Румынии).

Господствующий принцип авторского права – охрана произведений вне зависимости от соблюдения формальностей. В законодательстве подавляющего большинства государств закрепляется, что авторское право возникает в силу факта создания произведения в объек-

тивной форме. В отдельных странах для признания произведения охраняемым необходимы его регистрация, нотариальное удостоверение, оговорка о сохранении авторского права или соблюдение иных обязательных процедур (Испания, Аргентина, Боливия, Колумбия).

10.3
Международная охрана авторских и смежных прав

Унификация авторского права началась в XIX в. – в 1886 г. была подписана *Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений*. Государства-участники основали Бернский союз для охраны прав авторов на литературные и художественные произведения (его административные функции выполняет ВОИС). Основа Конвенции – материально-правовые нормы об охраняемых произведениях и их авторах. Коллизионное регулирование предполагает применение права страны, где испрашивается охрана авторских прав, или закона суда.

При определении субъектов охраны в Бернской конвенции используется территориальный принцип охраны – предпочтение имеет страна происхождения произведения (страна первого опубликования). Решающим признаком является национальность произведения, однако в отдельных случаях учитывается и национальность автора. Авторы из стран – членов Союза пользуются в других странах Союза (кроме страны происхождения произведения) в отношении своих произведений правами, которыми в этих странах пользуются их собственные граждане, а также правами, специально оговоренными в Конвенции. Такая же охрана предоставляется авторам – гражданам государств, не входящих в Союз, если их произведения опубликованы в одной из стран Союза. Охрана неопубликованных произведений предоставляется только гражданам государств – членов Союза.

Максимальный срок охраны авторских прав – все время жизни автора и 50 лет после его смерти. Возможно увеличение сроков охраны в соответствии с национальным законодательством. В случае возникновения спора о сроках охраны применяется право государства первой публикации произведения.

Конвенция предусматривает две группы авторских прав:

– личные имущественные и неимущественные права, установленные национальным законодательством государства, в котором испрашивается охрана;

– специальные права: исключительное право автора на перевод своего произведения, на его воспроизведение и публичное исполнение, передачу по телевидению и радио, переделку, магнитную запись.

Особенности Бернской конвенции заключаются в ограниченном свободном использовании произведений, наличии формальностей по регистрации произведений, а также в том, что согласно Конвенции каждое государство само определяет применение на своей территории этого начала. Объекты охраны – права автора на все произведения в области литературы, науки и искусства, выраженные любым способом и в любой форме. Конвенция устанавливает примерный перечень видов таких произведений.

Бернская конвенция – высокий международный стандарт охраны авторских прав. Для развивающихся государств присоединение к Конвенции невыгодно, поскольку для них практически недостижим такой уровень охраны авторских прав. В настоящее время развивающиеся государства настаивают на ревизии норм Бернской конвенции, отмене исключительных прав автора на перевод и безгонорарном опубликовании в этих государствах лучших произведений литературы и науки.

В Преамбуле *Всемирной конвенции об авторском праве* (г. Женева, 6 сентября 1952 г.) подчеркивается, что ее цель – дополнить действующие нормы международного авторского права, но не заменить или нарушить их. Всемирная конвенция содержит большое количество отсылок к национальному законодательству, меньший объем материально-правовых предписаний, чем Бернская. Всемирная конвенция устанавливает льготы для развивающихся государств – выдача принудительных лицензий на перевод произведений в целях развития

национальной науки, культуры и образования; право свободного перевода произведения по истечении 10 лет после его опубликования; свобода радио и телепередач и свободное использование опубликованных произведений в учебных и научных целях. Нормы Конвенции не имеют обратной силы. Срок охраны авторских прав определяется законом государства, в котором испрашивается защита, но не короче жизни автора плюс 25 лет после его смерти. Установлен принцип сравнения сроков.

Всемирная конвенция вводит понятие «выпуск произведения в свет» как его воспроизведение в какой-либо материальной форме и предоставление неопределенному кругу лиц возможности ознакомления с этим произведением. Введен специальный знак охраны авторских прав (copyright) в виде символа, указания обладателей авторского права, года первого выпуска произведения. Если по внутреннему законодательству государства-участника соблюдение формальностей является обязательным, то формальности считаются соблюденными в отношении произведений граждан других государств-участников либо произведений, впервые выпущенных в свет вне территории данного государства, при условии, что все экземпляры таких произведений, начиная с первого выпуска в свет, будут иметь знак охраны авторского права. Данный знак должен быть размещен «таким способом и на таком месте, которые ясно показывали бы, что авторское право сохраняется» (п. 1 ст. 3).

Всемирная конвенция исходит из принципа национального режима:

– выпущенные в свет произведения граждан любого государства-участника, как и произведения, впервые опубликованные на территории такого государства, пользуются в каждом другом государстве-участнике охраной, которую такое государство предоставляет произведениям своих граждан, впервые опубликованным на его территории;

– не выпущенные в свет произведения граждан каждого государства-участника пользуются в каждом другом государстве-участнике охраной, которую такое государство предоставляет не выпущенным в свет произведениям своих граждан;

– любое государство-участник может в порядке своего внутреннего законодательства приравнять к своим гражданам лиц без гражданства, постоянно проживающих на его территории.

В доктрине высказывается мнение, что Всемирная конвенция об авторском праве в значительной степени потеряла свое значение, поскольку практически все государства-участники подписали Бернскую конвенцию.

В 1996 г. Женевская дипломатическая конференция приняла новый универсальный договор – *Договор ВОИС по авторскому праву* (г. Женева, 20 декабря 1996 г.), который установил принципиально иной, более высокий уровень охраны объектов авторского права: правовая охрана авторских прав связана со стимулированием литературного и художественного творчества. Охрана распространяется не только на форму выражения произведения, но и на идеи и процессы. Объекты охраны – компьютерные программы, компиляции данных или другой информации как результат интеллектуальной деятельности, «информация об управлении правами», приложенная к произведению.

Выделение из авторского права смежных (аналогичных, родственных) прав и установление их самостоятельной защиты связано с распространением «интеллектуального пиратства» (вторичное использование произведения без согласия автора и исполнителя, незаконное копирование и реализация фонограмм). Основные формы охраны смежных прав – право их субъектов разрешать или запрещать вторичное воспроизведение результатов их творческой деятельности.

Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (г. Рим, 26 октября 1961 г.) обеспечивает охрану прав исполнителей на их исполнение, фонограммы производителей фонограмм и передачи вещательных организаций. Она основана на принципе национального режима, который предоставля-

ется по законодательству страны, где испрашивается охрана. Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм (г. Женева, 29 октября 1971 г.) обновила и дополнила Римскую конвенцию путем предоставления производителям фонограмм особого режима, охраны в рамках антимонопольного законодательства и уголовно-правовой защиты. Критерий выбора применимого права – законодательство государства гражданства производителя фонограмм.

Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (г. Женева, 20 декабря 1996 г.) не влияет на обязательства государств по другим конвенциям об охране смежных прав, не затрагивает права авторов и распространяется только на исполнителей и производителей фонограмм. Он основан на принципе национального режима охраны: каждое государство-участник предоставляет гражданам других государств такой же режим, какой они предоставляют своим собственным гражданам в отношении перечисленных в Договоре исключительных прав исполнителей и производителей фонограмм.

10.4
Специфика права промышленной собственности в международном частном праве

В доктрине для обозначения этой отрасли МЧП употребляется различная терминология – изобретательское, патентное, лицензионное право, право промышленной собственности. Представляется, что термин «право промышленной собственности» можно использовать как родовое понятие, введенное Парижской конвенцией 1883 г. (п. 3 ст. 1): «Промышленная собственность понимается в самом широком смысле и распространяется не только на промышленность и торговлю в собственном смысле слова, но также и на области сельскохозяйственного производства и добывающей промышленности и на все продукты промышленного или природного происхождения, как, например: вино, зерно, табачный лист, фрукты, скот, ископаемые, минеральные воды, пиво, цветы, мука».

Объекты права промышленной собственности – научные открытия, изобретения, промышленные образцы, товарные знаки, фирменные наименования, знаки обслуживания, коммерческие обозначения, пресечение недобросовестной конкуренции, полезные модели, наименования мест происхождения товаров, торговые и производственные секреты (ноу-хау), все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности. Пограничное место занимают компьютерные программы, базы данных и топологии интегральных микросхем, которые считаются объектами авторского права, но охраняются в рамках патентного ведомства.

Право промышленной собственности охраняет идею, замысел изобретения, товарного знака независимо от формы реализации этих идей. Особенность права промышленной собственности – специфические формы охраны путем выдачи государственных охранных документов.

Территориальный характер права промышленной собственности проявляется более отчетливо, чем в авторском праве. Субъективное право на промышленную собственность возникает по волеизъявлению государства, направленному на охрану прав изобретателя посредством выдачи охранного документа (патент, авторское свидетельство, регистрация товарного знака). Выдача охранного документа представляет собой акт государственной власти и создает субъективные права, действующие на территории данного государства. В других государствах эти права законом не охраняются, изобретение может свободно использоваться другими лицами.

К объектам права промышленной собственности предъявляются различные требования: новизны, полезности (в некоторых странах), приоритета, патентной чистоты. Предложенное решение должно быть новым, неизвестным в мире (мировая новизна) или в данной стране (локальная новизна). Патентная чистота – это проверка изделия в случае экспорта объектов промышленной собственности (не подпадают ли данные объекты под действие других патентов, выданных третьим лицам).

Большинство государств предоставляет иностранцам национальный режим в сфере охраны прав на промышленную собственность. Однако принцип национального режима применяется далеко не во всех странах. Например, в патентном законодательстве Италии для национальных изобретателей установлены более длительные сроки охраны изобретений и льготный режим патентования.

В российском законодательстве закреплено общее правило – исключительные интеллектуальные права на объекты промышленной собственности, удостоверенные иностран-

ными охранными документами, признаются на территории РФ в соответствии с международными договорами (например, ст. 1409, 1479 ГК).

В рамках патентного права охраняются изобретения, полезные модели, промышленные образцы. Изобретение – это отвечающее критериям патентоспособности техническое решение либо применение уже известных устройств по новому назначению. Патент устанавливает юридическую монополию на изобретение и обеспечивает его обладателю исключительные права на использование изобретения. Охрана промышленных образцов также осуществляется при помощи выдачи патента на промышленный образец, аналогичного патенту на изобретение. Промышленный образец – это художественно-конструкторское решение, определяющее внешний вид изделия.

Объекты средств индивидуализации юридического лица и продукции:

– средства индивидуализации продукции (товарные знаки, знаки обслуживания, указания происхождения, наименования места происхождения товаров);

– средства индивидуализации юридических лиц (фирменные наименования).

Товарный знак и знак обслуживания – это обозначения, служащие для индивидуализации товаров, работ или услуг. Отличие знака обслуживания от товарного знака – вместо товаров индивидуализирует услуги.

Товарный знак служит средством индивидуализации участников гражданского оборота и производимой ими продукции. Основание правовой охраны товарного знака – свидетельство, выдаваемое патентным ведомством. Свидетельство подтверждает приоритет знака и исключительные права его обладателя. Приоритет товарного знака устанавливается по дате подачи первой заявки в патентное ведомство любого государства – участника Парижского союза. Классификация товарных знаков:

– по форме выражения – словесные, изобразительные, объемные, звуковые, световые, обонятельные, комбинированные;

– по числу субъектов – индивидуальные и коллективные;

– по степени известности – общеизвестные и обычные.

Наименование места происхождения товара – это обозначение, содержащее наименование какого-либо географического объекта и ставшее известным в результате его использования в отношении товара, особые свойства которого определяются характерными для данного географического объекта признаками. Основание правовой охраны наименования места происхождения товара – его регистрация в патентном ведомстве.

Фирменное наименование представляет собой средство индивидуализации юридических лиц. Структура фирменного наименования:

– организационно-правовая форма юридического лица;

– собственно наименование.

Фирменное наименование должно быть новым и отличным от других, для того чтобы исключить смешение его правообладателя в хозяйственном обороте с иными организациями, осуществляющими аналогичную деятельность.

10.5
Международно-правовое регулирование права промышленной собственности

Основной способ преодоления территориального характера права промышленной собственности и его охраны за пределами государства возникновения – заключение международных соглашений. В унификации права промышленной собственности большую роль играют международные организации: Парижский союз, ВОИС, Международный центр патентной документации (ИНПАДОК).

Первый универсальный договор – Парижская конвенция 1883 г. Государства – участники Конвенции образовали Парижский союз для защиты промышленной собственности. Цель Парижской конвенции – создание правовых условий для охраны исключительных прав в сфере промышленной собственности. Субъекты охраны – граждане и фирмы из государств – членов Парижского союза. Основной принцип – предоставление национального режима.

Парижская конвенция применяется к промышленной собственности в широком смысле, включая изобретения, знаки, промышленные образцы, полезные модели, фирменные наименования, географические указания (указания источника и наименования источника происхождения) и пресечение недобросовестной конкуренции.

Конвенция определяет промышленную собственность как часть интеллектуальной собственности. Подчеркивается своеобразие промышленной собственности: ее объекты – это бестелесные вещи, поэтому на первом месте стоит охрана идеи независимо от формы ее реализации. Парижская конвенция закрепляет принципы национального режима, патентной чистоты и конвенционного приоритета.

Институт конвенционного приоритета – одна из основных идей Парижской конвенции. Конвенционный приоритет означает, что лицо, подавшее заявку на товарный знак в одном из государств – участников Союза, в течение шести месяцев со дня подачи первой заявки пользуется для подачи заявки в других государствах – участниках Союза правом приоритета. В этих странах приоритет и новизна будут определяться не на день фактической подачи заявки в местное патентное ведомство, а на день подачи первой заявки. Конвенционный приоритет при патентовании промышленных образцов и регистрации товарных знаков действует в течение шести месяцев. Аналогичное положение содержится в российском законодательстве (п. 1 ст. 1382 ГК).

Конвенция установила временную охрану некоторых объектов промышленной собственности на международных выставках. Нормы об экспонировании изобретений на международных выставках в странах-участницах закрепляют правило: экспонирование изобретения на выставке не препятствует его патентованию в этой стране (срок конвенционного приоритета исчисляется с момента помещения изделия на выставке).

Договор о патентной кооперации (г. Вашингтон, 19 июня 1970 г.) устанавливает порядок составления и подачи международной заявки на получение охранного документа. Договор предоставляет возможность испрашивать патентную охрану на изобретение одновременно в каждой стране путем подачи одной «международной» заявки. Заявка может быть подана любым лицом, которое является гражданином или проживает на территории договаривающегося государства. В российском законодательстве определен порядок патентования изобретения или полезной модели, созданных в России в соответствии с Договором о патентной кооперации (ст. 1395, 1396 ГК).

В соответствии с Мюнхенской конвенцией о выдаче европейских патентов (1973 г.) (участники – государства – члены ЕС) создана Европейская патентная организация и уста-

новлен единый европейский патент, действующий во всех странах – участницах Конвенции. Любое лицо имеет возможность получить патент на изобретение, действующий в тех странах-участницах, в которых заявитель пожелает. «Европейский патент», по существу, представляет собой «букет» национальных патентов.

Мадридская система международной регистрации знаков установлена Мадридской конвенцией о международной регистрации знаков (1891 г.) и Протоколом к ней (1989 г.). Данная Конвенция – основной международный договор, преодолевающий территориальный характер охраны товарных знаков. Она предусматривает охрану знаков во всех государствах-участниках без их регистрации в каждом государстве и содержит Международную классификацию товаров и услуг для регистрации знаков (МКТУ).

Ниццкое соглашение о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков (г. Ницца, 15 июня 1957 г.) учреждает классификацию товаров и услуг в целях регистрации товарных знаков и знаков обслуживания. Венское соглашение, учреждающее Международную классификацию изобразительных элементов знаков (1973 г.), закрепляет систему классификации знаков, которые состоят из изобразительных элементов или содержат их. Локарнское соглашение об учреждении Международной классификации промышленных образцов (1968 г.) устанавливает классификацию промышленных образцов.

Лиссабонское соглашение об охране наименований мест происхождения и их международной регистрации (1958 г.) направлено на обеспечение охраны наименований мест происхождения. Система международного депонирования промышленных образцов регулируется Гаагским соглашением о международном депонировании промышленных образцов (г. Гаага, 6 ноября 1925 г.).

Договор о патентном праве (PLT) (г. Женева, 1 июня 2000 г.) направлен на гармонизацию и упрощение формальных процедур в отношении национальных и региональных патентных заявок и патентов. PLT предусматривает максимальный набор требований, которые может применять ведомство договаривающейся стороны: ведомство не может устанавливать какие-либо иные формальные требования в отношении вопросов, регулируемых Договором.

10.6
Коллизионное регулирование прав интеллектуальной собственности

Коллизионные нормы в сфере права интеллектуальной собственности впервые были сформулированы в международных договорах (Бернская конвенция 1886 г.). В ст. 5.2 «Выбор права» установлено: «Помимо установленных настоящей Конвенцией положений, объем охраны, равно как и средства защиты, обеспечиваемые автору для ограждения его прав, регулируется исключительно законодательством страны, в которой истребуется охрана». Такая же норма закреплена в Договоре ВОИС об авторском праве 1996 г.

Предложенная формулировка порождает проблему толкования понятия «страна, в которой истребуется охрана» (lex loci protectionis). Данный термин может относиться и к государству, суд которого рассматривает дело, и к государству, в котором правообладатель желает получить защиту, и к государству, на территории которого были нарушены авторские права. Норма Конвенции не определяет юрисдикцию, не указывает, что страна, предоставляющая охрану, – это страна, на территории которой «испрашивается» защита.

Господствующее мнение доктрины – ст. 5.2 Бернской конвенции предусматривает применение lex fori. Такое толкование совпадает с буквальным текстом Конвенции. Однако высказывается мнение, что «страна, в которой истребуется охрана» – это государство, в котором правообладатель желает получить защиту. Если иск предъявлен в суд другого государства, применимым является иностранное право – право страны, в которой автор «желает получить защиту» (А. Люка).

Принцип выбора права в ст. 5.2 Бернской конвенции является производным от принципа территориальности права интеллектуальной собственности. Одновременно этот принцип не обязательно должен требовать в итоге применения lex fori. Независимо от того, суд какой страны рассматривает дело, отсылка к праву страны, «где испрашивается защита», может привести к применению права иностранного государства. Это демонстрирует судебная практика США и Великобритании.

Норма ст. 5.2 Бернской конвенции имеет общий характер. В Конвенции содержатся специальные положения, предусматривающие применение права страны, в которой испрашивается охрана, к отдельным ситуациям (п. 2а ст. 14 bis – право страны, в которой истребуется охрана, применяется при определении лиц – владельцев авторских прав на кинематографическое произведение).

Коллизионное регулирование отношений в сфере промышленной собственности в принципе идентично коллизионному регулированию в авторском праве. Исходное начало – применение права государства, где испрашивается охрана. Возможно применение закона суда. В судебной практике распространено применение отсылок первой и второй степеней.

Современные национальные кодификации в основном регламентируют отдельные аспекты права интеллектуальной собственности; коллизионное регулирование этого института в целом осуществлено всего в нескольких юрисдикциях.

В соответствии с положениями гл. III «Права на произведения умственного труда» Указа о МЧП Венгрии авторские права регулируются правом государства, на территории которого заявлено требование об охране произведения. Изобретателю и его правопреемнику обеспечивается охрана изобретения по праву того государства и в том государстве, в котором был выдан патент или где была подана заявка на него.

Законодатель Португалии устанавливает, что права автора регулируются законом места первого опубликования произведения. Если произведение не опубликовано, применя-

ется личный закон автора. Промышленная собственность регулируется законом страны ее создания (ст. 48 ГК Португалии).

Закон о МЧП Украины предусматривает, что к правоотношениям в сфере защиты прав интеллектуальной собственности применяется право государства, в котором требуется защита этих прав (ст. 37). «К сделкам, предметом которых является право интеллектуальной собственности, применяется право, определяемое согласно соответствующим правилам настоящего Закона» (ст. 36).

В Румынии нормы права интеллектуальной собственности помещены в разд. 5 «Бестелесное имущество» Закона о МЧП. Возникновение, содержание и прекращение авторских прав подчиняются закону того государства, в котором произведение было впервые публично обнародовано. Произведения интеллектуальной деятельности, которые не были обнародованы, регулируются личным законом автора (ст. 60). Возникновение, содержание и прекращение права на промышленную собственность регулируются законом того государства, где ее объект был передан на хранение, или была произведена ее регистрация, или было подано заявление о передаче на хранение или о регистрации (ст. 61). Получение материального и морального возмещения регулируется законом того государства, в котором авторское право или право на промышленную собственность было нарушено (ст. 62).

Закон о МЧП Швейцарии регламентирует не только вопросы применимого права, но и вопросы юрисдикции. Иски о правах интеллектуальной собственности рассматриваются швейцарским судом по месту жительства ответчика или по месту истребования охраны. Исключение составляют иски о действительности и регистрации прав интеллектуальной собственности за границей. Если ответчик не имеет места жительства в Швейцарии, иски о действительности или регистрации на территории Швейцарии прав интеллектуальной собственности подаются в швейцарский суд по зарегистрированному месту нахождения торгового промысла представителя, а при его отсутствии – в суд по месту нахождения регистрирующего органа (ст. 109). К правам интеллектуальной собственности применяется право государства, на территории которого испрашивается охрана. По требованиям из причинения вреда стороны могут в любое время после наступления вредоносного события договориться о применении права страны суда. К договорам в сфере интеллектуальной собственности применяются положения Закона о МЧП, регулирующие договорные отношения (ст. 110).

Швейцарский законодатель в качестве исходного коллизионного начала определил право того государства, где испрашивается охрана прав интеллектуальной собственности. Субсидиарно применяются коллизионные привязки обязательственного права и закон суда (в соответствии с общей концепцией деликтных обязательств). Толкование ст. 111 позволяет утверждать, что «государство, на территории которого испрашивается охрана» и «страна суда» – не тождественные понятия.

В большинстве государств коллизионное регулирование вопросов права интеллектуальной собственности включено в раздел «Права на нематериальное имущество»: «Права на нематериальные блага регулируются правом государства использования данных прав» (ст. 54 Закона о реформе МЧП Италии). Возникновение, содержание и погашение прав на нематериальное имущество определяются согласно праву того государства, в котором имеет место действие по их использованию или нарушению. В рамках МЧП прежде всего регулируются договорные отношения в сфере интеллектуальной собственности: «Договоры об авторских правах регулируются согласно применимому к обязательственным отношениям праву… выбор права всегда следует принимать во внимание. Договоры о коллективном соблюдении авторского права в Лихтенштейне подпадают всегда под лихтенштейнское право» (ст. 47, 38а Закона о МЧП Лихтенштейна).

К обязательствам из договора об уступке авторских прав применяется право государства, в котором в момент заключения договора имел место нахождения или место житель-

ства приобретатель этих прав (ст. 27.1.4 Закона о МЧП Польши). В отсутствие права, избранного сторонами, «договоры, касающиеся интеллектуальной собственности, регулируются правом государства обычного места пребывания того, кто передает или уступает право на интеллектуальную собственность» (ст. 69 Кодекса Туниса).

В доктрине высказывается точка зрения, что любые правоотношения (в том числе связанные с интеллектуальной собственностью) должны регулироваться правом, наиболее тесно связанным с отношением (П. Д. Барановский):

– правом места первого обнародования произведения или регистрации объекта промышленной собственности;

– личным законом правообладателя;

– личным законом нарушителя;

– правом места причинения ущерба;

– законом страны суда, если охрана нарушенного права должна иметь место в этом государстве;

– автономией воли сторон – для договорных отношений в сфере прав интеллектуальной собственности.

По неизвестной причине в российском законодательстве отсутствуют коллизионные нормы права интеллектуальной собственности. Положения части четвертой ГК РФ демонстрируют серьезный пробел – практически полное отсутствие коллизионного регулирования отношений сферы интеллектуальной собственности, связанных с иностранным правопорядком.

Тема 11
Международное частное трудовое право

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Звеков, В. П. Международное частное право: курс лекций. М., 1999.

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

Киселев, И. Я. Труд с иностранным участием (правовые аспекты). М., 2003.

Киселев, И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М., 2005.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

11.1
Основные начала международного частного трудового права

К отношениям частно-правового характера, подпадающим под действие международного частного права, относятся и трудовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, но только в той мере, в какой их правовая регламентация осуществляется с использованием категорий частного права. Система норм, регулирующих такие отношения, образует самостоятельную отрасль МЧП – международное частное трудовое право, состоящее из материально-правовых и коллизионных предписаний (В. П. Звеков).

Доктрина

В отечественной доктрине трудового права высказывается мнение, что включение трудовых отношений с участием иностранцев на территории РФ в сферу действия МЧП связано с отсутствием в КЗоТ РСФСР 1971 г. (действовал более 30 лет) какого-либо упоминания об особенностях регулирования труда иностранцев. В настоящее время все трудовые отношения в России регулируются ее трудовым законодательством и не относятся к сфере действия МЧП (Г. С. Скачкова).

Включение норм, регулирующих трудовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, в систему МЧП подчеркивается большинством российским ученых: «К трудовым отношениям с иностранным элементом применяются общие понятия и положения международного частного права» (М. М. Богуславский). Трудовые отношения с иностранным элементом, наряду с гражданско-правовыми отношениями, входят в предмет МЧП (Г. К. Дмитриева). Даже концепция узкого толкования предмета МЧП с учетом комплексного характера природы такой отрасли права позволяет включить в ее предмет нормы о трудовых отношениях физических лиц (Н. Ю. Ерпылева).

Трудовое право – конгломерат публично-правовых и частно-правовых предписаний, хотя традиционно принято считать, что трудовое право входит в систему национального частного права. В настоящее время трудовое право – это комплексная, смешанная отрасль права, регулирующая и публично-правовые, и частно-правовые отношения. Трудовые отношения, затрагивающие сферу действия российского МЧП, включают в себя отношения иностранных работодателей в России, работу иностранцев в России (Н. И. Марышева).

В регулировании трудовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, важную роль играют международные организации, в первую очередь Международная организация труда (МОТ). Структура МОТ уникальна – в ее исполнительных органах каждое государство представлено не только в лице своих официальных органов, но и в лице работников и работодателей (равное количество тех и других). Устав МОТ обязывает каждое государство-участника вводить в его национальное законодательство либо непосредственно применять в национальных судах и иных компетентных органах нормы конвенций, принятых в рамках МОТ их положения, а именно:

– конвенции и соглашения по вопросам защиты прав человека в области труда (Конвенция № 29 относительно принудительного и обязательного труда (г. Женева, 28 июня 1930 г.);

– соглашения и конвенции об обеспечении занятости и борьбы с последствиями безработицы (Конвенция № 88 об организации службы занятости (г. Сан-Франциско, 9 июля 1948 г.);

– конвенции и соглашения по вопросам труда и отдыха (Конвенция № 171 о ночном труде (г. Женева, 26 июня 1990 г.);

– документы, регламентирующие отношения между работодателем и работником (Рекомендация № 92 о добровольном примирении и арбитраже (г. Женева, 29 июня 1951 г.);

Вмешательство государства в регулирование трудовых отношений предопределяет ограничение действия коллизионных норм. Даже когда частно-правовая природа трудовых отношений не вызывает сомнений, в большинстве государств эти отношения оказываются в пределах правового поля, где обязательно применение императивных норм национального законодательства. Подчинение трудовых отношений цивилистическим и коллизионным началам сталкивается с публично-правовыми предписаниями об охране труда, «увечных» делах, о забастовках. Особенности международного частного трудового права – осторожное отношение законодателя к возможности автономии воли сторон, тенденция ее ограничения, ориентир на защиту интересов «слабой» стороны.

11.2
Коллизионное регулирование в международном частном трудовом праве

Коллизионное регулирование международных трудовых отношений предполагает применение общих категорий коллизионного права, но с существенными оговорками. Как правило, трудовые отношения на территории какого-либо государства подчиняются его праву. Государство может согласиться на изъятие из правила о применении к трудовому договору своего внутреннего права и допустить применение иностранного права. Последнее должно иметь тесную связь с данными трудовыми отношениями, не ухудшать положение работника по сравнению с местным законодательством и не нарушать императивные нормы трудового права (И. Я. Киселев).

В судебной практике Франции, Бельгии, ФРГ, Италии регулирование международных трудовых отношений основано на гражданско-правовых концепциях. Одновременно Кодекс труда Франции содержит специальный раздел «Иностранная рабочая сила и защита интересов национальной рабочей силы», нормы которого касаются доступа иностранцев к работе во Франции и имеют административно-правовой характер (М. М. Богуславский).

Коллизионно-правовое регулирование международных трудовых отношений затрагивает частно-правовые аспекты этих отношений, прежде всего вопросы трудового договора. Трудовой контракт – это договор, и к нему применяется автономия воли как генеральная коллизионная привязка всех договорных обязательств. Законодательство большинства государств предусматривает возможность соглашения сторон о применимом праве при заключении трудового контракта (Испания, Чехия, Лихтенштейн, ФРГ). Неограниченная автономия воли сторон признается законодательством и судебной практикой Великобритании и Италии.

В подавляющем большинстве юрисдикций законодатель установил ограничения свободы выбора права по трудовым контрактам:

– стороны могут подчинить трудовые отношения выбранному праву, если оно имеет связь с этими отношениями (ст. 32 Закона о МЧП Польши);

– выбор права принимается во внимание, если он осуществлен прямо выраженным образом; выбор права не принимается во внимание, если он осуществлен в ущерб работнику (ст. 48.3 Закона о МЧП Лихтенштейна);

– выбор права принимается во внимание только в той мере, в какой он не затрагивает императивные нормы права страны:

места обычного выполнения работы (ФРГ, Лихтенштейн, Румыния, Канада);

государства, в котором работодатель имеет свое обычное местопребывание (ФРГ, Лихтенштейн, Канада);

места нахождения предприятия (Румыния);

государства, с которым трудовой договор или трудовое отношение обнаруживает более тесные связи (ФРГ, Румыния);

– выбор права ограничен правопорядками, прямо установленными законодателем: «Стороны могут подчинить трудовой договор праву страны обычного пребывания работника либо праву страны места делового обзаведения, места жительства или обычного пребывания нанимателя» (ст. 121.3 Закона о МЧП Швейцарии).

Основное ограничение автономии воли в трудовых договорах и трудовых отношениях – выбор права сторон не должен вести к тому, чтобы работник был лишен защиты, предоставляемой императивными положениями законодательства, которое является применимым

в соответствии с коллизионными нормами страны суда. Законодательство многих стран в принципе не предусматривает автономию воли в качестве привязки к регулированию трудовых отношений (Украина, Тунис, Венгрия).

Коллизионная привязка «закон места работы» (lex loci laboris) – самый распространенный подход при определении права, применимого к трудовым отношениям (Австрия, Нидерланды, Бразилия). В отсутствие выбора права сторонами в основном применяется этот специальный коллизионный принцип: «К обязательствам, вытекающим из трудовых договоров, за неимением прямо выраженного подчинения сторон [какому-либо закону]… применяется закон места, где выполняются работы» (ст. 10.6 ГК Испании).

В государствах, не допускающих выбор применимого права к трудовым отношениям, закон места работы – основное коллизионное начало: «Трудовой договор регулируется правом государства, в котором работник обычно выполняет свою работу» (ст. 67 Кодекса Туниса). В Польше закон места работы – субсидиарная коллизионная привязка второй степени: применяется в отсутствие выбора права и общего домицилия сторон (ст. 33.2 Закона о МЧП).

Субсидиарные коллизионные привязки трудовых отношений:

1) право государства, в котором стороны имели место жительства или место нахождения в момент возникновения отношения (Польша);

2) право страны места нахождения предприятия, если:

– «работа выполняется, выполнялась или должна была выполняться на предприятии работодателя» (Польша);

– «работник выполняет работу в одном государстве на основании трудового правоотношения с организацией, имеющей место нахождения в другом государстве» (Чехия);

– «работник выполняет работу… в нескольких государствах (Румыния);

3) право государства, в котором работодатель имеет свое обычное местопребывание, если:

– работник обычно выполняет свою работу в более чем одном государстве (Австрия, Лихтенштейн, Швейцария, Тунис, Венгрия, ФРГ);

– работник не имеет обычного места работы (Австрия, Лихтенштейн);

– применимое право не определено сторонами (Канада);

4) право государства, с которым трудовой договор имеет более тесные связи (Тунис, Румыния, ФРГ).

Законодательство отдельных стран выделяет специальные ситуации коллизионного регулирования трудовых отношений:

1) трудовые отношения работников «на осуществляющих перевозки средствах транспорта» регулируются правом государства:

– под флагом или опознавательным знаком которого данное средство транспорта передвигается; трудовые отношения работников иных перевозчиков определяются по личному закону перевозчика (Венгрия);

– «на железнодорожном и автодорожном транспорте – правом места нахождения предприятия, на речном и воздушном транспорте – правом места регистрации, на морском транспорте – правом государства, под флагом которого транспортное средство используется» (Чехия);

2) трудовые отношения работников, направленных в служебную командировку, регулируются правом государства:

– места нахождения работодателя (Венгрия);

– места выполнения работы (Лихтенштейн, Румыния).

В международном частном трудовом праве вопросы конфликта квалификаций, конфликта юрисдикций и применения отсылок разрешаются на основе общих принципов кол-

лизионного регулирования. Оговорка о публичном порядке при рассмотрении споров из международных трудовых отношений применяется довольно широко; в данном случае ее применение не считается правовой аномалией. Трудовая право и дееспособность определяется на основе личного закона работника, но с изъятиями в пользу закона места работы или личного закона работодателя (исходя из применения права, наиболее «благоприятного» для работника).

В отечественной доктрине подчеркивается, что хотя в законодательстве РФ применительно к трудовым отношениям не сформулирован общий коллизионный принцип, оно исходит из принципа применения права страны места выполнения работы (lex loci laboris), даже если договор заключается между иностранными субъектами за рубежом, исключений из этого принципа не делается (М. М. Богуславский).

Исходя из общих принципов российского права в случаях, прямо не урегулированных законодательством, следует применять аналогию права и аналогию закона – в данной ситуации предписания ст. 1210 и 1211 ГК РФ. Соответственно, договорные трудовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, прежде всего должны регулироваться на основе права, избранного сторонами. В отсутствие выбора права применимое право определяется по принципу наиболее тесной связи (прежде всего, на основе критерия характерного предоставления). Самым близким к трудовому контракту является гражданско-правовой договор о возмездном оказании услуг. Прямо этот контракт в ст. 1211 не упоминается. Исходя из общего смысла статьи, к договору услуг применяется право исполнителя (центральная сторона отношения). Получается, что трудовой контракт в отсутствие выбора права сторонами может регулироваться и правом государства, на территории которого исполнитель имеет свое обычное место жительства, т. е. личным законом работника, если «иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела».

Предписания отечественного законодательства не позволяют сделать однозначный вывод, что к трудовым отношениям следует применять право страны места выполнения работы. Эта привязка может быть выведена российским судом только по собственному усмотрению, если из условий и существа договора либо совокупности обстоятельств дела следует, что трудовое отношение имеет тесную связь с таким государством.

11.3
Трудовые отношения, связанные с иностранным правопорядком, по законодательству РФ

Исходное начало регулирования труда иностранцев в Российской Федерации – норма Конституции РФ о равном праве на труд. В сфере трудовых отношений установлено применение принципа национального режима (но с широкими изъятиями). Анализ положений российского права позволяет утверждать, что приоритетными правами на труд на территории РФ обладают российские граждане (аналогичное положение имеется практически во всех трудовых законах других государствах).

Трудовой кодекс РФ разрабатывался при участии экспертов МОТ и вобрал в себя многие международные нормы о труде (О. А. Вострецова). При рассмотрении трудовых споров судьи должны учитывать принципы, закрепленные в документах МОТ, а именно:

– свобода объединения;

– право на ведение коллективных переговоров;

– упразднение всех форм принудительного и обязательного труда;

– запрещение детского труда (этот принцип в Трудовом кодексе РФ вообще не упоминается);

– недискриминация в области труда и занятости.

Согласно ст. 10 Трудового кодекса РФ общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры РФ являются источником российского трудового права. Если международным договором РФ установлены другие правила, чем предусмотренные законами и иными нормативными правовыми актами, содержащими нормы трудового права, применяются правила международного договора.

При регулировании на территории РФ трудовых отношений иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных ими либо с их участием, действует правила, установленные Трудовым кодексом РФ, иным законодательством о трудовом праве, и международными договорами РФ (ст. 11). Эта норма устанавливает национальный режим регулирования трудовых отношений с участием иностранных лиц и распространяет на эти отношения российское трудовое законодательство. Правовое регулирование трудовых отношений с иностранным участием является новым для отечественного трудового права направлением, «которого практически не было в советском трудовом праве и которое еще не сложилось окончательно на сегодняшний день» (И. Я. Киселев).

Трудовой кодекс РФ не содержит специальных правил труда для иностранцев, не регулирует особенности их правового положения в сфере трудового права. Эти проблемы регламентируются в специальных федеральных законах, которые определяют и категории иностранных физических лиц, и особые категории иностранных работников на территории РФ (см., например, Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»). Трудовые договоры с иностранцами могут иметь только срочный характер. В соответствии с законодательством РФ иностранным гражданам запрещено: занимать выборные должности в органах государственной власти и управления; должности судей, прокуроров, следователей; входить в состав членов экипажа воздушных судов; быть капитанами водных судов. Для иностранцев закреплен общий разрешительный порядок труда.

В настоящее время возросла трудовая миграция российских граждан за границу. Деятельность, связанная с трудоустройством российских граждан за границей, на территории РФ может осуществляться только российскими юридическими лицами, имеющими специ-

альную лицензию. К трудовым отношениям россиян за границей возможно применение и российского, и иностранного права. Российское право регулирует труд российских граждан за границей, если трудовые отношения возникли на территории РФ. Иностранное право определяет правовое положение российского работника по трудовому контракту, заключенному за границей. Условия труда российских граждан за границей, предусмотренные трудовым контрактом, не должны быть хуже условий, предусмотренных в трудовых контрактах с гражданами других иностранных государств (режим наибольшего благоприятствования).

В Трудовом кодексе РФ отсутствует специальное регулирование трудовых отношений, связанных с иностранным правопорядком. *В российском законодательстве нет ни одной коллизионной нормы, которая непосредственно относилась бы к сфере действия международного частного трудового права.* Этот пробел российского права осложняет возможность государственной защиты прав и законных интересов российских граждан, работающих по контракту в других государствах.

В сфере коллизионного регулирования международных трудовых отношений отечественный законодатель мог воспользоваться хотя бы моделью, закрепленной в Законе о МЧП Украины: «К трудовым отношениям применяется право государства, в котором выполняется работа, если иное не предусмотрено законом или международным договором Украины» (ст. 52). Трудовые отношения граждан Украины, работающих за границей, регулируются правом Украины, если: 1) граждане Украины работают в зарубежных дипломатических учреждениях Украины; 2) граждане Украины заключили с работодателями – физическими или юридическими лицами Украины трудовые договоры о выполнении работы за границей, в том числе в их обособленных подразделениях; это предусмотрено законом или международным договором Украины (ст. 53).

11.4
Юридическая конструкция и основные формы заемного труда

В современной практике трудовых отношений выработана специфическая правовая конструкция – «заемный труд». Модель заемного труда предполагает наличие одновременно трех субъектов в одном правоотношении: работник; предприятие-пользователь; частное агентство занятости. Особенность модели заемного труда заключается в том, что помимо работника и предприятия действует специальный субъект – частное агентство занятости. Отношения в этой конструкции имеют трехсторонний характер:

– отношение «работник – агентство»;

– отношение «предприятие-пользователь – агентство»;

– отношение «работник – предприятие-пользователь».

Отношения «работник – агентство» основаны на трудовом договоре; агентство – формальный работодатель по трудовому договору. Отношения «предприятие-пользователь – агентство» основаны на гражданско-правовом договоре о предоставлении работников на время. Отношения «работник – предприятие-пользователь» признаются сопутствующими трудовым отношениям между агентством и работником; предприятие-пользователь – это фактический работодатель, обеспечивающий работника работой, но в трудовых отношениях с ним не состоящий.

Работник обращается в агентство за помощью в трудоустройстве и заключает с агентством трудовой договор. Агентство нанимает работника для предоставления его услуг третьим лицам. Агентство выплачивает заработную плату, оформляет прием на работу и увольнение, платит подоходный и социальный налоги. Трудом работника пользуется другое юридическое лицо (предприятие-пользователь), которое дает указания и задания по выполнению работы. Предприятие-пользователь обеспечивает условия и охрану труда. Права и обязанности работодателя распределяются между частным агентством занятости и предприятием-пользователем.

Отношения «работник – предприятие-пользователь» не признаются трудовыми, т. е. предприятие-пользователь может в любое время отказаться от работника. Такой отказ не будет считаться увольнением.

Заемный труд дает предприятию-пользователю практически неограниченную гибкость в использовании трудовых ресурсов. Единственный ограничитель при использовании заемного труда – договор между агентством и предприятием-пользователем. Использование заемного труда имеет и иные преимущества:

– разделение рисков: риски в сфере управления персоналом переходят на агентство занятости;

– экономия на издержках, которые возникают при использовании наемного труда в традиционных трудовых отношениях;

– оптимизация налогообложения;

– сокращение юридической численности персонала, что позволяет предприятиям оставаться субъектами малого предпринимательства и пользоваться льготами, предоставленными таким субъектам.

Во многих странах Европы на протяжении последних 10–20 лет было принято специальное законодательство о заемном труде. Законодательное регулирование этой конструкции развивалось от прямого запрета заемного труда к либерализации регулирования дея-

тельности частных агентств занятости (Нидерланды, Италия). В настоящее время в странах ЕС частные агентства занятости трудоустраивают до 7 млн человек в год (Е. Герасимова).

В рамках МОТ принята Конвенция № 181 о частных агентствах занятости (г. Женева, 19 июня 1997 г.), по существу, представляет собой пересмотр Конвенции МОТ № 96 о платных бюро по найму (г. Женева, 1 июля 1949 г.). Основная цель Конвенции № 181 – признание легитимности заемного труда, принципиальная возможность оказания агентствами занятости услуги по предоставлению труда заемных работников в распоряжение третьей стороны (предприятия-пользователя). Конвенция адресована государствам, ее нормы являются несамоисполнимыми и напрямую не могут применяться в национальных судах. Регулирование услуг, предоставляемых агентствами занятости, входит в компетенцию государства. Предварительное условие для установления такого регулирования – обязательные консультации с «наиболее представительными организациями трудящихся и предпринимателей».

Согласно данной Конвенции частное агентство занятости – это любое физическое или юридическое лицо, не зависимое от государственных властей, которое предоставляет на рынке труда следующие услуги (ст. 1):

– направленные на выравнивание предложений рабочих мест и спроса на них; агентство не становится стороной в трудовых отношениях, могущих при этом возникать;

– состоящие в найме работников с целью предоставления их в распоряжение третьей стороны, которая может быть физическим или юридическим лицом (предприятие-пользователь), устанавливающим им рабочие задания и контролирующим их выполнение;

– связанные с поиском работы, определяемые компетентным органом после консультаций с наиболее представительными организациями работодателей и трудящихся, не имеющих цели выравнивания конкретных предложений рабочих мест и спроса на них.

Государства должны принимать меры:

– против нарушения права на свободу объединения и права на ведение коллективных переговоров заемных работников (ст. 4);

– против дискриминации работников частными агентствами занятости (ст. 5);

– для защиты персональных данных работников (ст. 6);

– против обмана и злоупотребления в отношении трудящихся-мигрантов (ст. 8);

– для обеспечения адекватной защиты заемных работников в отношении основных прав трудящихся.

Агентства не взыскивают с работников прямо или косвенно, полностью или частично никакие гонорары или другие сборы (ст. 7 Конвенции). Обязанности работодателя должны быть распределены и разделены между частными агентствами занятости и предприятиями-пользователями, использующими труд заемных работников (ст. 12). Государство должно определить и возложить на двух работодателей ответственность в отношении:

– ведения коллективных переговоров;

– минимальной заработной платы;

– продолжительности рабочего времени и других условий труда;

– пособий по социальному обеспечению;

– доступа к профессиональной подготовке;

– защиты в области безопасных и здоровых условий труда;

– возмещения в случае несчастного случая на производстве или профессионального заболевания;

– возмещения в случае банкротства и защиты требований работников;

– охраны материнства, пособий по беременности и родам, защиты родителей.

В дополнение к данной Конвенции МОТ приняла Рекомендацию № 188 о частных агентствах занятости (г. Женева, 19 июня 1997 г.), в которой предусмотрено, что «должным

образом учитывая права и обязанности, установленные в национальном законодательстве о прекращении действия трудовых договоров, частные агентства занятости… не должны:

a) препятствовать предприятию-пользователю нанимать работника, переданного в его распоряжение агентством;

b) ограничивать профессиональную мобильность работника;

c) накладывать санкции на работника, согласившегося на работу на другом предприятии».

В России заемный труд получил широкое распространение. Эта модель используется в основном на предприятиях с иностранными инвестициями. Действующее трудовое законодательство РФ не содержит каких-либо норм и положений о заемном труде. Юридически заемный труд находится «вне закона» (Е. Герасимова). Сторонником легализации заемного труда в России выступает Федерация независимых профсоюзов. По ее мнению, грамотная легализация заемного труда будет способствовать снижению уровня безработицы.

Очевидно, что ни в одной стране законодательство не может обеспечить временным работникам такой же уровень защиты, который имеют штатные работники. Однако не менее очевидно, что если на практике отношения по использованию заемного труда уже сложились, правовая легализация облечет их в цивилизованную форму, обеспечит необходимые права, обязанности и гарантии их участникам. Легализация заемного труда будет свидетельствовать о признании в России мировой практики по использованию этой конструкции.

В мировой практике разработаны следующие основные формы заемного труда (договоры на предоставление услуг персонала): **аутсорсинг; лизинг персонала; секондмент; аутстаффинг**.

Аутсорсинг (outsoursing – использование чужих ресурсов) – это практика перепоручения определенных сфер деятельности фирмам-профессионалам. Компания-клиент нанимает какую-либо другую фирму для выполнения различных бизнес-функций, которые не являются частью основной деятельности компани-иклиента, но необходимы для ее полноценной деятельности. Компания-клиент покупает не труд конкретных работников, а услугу (уборка помещений, ведение бухгалтерского учета). Такие отношения оформляются договором возмездного оказания услуг, в отдельных случаях – договором подряда.

Договор аутсорсинга имеет в виду поручение непрофильных для данной компании функций (проведение маркетинговых исследований, разработка и проведение рекламной компании) другому лицу. Договор аутсорсинга позволяет заказчику снизить затраты на организацию второстепенных бизнес-процессов. Основа снижения стоимости услуг аутсорсера – его специализация в конкретной области.

Лизинг персонала (staff leasing): работники, состоящие в штате кадрового агентства (рекрутинговая компания, компания-провайдер), предоставляются агентством клиентской компании (предприятие-пользователь) для выполнения определенных профессиональных функций. Работники либо уже находятся в штате агентства, либо вновь подбираются (самой компанией или агентством) с последующим зачислением в штат агентства. Если они нужны компании-клиенту, они работают, но и если не нужны, они все равно остаются в штате компании-провайдера, которая командирует их другим заказчикам.

Секондмент (secondment – командирование персонала) – стажировка сотрудника в другой бизнес-структуре, ротация персонала в целях «обучения на рабочем месте». Сотрудник получает новые навыки, а компания закрывает проблемные участки специалистами-профессионалами. Временный перевод сотрудника в другую организацию, предоставление персонала в аренду или консультационная помощь также могут оформляться как секондмент.

Самая распространенная форма заемного труда – аутстаффинг (outstaffing – внештатный), т. е. вывод сотрудников за штат организации с оформлением трудовых отношений работника с компанией-провайдером (кадровым агентством). Аутстаффинг предполагает

перевод работников из штата компании в штат агентства, после чего они фактически продолжают выполнять свои профессиональные функции на прежнем месте, но уже по направлению агентства. Компания получает и оплачивает услуги кадрового агентства по предоставлению работников, кадровое агентство выполняет все функции и обязанности работодателя по отношению к этим работникам. Компания может использовать труд работников, обладающих необходимой квалификацией, юридически не вступая с ними в трудовые отношения, но сохраняя за собой право на оперативное управление.

В договоре аутстаффинга участвуют три стороны – заказчик персонала, агентство и работник. Компания-провайдер становится формальным работодателем для сотрудников компании-заказчика и берет на себя полную юридическую и финансовую ответственность. Кадровая фирма принимает нужного специалиста в собственный штат и по договору передает сотрудника заказчику для выполнения определенных работ и на конкретный срок. Отношения между служащим и фактическим работодателем не закрепляются отдельным документом. Сотрудники фирмы-провайдера считаются «прикомандированными к фирмез-аказчику». Компания и провайдер заключают договор, согласно которому заказчик ежемесячно перечисляет исполнителю сумму, которая складывается из зарплаты сотрудников, выведенных за штат, налоговых выплат и гонорара провайдера.

Главное преимущество аутстаффинга для компании – сокращение прямых затрат, влияющих на себестоимость производимого продукта. Зарплата относится к категории прямых затрат, и если эти затраты отнесены к другой статье расходов (финансирование услуги), то себестоимость автоматически снижается. Кроме того, вознаграждение по договору аустаффинга позволяет заказчику снизить налогооблагаемую прибыль: затраты на оплату услуг по предоставлению работников сторонними организациями для участия в производственном процессе исключаются из налогооблагаемой базы.

Основные предпосылки использования аутстаффинга:

– желание сконцентрироваться на основном бизнесе;

– потребность уменьшить количество сотрудников в штатном расписании;

– необходимость снизить административную и финансовую нагрузку, но сохранить непосредственное руководство сотрудниками;

– желание снять с компании обязательства по трудовым отношениям с сотрудником, получить квалифицированного посредника в отношениях с трудовой и налоговой службами;

– желание обеспечить соответствие количества рабочей силы реальному объему работы.

Аутстаффинг представляет собой технологию, позволяющую снижать административные расходы и риски, связанные с персоналом компании. Это скорее технология управления персоналом, чем просто выведение персонала за штат (А. Цакунов). Аутстаффинг позволяет компаниям регулировать число работников, не изменяя при этом официальную численность персонала.

Доктрина

В отечественной литературе утверждается, что аутстаффинг не вписывается ни в одну из возможных в России правовых конструкций. Трехсторонние отношения противоречат природе трудового договора. Работодатель не вправе передать кому-либо свои функции. «Наиболее близкую параллель можно провести разве что с правовым регулированием труда осужденных к лишению свободы… Заключенный обязан трудиться в местах и на работах, которые определяет администрация исправительных учреждений. В таких «трудовых отношениях» участвуют три субъекта: работодатель (организация), работник (осужденный) и исправительное учреждение. При этом участники сделки заключают договор, в

котором определены обязательства сторон и ответственность за их несоблюдение» (Д. Россол).

К счастью, такая позиция встречается достаточно редко, чаще высказывается противоположное мнение: «В России outstaffing – новая услуга, возникновение необходимости в ней можно расценивать как позитивный признак развития цивилизованных рыночных отношений» (М. Л. Симонова).

Тема 12
Международное деликтное право

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

Канашевский, В. А. Международное частное право. М., 2006.

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный)/ под ред. Л. П. Ануфриевой. М., 2004.

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001

12.1
Основные проблемы обязательств внедоговорного характера в международном частном праве

Обязательства внедоговорного характера (обязательства из закона) включают:

– обязательства из причинения вреда (из деликтов и вследствие недостатков товара, работ или услуг);

– обязательства из неосновательного обогащения;

– обязательства из недобросовестной конкуренции;

– обязательства из ведения чужих дел без поручения.

В целях терминологического удобства совокупность норм, регулирующих отношения из обязательств внедоговорного характера, условно можно назвать «деликтное право». В законодательстве некоторых государств употребляется сходная терминология – «обязательства из деликтов и квазиделиктов». Обязательства из квазиделиктов включают обязательства из неосновательного обогащения, недобросовестной конкуренции, ведения чужих дел без поручения.

Гражданское правонарушение (деликт) представляет собой нарушение субъективных гражданских прав, причинение вреда личности и имуществу физического или юридического лица. Деликты находятся в сфере МЧП, если в их составе обнаруживается юридическая связь с правопорядком двух и более государств. Совокупность норм, регулирующих отношения из обязательств внедоговорного характера, связанных с иностранным правопорядком, предлагается назвать «международное деликтное право» (этот термин употребляется в доктрине ФРГ). Международное деликтное право – самостоятельный институт МЧП.

Условия возникновения обязательств из причинения вреда в МЧП (Л. П. Ануфриева):

– потерпевший или деликвент являются иностранцами;

– действия деликвента по возмещению вреда зависят от иностранной правовой сферы;

– предмет правоотношения поврежден на территории иностранного государства;

– субъективное право потерпевшего и юридическая обязанность деликвента возникают в одном государстве, а реализуются в другом;

– нарушенные права третьих лиц охраняются по законам иностранного государства;

– спор о возмещении вреда рассматривается в иностранном суде;

– решение о возмещении вреда должно быть исполнено в иностранном государстве;

– право на возмещение вреда производно от преюдиционных фактов, подчиненных иностранному праву (например, договор страхования).

В обязательствах из деликтов выделяется деликтный статут правоотношения:

– способность лица нести ответственность за причиненный вред;

– возложение ответственности на лицо, не являющееся деликвентом;

– основания ответственности;

– основания ограничения ответственности и освобождения от нее;

– способы возмещения вреда;

– объем возмещения вреда.

Перечень элементов деликтного статута не является исчерпывающим. Во многом причины возникновения коллизий национальных правовых систем и проблемы выбора применимого права зависят от разного понимания деликтного статута.

Как правило, право, применимое к обязательству из причинения вреда, распространяется на все вопросы деликтного статута: «Право, применимое к вредоносному действию, определяет в особенности способность, относящуюся к гражданской ответственности, усло-

вия и объем вышеуказанной ответственности, так же как ответственное лицо» (ст. 75 Кодекса Туниса). В соответствии с правом, подлежащим применению к деликтному статуту, решается вопрос об ответственности ограниченно дееспособного лица (ст. 31.3 Закона о МЧП Польши). Однако деликтоспособность физического лица определяется согласно закону места причинения вреда, а к обязательству в целом применяется право, установленное по принципу наиболее тесной связи (ст. 13, 52.1 Закона о МЧП Лихтенштейна).

Деяние, причинившее ущерб, может быть совершено в одном государстве, а вредоносные последствия наступают в другом. В этом случае деликтоспособность причинителя вреда определяется по закону места наступления последствий, если деликвент должен был предвидеть проявление вреда в другом государстве (ст. 45 ГК Португалии, ст. 2097 ГК Перу).

Основные коллизионно-правовые проблемы международного деликтного права:

– определение места совершения вредоносного деяния;

– определение места наступления вредоносных последствий;

– основания и пределы деликтной ответственности;

– возможность выбора потерпевшим наиболее благоприятного для него права;

– возмещение морального ущерба;

– исчисление материального и морального ущерба;

– подсудность деликтных и «деликтоподобных» исков.

Объективные предпосылки гражданской ответственности – это «слагаемые» правонарушения: вредоносное поведение (действие или бездействие) деликвента и обусловленный этим поведением вредоносный результат. При локализации элементов фактического состава правонарушения на территории разных государств возникает проблема квалификации юридических категорий деликтного статута (Л. А. Лунц). В современном праве предусмотрена возможность выбора потерпевшим наиболее благоприятного для него закона.

В судебной практике распространен принцип выбора судом права того государства, которое в наибольшей степени учитывает интересы потерпевшего (принцип защиты слабой стороны). В деликтных отношениях широко применяется оговорка о публичном порядке в силу публично-правового характера таких обязательств. Во французском праве имеет место расширительное толкование гражданско-правовой ответственности – эти вопросы относятся к законам «благоустройства и безопасности», которые обязательны для всех лиц, пребывающих на территории Франции (Л. А. Лунц).

Во многих кодификациях МЧП подчеркивается: «Правила безопасности и поведения, установленные тем государством, в котором имело место противоправное действие, должны соблюдаться во всех случаях» (ст. 110 Закона о МЧП Румынии). В соответствии с законодательством Швейцарии и Туниса иностранные правила техники безопасности и нормы дозволенного поведения «принимаются во внимание».

Стандарты поведения и безопасности определяются на основе права места совершения вредоносного деяния. Если вред наступил в другом государстве, право которого предусматривает более высокий стандарт поведения, и деликвент предвидел наступление вреда в этом государстве, применяется право места наступления вреда (ст. 3543 ГК штата Луизиана).

В связи с повсеместным распространением института страхования гражданской ответственности во многих юрисдикциях предусматривается, что «потерпевший может предъявить свое притязание непосредственно к страховщику обязанного представить возмещение лица, если это предусматривает право, подлежащее применению к недозволенному действию, или право, которому подчинен договор страхования» (ст. 40.4 Вводного закона к ГГУ). Прямой иск к страховщику гражданской ответственности предъявляется по месту делового обзаведения страховщика, либо по месту совершения противоправного действия, либо по месту наступления вредных последствий.

Во многих странах используется понятие «локализация деликта» для определения материального права, применимого к деликтным обязательствам. Такой подход свойственен главным образом судам стран общего права. В судебной практике и законодательстве разработана теория индивидуальной локализации конкретного деликтного отношения – законопроект Австралии о выборе права:

1) требование, возникающее из личного вреда, подлежит определению в соответствии с правом места нахождения лица в момент причинения вреда. Если пострадавшее лицо умирает, требование, возникающее ввиду смерти, подлежит определению в соответствии с тем же правом;

2) требование, возникающее из утраты имущества или повреждения имущества, из вмешательства в права собственности или владения, подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте нахождения имущества, когда оно было утрачено или ему был нанесен вред или когда случилось вмешательство;

3) требование, возникающее из диффамации (diffamare – разглашать, лишать доброго имени, порочить), подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте, где на момент диффамации заявитель имел место пребывания или основное место осуществления коммерческой деятельности;

4) требование, возникающее из угрозы утраты, вреда или убытков, подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте, где утрата, вред или убытки случились бы, если бы угроза была осуществлена;

5) любое другое требование, возникающее из утраты, вреда или убытков, подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте, где случились наиболее существенные обстоятельства относящихся к делу событий;

6) если суд определит, что обстоятельства требования имеют существенно большую связь с каким-либо другим местом, требование подлежит определению в соответствии с правом, действующим в другом месте.

Ранее общая концепция деликтных обязательств предписывала применение к ним только закона суда в связи с принудительным характером этих обязательств (Л. А. Лунц). В настоящее время традиционные деликтные привязки – закон места совершения деликта и закон суда – считаются слишком «жесткими». К деликтным обязательствам возможно применение автономии воли, личного закона, права наиболее тесной связи, права существа отношения: «К требованию, основанному на противоправном действии, нарушающем существующее между причинителем вреда и потерпевшим правоотношение, применяется право, применимое к этому правоотношению» (ст. 132.3 Закона о МЧП Швейцарии). Если обязательство возместить вред возникает из договорного обязательства, эти требования регулируются правом, применимым к договору (ст. 3127 ГК Квебека).

Основная коллизионная привязка в международном деликтном праве – закон места причинения вреда. До настоящего времени законодательство многих государств закрепляет это коллизионное начало как единственную императивную привязку деликтных обязательств: «Внедоговорные обязательства регулируются законом места, где случилось обстоятельство, из которого они вытекают» (ст. 10.9 ГК Испании, ст. 20 ГК Греции). Законодатель Южной Кореи использует эту привязку ко всем «обязательствам по закону»: «Совершение и последствия обязательств, вытекающих из ведения дел без поручения, неосновательного обогащения или незаконного действия, регулируются законом места, где случилось обстоятельство, которое вызвало такое ведение дел без поручения, неосновательное обогащение или незаконное действие» (ст. 13 Закона Южной Кореи). Данная формула прикрепления регулирует обязательственные правоотношения внедоговорного характера, основание которых – юридический факт причинения ущерба личности или имуществу. Привязка к закону места причинения вреда содержит скрытую коллизию: что считать местом причине-

ния ущерба – место совершения вредоносного действия или место проявления вредоносных последствий. Страны англо-американской правовой системы традиционно под местом причинения вреда понимали место совершения вредоносного действия, а страны континентальной правовой системы права – место проявления вредоносных последствий.

В настоящее время на территории государств – членов ЕС применяется толкование Европейского Суда по делу Bier v. Mines de Potasse d'Alsace (1976), в соответствии с которым под местом причинения вреда следует понимать и место совершения действия, лежащего в основе деликта, и место проявления вредных последствий (Н. Ю. Ерпылева).

Если событие, повлекшее возникновение обязательства о возмещении вреда, произошло на борту корабля, в открытом море или на борту воздушного судна, то в качестве права места, где случились факты, обусловившие возникновение обязательства по возмещению вреда, применяется право государства национальности морского судна или регистрации воздушного судна (Венгрия, Балканские страны).

12.2
Общие принципы коллизионного регулирования внедоговорных обязательств

Коллизионный принцип «закон места причинения вреда» применительно к обязательствам из деликтов закреплен в законодательстве всех государств и считается общим началом для определения применимого права: «Внедоговорные обязательства подчиняются закону государства, на территории которого производится действие, приводящее к появлению обязательства» (ст. 21 ГК Египта).

В большинстве юрисдикций коллизионная привязка к закону места причинения вреда является не единственной, и даже не всегда может считаться основной. Применимое право определяется как по месту причинения вреда, так и по месту наступления вредных последствий путем следующих законодательных подходов:

1) альтернативное применение обоих коллизионных начал (Румыния, Чехия). «Обязательства, возникшие из неправомерных действий, подчиняются праву места, где неправомерные действия были совершены. Если противоправное действие, повлекшее причинение вреда, было совершено в одной стране, а вред наступил в другой стране, применяется право страны, где наступил вред» (ст. 25 Закона о МЧП Турции). Важное уточнение закреплено в законодательстве Югославии – к ответственности за вред, причиненный помимо договора, применимо право места совершения действия или право места наступления последствий, с учетом того, какое из них более благоприятно для потерпевшего;

2) деликвент предвидел наступление вреда в данном государстве (Швейцария, Канада): «Обязательство возместить вред, причиненный другому лицу, регулируется правом страны места совершения вредоносного действия. Однако если вред наступил в другой стране, подлежит применению право этой страны, если лицо, совершившее вредоносное действие, должно было предвидеть наступление вреда» (ст. 3126 ГК Квебека);

3) требование потерпевшего (Тунис, Италия). «Притязания из недозволенного действия подчиняются праву того государства, в котором обязанное представить возмещение лицо действовало. Потерпевший может потребовать, чтобы вместо этого права применялось право того государства, в котором наступил результат» (ст. 40.1 Вводного закона к ГГУ);

4) инициатива суда в интересах потерпевшего: «Ответственность за вред, причиненный вне договора, определяется по праву, действующему в месте и во время совершения причинившего вред действия или бездействия. В интересах потерпевшего применимым может быть признано право государства, на территории которого вред наступил» (§ 32 Указа Венгрии).

В судебной практике сформировались презумпции «общего гражданства» и «общего домицилия». Они закреплены во многих современных кодификациях МЧП: «В отношении возмещения вреда в результате противоправного действия… если гражданство обеих сторон совпадает или место их жительства находится в одной и той же стране, может применяться право страны, гражданами которой стороны являются, или право места их жительства» (ст. 146 Закона Китая об общих положениях гражданского права (1986 г.). Рассмотрим законодательные подходы к применению презумпций «общего гражданства» и «общего домицилия»:

1) в большинстве стран применяется только презумпция общего домицилия или общего места проживания (Тунис, Украина, Квебек, Швейцария). «Если обязанное представить возмещение лицо и потерпевший на момент влекущего ответственность события имели свое обычное местопребывание в одном и том же государстве, то применяется право этого государства. Если речь идет об обществах, союзах или юридических лицах, то к месту обыч-

ного пребывания приравнивается то место, в котором находится главный орган управления, а если задействован филиал, то место его расположения» (ст. 40.2 Вводного закона к ГГУ);

2) необходимо одновременное наличие обоих условий (Италия, Польша): «В случае если причинение вреда затрагивает только граждан одного и того же государства, имеющих место жительства на его территории, применяется право данного государства» (ст. 62.2 Закона о реформе МЧП Италии);

3) презумпция общего гражданства имеет приоритет: «Если… причинитель вреда и пострадавший имеют одно и то же гражданство или, при отсутствии такового, одно и то же обычное место пребывания и они оказываются в иностранном государстве случайно, применимым законом будет закон [их] гражданства или общего пребывания» (ст. 45.3 ГК Португалии).

В отдельных юрисдикциях при определении применимого права законодательно предписывается проводить разграничение между вредоносным действием и вредоносным бездействием (Перу, Португалия): «Внедоговорная ответственность, основанная либо на незаконном действии, либо на опасности, или на каких-либо дозволенных действиях, регулируется законом государства, где происходит основная деятельность, причиняющая вред; в случае ответственности за бездействие является применимым закон места, где ответственное лицо должно было действовать» (ст. 45.1 ГК Португалии).

Составные части деяния, причинившего ущерб, могут иметь место на территории различных государств (ситуация, типичная для современной действительности). Такие случаи учитываются законодателем: «В случае когда составные части этих событий (правонарушения или деликта) случились в различных местностях, применимое право:

(a) для иска с основанием в отношении личного вреда, причиненного лицу, или смерти, вытекающей из личного вреда, – право местности, где лицо находилось, когда оно понесло вред;

(b) для иска с основанием в отношении вреда имуществу – право местности, где имущество находилось, когда оно было повреждено;

(c) в любом другом случае – право местности, в которой случились наиболее значимые составная часть или составные части этих событий» (ст. 11.2 Закона Великобритании).

Законодательство Турции устанавливает: в случае совершения противоправного деяния в нескольких местах достаточно, если деяние является противоправным по праву хотя бы одного такого места.

В случае совместного причинения вреда применимое право определяется отдельно для каждого причинителя независимо от степени его участия в совершении противоправного действия (ст. 140 Закона о МЧП Швейцарии).

Определение применимого права по деликтным обязательствам, связанным с иностранным правопорядком, производится на основе принципа наиболее тесной связи (Турция, Лихтенштейн, Австрия, ФРГ): «Внедоговорные требования о возмещении вреда определяются согласно праву того государства, в котором были осуществлены причинившие вред действия. Если, однако, в отношении заинтересованных лиц присутствует более прочная связь с правом одного и того же другого государства, то определяющим является это право» (ст. 52.1 Закона о МЧП Лихтенштейна). Существенно более тесная связь может следовать:

– из особого правового или фактического отношения между участниками по поводу обязательственного отношения;

– из обычного местопребывания участников в одном и том же государстве в момент события, имеющего правовое значение (ст. 41.2 Вводного закона к ГГУ).

В недавнем прошлом ни судебная практика, ни законодательство не предусматривали возможности автономии воли сторон по обязательствам из причинения вреда. Современный

подход основан на иной позиции: любое обязательственное отношение, в том числе внедоговорного характера, предполагает право сторон на выбор применимого законодательства. Некоторые государства закрепили правомочие сторон самим избрать применимое право; в соответствии с общей концепцией деликтных обязательств этот выбор ограничен законом страны суда (Тунис, Украина, Швейцария). Неограниченная автономия воли сторон предусмотрена в законодательстве ФРГ: «После наступления события, приведшего к возникновению внедоговорного обязательства, стороны могут избрать право, которое будет применяться к этому обязательству. Права третьих лиц остаются незатронутыми (ст. 42 Вводного закона к ГГУ).

Общепринятые начала теории обязательственного права заключаются в том, что деликтные обязательства возникают независимо от вины деликвента (умышленной или неосторожной). Наличие вины презюмируется, невиновность нужно доказать. По решению суда возможно перераспределение бремени доказывания (например, по искам из нарушения исключительных авторских прав). «Если по праву места совершения причинившего вред действия или бездействия ответственность обусловливается наличием вины или неосторожности, способность нести вину определяется либо по личному закону причинителя вреда, либо по праву места совершения правонарушения» (§ 32 Указа Венгрии). По общему правилу нельзя привлечь к ответственности за действие или бездействие, не являющееся противозаконным по местному закону (Венгрия, Южная Корея, Украина, Китай, Египет, ОАЭ).

Правовые последствия обязательств из причинения вреда не могут противоречить закону страны суда (Южная Корея, Венгрия): «Если обстоятельство, которое случилось в иностранном государстве, является незаконным действием в соответствии с законом Республики Корея, пострадавшая сторона не может требовать чего-либо помимо возмещения ущерба или любого другого удовлетворения, которое признается законом Республики Корея» (ст. 13 Закона о МЧП Южной Кореи). В последнее время это правило в значительной мере смягчается: «Притязания, которые подчиняются праву какого-либо другого государства, не могут быть предъявлены в той мере, в какой они:

– идут существенно дальше, чем это необходимо для соразмерного возмещения потерпевшему;

– явно служат другим целям, нежели соразмерное возмещение потерпевшему;

– противоречат правилам о правовой ответственности какой-либо обязательной для Федеративной Республики Германии конвенции» (ст. 40.3 Вводного закона к ГГУ).

В праве США господствует теория «приобретенных прав» – обязательство, возникшее в месте совершения деликта, следует за деликвентом и может быть принудительно исполнено в любом месте. Начиная с 50-х гг. XX в. суды стали применять право того штата, который наиболее тесно связан с предметом спора. Суд учитывает место совершения правонарушения лишь как один из фактов дела и выбирает между вариантами:

– право штата, где находится домицилий сторон;

– право штата, где имели место другие события, имеющие значение для рассмотрения дела;

– право штата, который наиболее заинтересован в исходе дела.

Такой подход к разрешению коллизионного вопроса закреплен во Втором своде законов о конфликте законов (1971 г.).

В американской доктрине проводится разграничение между деликтами из договора и деликтами, возникающими в случае отсутствия контрактных отношений. Этот вид деликтов трактуется достаточно широко, включая правонарушения со стороны производителя товаров (существуют договорные отношения между продавцом и производителем, продавцом и покупателем, но отсутствуют контрактные отношения между покупателем и производителем товара). Представители доктрины акцентируют внимание на том, что наиболее сложны

те дела, в которых либо нет договорных отношений между сторонами, либо в договоре отсутствует оговорка о применимом праве.

С точки зрения американской доктрины, оптимальное решение – это выработка коллизионных норм, учитывающих специфику каждого вида деликтов. При разрешении спора между производителем и конечным потребителем продукции необходимо применять право места совершения договора купли-продажи, для остальных видов деликтов – право места причинения ущерба (М. Солимайн).

По общему правилу «любой вопрос в деликтных или квазиделиктных обязательствах регулируется правом штата, устремлениям которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если бы его право не было применено к этому вопросу. Этот штат определяется посредством оценивания силы и уместности имеющих отношение к делу устремлений вовлеченных штатов в свете… контактов каждого штата со сторонами и событиями, порождающими спор, включая место действий и вреда, домицилий, обычное пребывание или место коммерческого обзаведения сторон, а также штат, в котором отношение между сторонами, при его наличии, было сосредоточено; устремлений предотвращать неправомерное поведение и исправлять последствия вредоносных действий» (ст. 3542 ГК штата Луизиана). Установленное таким образом право не применяется, если из совокупности обстоятельств «с очевидностью явствует, что устремлениям другого штата был бы нанесен более серьезный ущерб, если бы его право не было применено к конкретному вопросу. В таком случае применяется право другого штата» (ст. 3547).

Закон о МЧП Великобритании устанавливает: «Общим правилом является то, что применимым правом является право местности, в которой события, составляющие рассматриваемые правонарушение или деликт, случились» (ст. 11.1). Правила общего права о применении к искам из деликтов английского права не применяются в случаях (ст. 10), когда:

– составляющее правонарушение действие, будь оно совершено в Великобритании, могло бы послужить основанием для иска в английском суде;

– составляющее правонарушение действие не должно быть «оправдываемо» по праву места его совершения.

Привязка к закону места совершения правонарушения не является императивной. Если при сравнении всех обстоятельств (факторов, связывающих деликт с определенной местностью) выясняется, что «сущностно более подходящим» является право другого государства, применяется право этого государства (принцип наиболее тесной связи). Критерии установления более тесной связи – «факторы, относящиеся к сторонам, к любому из событий, которые составляют… правонарушение или деликт, к любому из обстоятельств или последствий этих событий» (ст. 12).

По общему правилу ст. 11 (праву места совершения деяния) ответчик по иску из деликта может защищаться посредством ссылки, что его деяние является законным или «простительным» с точки зрения права того государства, на чьей территории оно совершено. Такое возражение должно быть принято во внимание судом. В английском праве за основу принимается закон места совершения деликта, однако возмещение не должно превышать положенного по английскому праву.

Квалификация для целей МЧП вопросов, возникающих при каком-либо требовании, как вопросов, относящихся к правонарушению или деликту, производится судами места рассмотрения дела. Прямо запрещается применение отсылок – «применимое право… не включает любые коллизионные нормы. Применимое право используется для решения вопроса, имел ли место деликт, создающий право на иск (ст. 9).

Применение иностранного права не может противоречить принципам английского публичного порядка и отменять действие английских сверхимперативных норм. Все процессуальные вопросы по искам из деликтов (правила о доказывании, выступлениях в суде или

ведении дел) регулируются исключительно английским правом (законом суда). По общему правилу не применяются иностранные уголовные, налоговые или другие публично-правовые положения (ст. 14).

12.3 Коллизионное регулирование отдельных обязательств внедоговорного характера

Как правило, законодатель предусматривает специальное регулирование отдельных видов обязательств внедоговорного характера. Прежде всего это касается «квазиделиктных» («деликтоподобных») обязательств. В некоторых юрисдикциях обязательства из неосновательного обогащения, из недобросовестной конкуренции, из ведения чужих дел без поручения регулируются на основе единой коллизионной привязки (Венесуэла, Квебек, Тунис, Перу). «Управление делами других, неосновательное обогащение, уплата недолжного и иные обязательства, основанные на законе… подчиняются праву государства, на территории которого произошло обстоятельство, из которого данное обязательство возникло» (ст. 60 Закона о реформе МЧП Италии).

В большинстве государств предусмотрено дифференцированное коллизионное регулирование различных обязательств внедоговорного характера.

Неосновательное обогащение считается одним из видов деликтов. Современное право содержит единое понятие неосновательного обогащения, которое включает уплату несуществующего долга, получение недолжного, заключение «кабальных» соглашений и «тщетных договоров». С материально-правовой точки зрения, неосновательное обогащение влечет восстановление сторон в прежнее состояние (реституцию), возврат недолжно полученного и деликтную ответственность виновного лица.

Для разрешения коллизионных вопросов обязательств из неосновательного обогащения применяются дифференцированные критерии выбора права, которые устанавливаются при помощи теорий локализации, наиболее тесной связи, существа отношения. Господствующей является теория коллизионной привязки к месту обогащения: «Обязательства, основанные… на неосновательном обогащении, регулируются правом места совершения действия, которое послужило основанием возникновения этих обязательств» (ст. 3125 ГК Квебека).

В континентальном праве по спорам из неосновательного обогащения применяются право места, где произошло необоснованное обогащение (Венгрия, Украина), и закон, на основании которого осуществлена передача имущественной ценности в пользу обогатившегося (Португалия, Испания). К притязаниям вследствие посягательства на охраняемый интерес применяется право государства, в котором произошло посягательство (ФРГ). Стороны могут договориться о применении закона суда (Украина, Швейцария).

К ведению чужих дел без поручения применяется право места, где совершены подобные действия (Испания, Португалия, Румыния): «К ведению чужих дел без поручения является применимым закон места, в котором происходит основная деятельность ведущего дела лица» (ст. 43 ГК Португалии). К обязательствам, вытекающим из использования чужой вещи без ведения чужого дела, применимо право места, где совершился факт, из которого возникло обязательство (Балканские страны). К притязаниям вследствие исполнения чужого обязательства применяется право, регулирующее указанное обязательство (ФРГ).

Право места осуществления деятельности – генеральная коллизионная привязка ведения чужих дел без поручения; если, однако, это деяние находится во внутренней связи с каким-либо другим правоотношением, действует право, применимое к такому правоотношению (Лихтенштейн, Австрия, ФРГ).

Требования о возмещении вреда и другие требования из недобросовестной конкуренции определяются по праву того государства, на чей рынок конкуренция оказывает влияние (Австрия, Швейцария, Румыния).

Право, применимое к возмещению ущерба, причиненного вследствие недостатков товаров, работ (услуг), определяется по выбору потерпевшего (Украина, Швейцария, Румыния). «Ответственность за товар регулируется, по выбору потерпевшего лица, правом:

1) государства, в котором изготовитель имеет свое коммерческое обзаведение или же свое место жительства (место нахождения);

2) государства, в котором товар был приобретен, если только изготовитель не докажет, что товар был выпущен на рынок без его согласия;

3) государства, где произведено вредоносное действие;

4) государства, где потерпевшее лицо имеет свое обычное место пребывания» (ст. 72 Кодекса Туниса).

В случае применения иностранного права к требованию о возмещении вреда, причиненного недостатками или неверным описанием товара, может быть присуждено только такое возмещение, которое полагалось бы за такой вред в соответствии с правом страны суда (Швейцария, Румыния).

В Швейцарии, Румынии, Великобритании требования о возмещении вреда, основанные на посягательствах против личности, предполагают отдельное коллизионное регулирование. К требованиям о защите прав личности, основанным на факте распространения порочащих сведений в средствах массовой информации; к требованиям о защите прав личности, нарушенных вследствие обработки персональных данных и ущемления права на получение сведений о таких данных «применяется, по выбору потерпевшего:

a) право государства обычного пребывания потерпевшего, при условии, что причинитель вреда должен был ожидать наступления вредных последствий на территории этого государства;

b) право государства, в котором причинитель имеет место делового обзаведения или обычного пребывания;

c) право государства, в котором наступили вредные последствия посягательства, при условии, что причинитель должен был ожидать наступления вредных последствий на территории этого государства.

К праву на опровержение порочащих сведений в средствах массовой информации периодического характера применяется исключительно право государства, в котором была выпущена в свет публикация или передача» (ст. 139 Закона о МЧП Швейцарии).

К требованиям о возмещении вреда, причиненного недвижимым имуществом, применяется, по выбору потерпевшего, право места нахождения вредоносного имущества или право места наступления вредных последствий (ст. 138 Закона о МЧП Швейцарии).

Законопроект Австралии о выборе права содержит специальный раздел «Автотранспортные происшествия». Требование, возникающее из личного вреда, вызванного полностью или частично автотранспортным происшествием, подлежит определению в соответствии с правом, действующим в месте нахождения лица в момент причинения вреда. Если пострадавший умирает в результате вреда, требование, возникающее ввиду смерти, подлежит определению в соответствии с тем же правом.

Применимое право по требованиям, возникающим из личного вреда, вызванного автотранспортным происшествием, может подчиняться праву государства, установленного на основе принципа наиболее тесной связи. Критерии наиболее тесной связи:

– место пребывания сторон на момент происшествия;

– место регистрации вовлеченных в дело транспортных средств.

По желанию истца требование в отношении личного вреда или смерти, вызванных автотранспортным происшествием, может применяться:

– право места пребывания истца;

– право места регистрации транспортного средства;

– право, в соответствии с которым при определении требования не является необходимым устанавливать небрежность или вину.

Право, применимое к требованиям в связи с личным вредом или смертью, вызванными автотранспортным происшествием, определяет:

– правомочие взыскать убытки или компенсацию в отношении смерти или вреда по иску против лица, которое несет ответственность ввиду существования договора страхования, предоставляющего страховое покрытие в отношении ответственности за смерть или вред; или предоставляет возмещение или покрытие, схожее по природе со страховым покрытием в отношении ответственности;

– правомочие получить возмещение или взыскать долю ответственности в отношении обязанности уплатить убытки или компенсацию за смерть или вред.

Вопросы, относящиеся к распределению ущерба и финансовой защите, регулируются правом, определяемым в следующем порядке (ст. 3544 ГК штата Луизиана):

– если на момент наступления вреда пострадавший и причинитель вреда были домицилированы в одном и том же штате – правом этого штата (лица, домицилированные в штатах, чье право по конкретному вопросу является, по существу, идентичным, рассматриваются, как если бы они были домицилированы в одном и том же штате);

– если на момент наступления вреда пострадавший и причинитель вреда были домицилированы в различных штатах:

и вред, и поведение, которое причинило его, имели место в одном штате – правом этого штата;

вред и поведение, которое причинило его, имели место в различных штатах – правом штата, в котором наступил вред, при условии: а) пострадавший был домицилирован в этом штате; б) деликвент должен был предвидеть наступление вреда в этом штате; в) право этого штата предусматривает более высокий стандарт финансовой защиты для пострадавшего, чем право штата, в котором вредоносное поведение имело место.

12.4
Коллизионное регулирование внедоговорных обязательств в Российской Федерации

Генеральная общая коллизионная норма деликтных обязательств в российском праве – это применение права страны места совершения вредоносного действия или бездействия (п. 1 ст. 1219 ГК РФ). Закон места совершения деликта применяется во всех случаях, независимо от того, совершено ли правонарушение на территории РФ или за границей.

Право места наступления вредоносных последствий применяется, если деликвент предвидел или должен был предвидеть наступление вредных последствий на территории этого государства. Российский законодатель учитывает современные тенденции коллизионного регулирования деликтных отношений и предусматривает применение презумпций общего гражданства и общего домицилия. Приоритет принадлежит презумпции общего гражданства (п. 2 ст. 1219 ГК РФ):

– к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, применяется право этой страны;

– если стороны такого обязательства не являются гражданами одной и той же страны, но имеют место жительства в одной и той же стране, применяется право этой страны.

Деликтный статут правоотношения определен в ст. 1220 ГК РФ:

– способность лица нести ответственность за причиненный вред;

– ответственность лица, не являющегося непосредственным деликвентом;

– основания ответственности, ее ограничения и освобождения от нее;

– способы, объем и размер возмещения вреда.

Российский законодатель закрепляет специальную коллизионную привязку для решения вопросов деликтоспособности иностранцев – на основании права, подлежащего применению к деликтному обязательству в целом, а не на основании коллизионного принципа личного закона (ст. 1220 ГК РФ).

После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекшего причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда (п. 3 ст. 1219 ГК РФ).

Установление содержания иностранного деликтного права производится российским судом исходя из правил официального толкования иностранного права (по правилам ст. 1191 ГК РФ). Случаи ограничения применения иностранного права, закрепленные в ст. 1192, 1193 ГК РФ, применяются и к спорам из деликтных обязательств. Воздушный кодекс РФ и КТМ РФ предусматривают специальные случаи ограничения применения права места причинения вреда. Нормы этих кодексов имеют приоритетное применение перед нормами ГК РФ, поскольку и Воздушный кодекс РФ, и КТМ РФ являются специальными законами, регулирующими отношения в конкретной области, и в данном случае действует принцип приоритета специального закона перед общим (ГК РФ).

В разделе о внедоговорных обязательствах ГК РФ закреплены нормы о применимом праве к ответственности за ущерб, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги. Законодатель предусматривает особые нормы для решения коллизионных вопросов этих отношений. Устанавливается право потерпевшего на выбор наиболее благоприятного для него закона: страны места жительства самого потребителя; страны места жительства или места нахождения лица, оказывающего услугу, либо производителя; страны, где потребитель приобрел товар или получил услугу («цепочка» коллизионных норм – ст. 1221 ГК РФ).

Выбор потерпевшим применимого права может быть признан только в случае, если причинитель вреда не докажет, что товар поступил в соответствующую страну без его согласия. Если потерпевший не воспользовался предоставленной ему возможностью выбора применимого права, то коллизионное регулирование осуществляется по общим правилам деликтных обязательств (п. 3 ст. 1221 – отсылка к ст. 1219 ГК РФ).

К обязательствам, возникшим вследствие неосновательного обогащения (ст. 1223 ГК РФ), применяется право страны, где обогащение имело место. Возможна автономия воли сторон, ограниченная правом выбора закона страны суда. Кроме того, применяется право существа отношения (п. 2 ст. 1223 ГК РФ). К обязательствам, возникшим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существа обязательства (ст. 1222 ГК РФ).

Тема 13
Международное наследственное право

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Гущин, В. В., Дмитриев, Ю. А. Наследственное право и процесс: учебник. М., 2005.

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

Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации/ под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. М., 2003.

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

Медведев, И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство. М., 2001.

Толстых, В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VI части третьей ГК РФ. М., 2002.

Федосеева, Г. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2005.

13.1
Основные проблемы международного наследственного права

Международное наследственное право – это совокупность норм, регулирующих наследственные отношения, связанные с правопорядком двух и более государств. Такие отношения входят в сферу действия МЧП. Отношения по наследованию – наиболее «консервативная» сфера гражданского оборота. Они тесно связаны со сложившимися в обществе нравственными представлениями, семейными устоями и национальными традициями. Принципиальные различия национальных материально-правовых норм наследственного права порождают трудно разрешимые коллизионные проблемы:

– определение круга наследников по закону и по завещанию;
– определение круга недостойных наследников;
– определение обязательной доли;
– состав наследственного имущества;
– требования к форме завещания;
– наследованием движимого и недвижимого имущества;
– применение принципа единства наследственной массы;
– вопросы действительности завещания.

Наследственное право континентальных стран (Франция, Германия, Италия, Испания, Япония, Бразилия) придерживается концепции наследования как правопреемства (наследники становятся на место наследодателя в отношении его прав и обязанностей). В отдельных случаях наследование представляет собой сингулярное правопреемство: к другим лицам переходит отдельное имущественное право (наследственная трансмиссия, легат).

В большинстве стран общего права (США, Великобритания, Индия, Канада, Австралия) при наследовании имеет место не правопреемство, а ликвидация имущества наследодателя. Это осуществляется в рамках особой процедуры («администрирование») и под контролем суда. Наследники не являются преемниками прав и обязанностей наследодателя, имущество которого превращается в особую разновидность доверительной собственности (траст). После завершения процедуры администрирования оставшееся имущество передается наследникам.

Открытие наследства – это юридический факт, в силу которого возникают наследственные правоотношения. Основания открытия наследства – смерть наследодателя или объявление его умершим. На территории РФ не могут приниматься во внимание иные основания открытия наследства (гражданская смерть или посвящение себя служению религии – Греция).

Если несколько лиц, последовательно призываемых к наследованию, погибают при одном и том же несчастном случае, возникают сложности с установлением момента смерти каждого. Для решения этой проблемы ФГК закрепляет несколько презумпций: «Если несколько лиц, последовательно призываемых к наследованию… погибают при одном и том же несчастном случае, причем нельзя установить, которое из этих лиц умерло первым, то предположение о том, кто пережил других, устанавливается обстоятельствами дела, а если эти обстоятельства неизвестны, то сообразно с силой, присущей возрасту и полу. Если те, кто погиб совместно, не достигли 15летнего возраста, то предполагается, что старший по возрасту пережил других. Если все они были старше 60 лет, то предполагается, что младший по возрасту пережил других. Если одни не достигли 15летнего возраста, а другие были старше 60 лет, то предполагается, что первые пережили вторых».

В США применяется понятие «момент открытия наследства», т. е. день, час и минута. Последовательность смертей не важна, если наследник не пережил наследодателя на определенное время («часовое пережитие»). При наличии доказательств, что одно лицо пережило другое на какоето время, наследование происходит в обычном порядке (на основе правила «о смерти в быстрой последовательности»).

Наследование по завещанию является основным видом наследования. Исходное начало наследования по завещанию и в континентальном, и в общем праве – сочетание двух основополагающих принципов: свободы завещания и охраны интересов семьи. Практически везде завещание понимается как односторонняя сделка, волевой акт наследодателя.

В подавляющем большинстве стран существует понятие обязательной доли – ограничение принципа свободы завещания в пользу членов семьи наследодателя.

Во Франции «свободная доля» – это доля, доступная собственнику для завещательных распоряжений и прижизненных дарений; остальное имущество подлежит распределению между близкими родственниками наследодателя (дети и родители). Размер свободной доли зависит от количества детей – чем больше детей, тем меньше размер этой доли.

В Англии нет понятия обязательной доли. До 1938 г. наследодатель мог лишить семью права на наследство; в настоящее время переживший супруг, бывший супруг, не вступивший в новый брак, и дети наследодателя (в том числе внебрачные) имеют право на получение «разумного содержания» из наследственного имущества.

Требования к завещанию:

– простая письменная форма (олографическое завещание): «Испанцы могут совершать олографическое завещание… даже в странах, чьи законы не допускают упомянутое завещание» (ст. 732 ГК Испании). Никто, кроме завещателя, не вправе подписывать завещание, даже если наследодатель присутствует при этом. Однако завещание не может быть признано недействительным, если необходимая подпись выполнена в начале завещания, между строк, после преамбулы, на оборотной стороне листа (Закон Канады о реформировании наследственного права (1994 г.);

– обязательное удостоверение в установленном законом порядке (у нотариуса, в иных компетентных органах) или завещание в виде публичного акта: «Завещание, совершенное португальским гражданином в иностранном государстве с соблюдением компетентного иностранного закона, влечет последствия в Португалии, только если была соблюдена какая-либо торжественная форма его совершения или одобрения» (ст. 2223 ГК Португалии).

Законодательство большинства стран предусматривает возможность составления тайных (закрытых) завещаний (Испания, Франция, Россия). В некоторых странах разрешены совместные завещания (Англия, Шотландия, Германия, Австрия и др.); большинство стран запрещают такие завещания (Франция, Италия, Нидерланды): «Не является действительным в Испании совместное завещание… которое испанцы составляют за границей, даже если его разрешают законы государства, где оно было составлено» (ст. 773 ГК Испании).

Наследование по закону имеет субсидиарное значение и производится, если:

– завещание отсутствует, отменено, признано недействительным;

– по завещанию наследуется только часть наследственной массы;

– существуют лица, имеющие право на обязательную долю в наследстве;

– наследник по завещанию отказался от наследства.

Определение круга наследников по закону основано на принципах родства, брака и государственной принадлежности наследодателя (А. В. Алешина). На основе первого принципа призываются родственники наследодателя, второго – переживший супруг, третьего – государство, гражданином которого был наследодатель или в котором он постоянно проживал.

В ФРГ и Швейцарии порядок призвания родственников к наследованию определяется системой «парантелл»:

– наследодатель и его потомки;

– родители наследодателя и их нисходящие;

– дедушки и бабушки наследодателя по отцовской и материнской линии и их нисходящие.

Законодательство ФРГ не ограничивает число парантелл; наследниками могут стать самые дальние родственники. В Швейцарии круг наследников по закону ограничен тремя парантеллами. Переживший супруг не включается ни в одну из парантелл, но призывается к наследованию наряду с родственниками, входящими в состав первых трех парантелл, устраняя от наследования всех остальных.

В Англии привилегированное положение в ряду наследников по закону занимает переживший супруг. При наличии нисходящих переживший супруг имеет право на получение фиксированной денежной суммы, установление размера которой – компетенция лордаканцлера. Если все наследственное имущество меньше установленной денежной суммы, оно полностью переходит к пережившему супругу.

Если пережившего супруга нет, наследование происходит последовательно по очередям:

– нисходящие наследодателя;

– родители наследодателя;

– полнородные братья и сестры;

– неполнородные братья и сестры;

– дедушка и бабушка (по отцовской и материнской линии);

– полнородные дяди и тетки;

– неполнородные дяди и тетки.

В наследственном праве большинства государств закреплен институт *недостойного наследника*. Недостойные наследники отстраняются от наследования на основаниях, указанных в законе.

По законодательству Ирана объявление лица недостойным наследником осуществляется в рамках регламентации наследования по закону (варасат). Права наследования лишены иноверцы и лица, совершившие умышленное убийство наследодателя (за исключением необходимой самообороны). Не могут наследовать супруги, если в суде один из них обвинил другого в супружеской измене.

Закон Испании о наследовании (1981 г.) определяет круг лиц, не имеющих права наследовать ни но закону, ни по завещанию:

– родители, бросившие своих детей или заставляющие своих дочерей заниматься проституцией либо совершившие против них акты насилия;

– лица, осужденные за действия, направленные против наследодателя, его супруга, нисходящих или восходящих родственников;

– лица, клеветнически обвинившие наследодателя в совершении преступления, по которому он был осужден к каторжным работам или пожизненному заключению;

– совершеннолетний наследник, который, зная о насильственной смерти наследодателя, не заявил о ней органам следствия в течение месяца со дня смерти наследодателя.

Один из самых сложных вопросов международного наследственного права – определение понятий движимого и недвижимого имущества.

В англо-американском праве исторически сложилось деление имущества на реальное (real property) и персональное (personal property). Определение реального имущества сформулировано в английском Законе о собственности (1925 г.) – это земля, материальные вещи, неразрывно связанные с землей и составляющие единое целое. Приравненные в России в

порядке правовой фикции к недвижимости космические объекты, самолеты и корабли, к реальному имуществу ни в Англии, ни в США не относятся – они считаются особым видом движимого имущества, подлежащим регистрации (В. Б. Паничкин, О. Ю. Боровик).

ГК Италии дает исчерпывающий перечень объектов, относящихся к недвижимому имуществу: земля, водные источники и ручьи, деревья, строения и другие сооружения, соединенные с землей постоянно или на определенное время, все, что естественным или искусственным образом оказывается в земле. Все остальное имущество считается движимым.

При рассмотрении споров из наследственных правоотношений во многих случаях возникает проблема оговорки о публичном порядке: при определении наследственных долей отдельных наследников, круга недостойных и обязательных наследников. В государствах общего и континентального права не могут применяться положения мусульманского права, устанавливающие наследственные привилегии в силу старшинства или принадлежности к мужскому полу (наследник получает двойную долю наследства по сравнению с наследницами).

13.2
Коллизионное регулирование в международном наследственном праве

По общему правилу в сфере наследственных прав иностранцы должны пользоваться национальным режимом: «Иностранцы призываются к наследствам, на которые не имеется завещания и открывшимся в Чили, тем же образом и согласно тем же правилам, что и чилийцы» (ст. 997 ГК Чили). Во многих государствах предоставление иностранцам национального режима обусловлено наличием взаимности: «В отсутствие международной взаимности являются не [право] способными наследовать по завещанию или без завещания… иностранцы, которые согласно законам своей страны не могут завещать или оставить без завещания свои имущества в пользу мексиканцев» (ст. 1328 ГК Мексики).

В США (Калифорния, Невада, Айова) действуют законы, в силу которых право наследования находящегося в США имущества признается за проживающими за границей иностранцами только при наличии взаимности. Бремя доказывания взаимности возлагается на призываемого к наследованию иностранца: он должен доказать (в данном конкретном процессе, независимо от того, было ли это доказано в другом аналогичном процессе), что государство его проживания предоставляет американским гражданам право наследования находящегося на территории этого государства имущества.

Суды США в наследственных делах иногда придерживаются практики валютной взаимности: для признания прав наследования в отношении находящихся в США денежных сумм выставляется требование представить доказательство того, что американец из государства проживания наследника-иностранца также может получить причитающиеся ему наследственные суммы путем перевода их в США.

Законы штатов Нью-Джерси, Массачусетс, Нью-Йорк предоставляют судам право отказывать в разрешении на выплату наследственных сумм находящимся за границей наследникам. В отношении этих сумм дается распоряжение об их взносе в депозит казначейства, если суд придет к выводу, что иностранный наследник не получит от наследства выгоды, не приобретет контроля в отношении наследства, т. е. по праву своего государства не сможет самостоятельно распорядиться полученным наследством (М. М. Богуславский).

В доктрине выработано понятие «наследственный статут» правоотношения (статут наследования) – определяемое на основании коллизионной нормы право, подлежащее применению ко всей совокупности наследственных отношений, связанных с иностранным правопорядком.

Законодательство отдельных стран устанавливает единый статут наследования – вся совокупность наследственных отношений, связанных с иностранным правопорядком, регулируется на основе единой коллизионной привязки:

1) закон страны гражданства наследодателя: «Наследственные отношения определяются по праву государства, гражданином которого являлся наследодатель на момент своей смерти» (ст. 28 ГК Греции). Это коллизионное начало является наиболее распространенным (Япония, Балканские страны, Алжир);

2) закон страны последнего места жительства наследодателя: «Наследование определяется, каким бы ни было местонахождение имуществ, законом последнего места жительства наследодателя» (ст. 2100 ГК Перу);

3) закон страны места нахождения наследства: «Закон места нахождения наследственных имуществ на момент кончины лица, о наследовании после которого идет речь, определяет все относящееся к наследованию по закону и по завещанию» (ст. 2400 ГК Уругвая).

Тунисский законодатель установил альтернативное применение трех коллизионных начал: «Наследование подчиняется внутреннему закону государства, гражданство которого имел наследодатель на момент смерти, или закону государства его последнего места жительства, или закону государства, в котором он оставил после себя имущества» (ст. 54 Кодекса МЧП).

Основная коллизионная привязка наследственных отношений – личный закон наследодателя. В связи с этим возникает проблема перемены домицилия «с обманной целью»: опекун намеренно меняет место жительства несовершеннолетнего, чтобы изменить распределение наследства в случае его смерти. В деле Potinger v. Wightman (1918 г.) решение английского суда основано на доктрине обхода закона. Утверждалось, что когда ребенок поражен смертельной болезнью и его мать покидает место своего пребывания с «обманной целью» наследовать его имущество, она не имеет действительного намерения переменить свой домицилий: «Домицилий будет считаться обманным, если нельзя найти никакой иной причины для его перемены, кроме намерения обеспечить для себя преимущества в правопреемстве в отношении движимого имущества ее детей» (М. Вольф).

Наследование открывается в момент смерти лица по его последнему месту жительства (Чили). Открытие наследства, принятие и раздел наследственного имущества подчиняются праву места нахождения наследства (Турция). Вопросы покупки наследства или распоряжения ожидаемым наследством подчиняются личному закону наследодателя на момент его смерти (Венгрия).

Одна из специальных проблем в области наследования – проблема завещательной дееспособности. Сложность этой проблемы связана с ее двойственностью: завещательная дееспособность – одно из проявлений дееспособности физического лица (входит в содержание его личного статута), но в то же время относится только к сфере наследственных отношений (Н. И. Марышева). Общая коллизионная привязка – личный закон наследодателя:

1) закон страны гражданства:

– на момент составления завещания: «Способность делать, изменять или отзывать какое-либо распоряжение на случай смерти… определяются личным законом их автора на момент заявления. Тот, кто приобрел новый личный закон после того, как он сделал распоряжение, сохраняет способность, необходимую для отзыва распоряжения согласно предыдущему закону» (ст. 63 ГК Португалии). Данное начало закреплено в законодательстве Италии, Японии, Южной Кореи;

– на момент смерти наследодателя: «Существенные положения, регулирующие завещательные и иные распоряжения, получающие действие после смерти, регулируются правом государства, гражданином которого лицо, делающее такие распоряжения, является на момент своей смерти (ст. 17 Закона о МЧП ОАЭ);

2) закон страны постоянного места жительства наследодателя в момент составления завещания или в момент смерти: «Лицо является способным составлять завещание, если на момент составления завещания оно обладало этой способностью согласно праву штата, в котором оно было домицилировано либо на этот момент, либо на момент смерти» (ст. 3529 ГК Луизианы);

3) альтернативное применение закона гражданства и закона домицилия: «Лицо вправе сделать распоряжение на случай смерти, если на момент распоряжения оно способно к этому по праву государства своего места жительства или обычного пребывания либо по праву одного из государств, гражданином которых оно является» (ст. 94 Закона о МЧП Швейцарии);

4) альтернативное применение закона гражданства и закона домицилия по указанию наследодателя: «Лицо может указать для регулирования в целом наследования после него на закон какого-либо государства; это указание имеет действие, только если лицо на момент

смерти обладало гражданством этого государства или имело там свое место жительства. Это указание должно быть выражено в каком-либо заявлении, облеченном в форму распоряжения на случай смерти» (ст. 1044 Кодекса БуркинаФасо);

5) альтернативное применение закона гражданства, закона домицилия и закона места нахождения недвижимого имущества по указанию наследодателя: «Лицо может указать в завещании право, применимое к наследованию его имущества, при условии, что этим правом является право страны его гражданства или его домицилия на момент осуществления выбора права или на момент его смерти либо право места нахождения принадлежащего ему недвижимого имущества, но лишь применительно к наследованию этого недвижимого имущества» (ст. 3098 ГК Квебека);

6) право любого государства по выбору наследодателя: «Завещатель вправе подчинить передачу своего имущества в порядке наследования иному закону, чем тот, который назван в статье 66, но не вправе исключить применение императивных норм последнего» (ст. 67 Закона о МЧП Румынии).

Вопросы толкования завещания, его действительность с точки зрения содержания, вопросы пороков и умаления свободы выражения воли (юридический акт совершен по ошибке, вследствие сообщения неверных сведений, обмана, принуждения или недолжного внимания) предполагают самостоятельное коллизионное регулирование:

1) общий статут наследования (основной правопорядок, применимый к наследованию в целом): «Действительность составления распоряжения на случай смерти и его обязательность подчиняются тому праву, которое на момент распоряжения подлежало бы применению к правопреемству по случаю смерти» (ст. 26.5 Вводного закона к ГГУ);

2) закон страны гражданства наследодателя на момент составления завещания: «Последствия пороков волеизъявления определяются правом государства, гражданином которого был наследодатель в момент волеизъявления» (ст. 17 Закона о МЧП Чехии);

3) альтернативно закон страны гражданства наследодателя на момент составления завещания или на момент его смерти: «Требования к действительности носящего характер последней воли распоряжения, наследственного договора или договора об отказе от наследства определяются согласно личному закону наследодателя на момент юридического действия. Если по нему действительность [таким действиям] не придается, но придается по личному закону наследодателя на момент его смерти, то действует последний» (§ 30.1 Закона о МЧП Австрии);

4) закон страны места жительства наследодателя:

– на момент его смерти: «Последствия и толкование завещаний, равно как недействительность завещания или какого-либо условия в завещании регулируются законом места жительства завещателя на момент его смерти (§ 41 Закона Таиланда о конфликте законов (1938 г.);

– на момент его смерти либо на момент составления завещания: «Если завещатель являлся способным составлять завещание согласно праву обоих штатов, его воля, содержащаяся в завещании, считается свободной от пороков, если она считалась бы таковой согласно праву по меньшей мере одного из этих штатов» (ст. 3529 ГК штата Луизиана).

В некоторых странах толкование завещания может осуществляться на основе права, избранного наследодателем: «Личный закон наследодателя на момент завещательного заявления регулирует… толкование соответствующих условий и распоряжений, если только не имеется прямого или подразумеваемого указания на другой закон» (ст. 64 ГК Португалии).

Форма завещательного распоряжения предполагает альтернативное коллизионное регулирование. С одной стороны, действует общее правило – статут, применимый к наследованию в целом, определяет и форму завещательного распоряжения. Вместе с тем завещание представляет собой особый вид односторонней гражданско-правовой сделки, поэтому

необходимо обращение к другому коллизионному принципу – lex loci actus: «Форма завещания подчиняется закону гражданства завещателя или закону места, где оно составлено» (ст. 55 Кодекса Туниса).

Своеобразное решение данного вопроса предложено в Законе о МЧП Швейцарии (ст. 93): «Действительность завещания с точки зрения его формы определяется по правилам Гаагской конвенции от 5 октября 1961 г. о коллизии законов по вопросу о форме завещательных распоряжений. Указанная Конвенция по аналогии применяется к форме других распоряжений на случай смерти».

Во многих юрисдикциях установлена разветвленная система коллизионных привязок, определяющих форму составления завещания (Венгрия, Австралия, Румыния, Украина):

– право места составления завещания;

– право страны гражданства завещателя на момент составления завещания или на момент смерти;

– право государства места жительства завещателя на момент составления завещания или на момент смерти;

– право государства места пребывания завещателя на момент составления завещания или на момент смерти;

– право страны суда;

– в отношении недвижимого имущества – право места нахождения недвижимого имущества.

Статут формы завещания включает вопросы, «относящиеся к возрасту, гражданству и другим личным качествам завещателя, к качествам, которыми должны обладать свидетели, требующиеся для действительности какого-либо завещательного распоряжения» (ст. 1047 Кодекса Буркина-Фасо). Цель закрепления многочисленных альтернативных коллизионных привязок для установления формы завещания – принцип favor testamenti (решение в пользу действительности завещания). Регулирование актов отмены завещания или его изменения производится на основе тех же коллизионных начал, что и форма завещания.

Доля имущества, которой можно свободно распоряжаться, право наследников на обязательную долю определяются согласно общему статуту наследования (Буркина-Фасо). Допустимость совместных завещаний или наследственных договоров определяется по личному закону наследодателя на момент составления завещания (Португалия). Завещательный отказ подчиняется закону гражданства завещателя на момент его смерти (Тунис).

Наследование по закону – субсидиарное основание наследования, но в реальной жизни наследование по закону имеет место значительно чаще, чем наследование по завещанию. В законодательстве по МЧП этот вид наследования подробно не регулируется. Большинство вопросов наследования по закону подчинено общему статуту наследования – личному закону наследодателя.

Для наследования по закону необходимо определить круг наследников по закону. К определению круга наследников и очередности их призвания применяется личный закон наследодателя (право страны гражданства или право страны последнего места жительства).

Определение круга недостойных наследников определяется общим статутом наследования: «Происходит замена одного правоприобретателя другим, и эта замена должна регулироваться той правовой системой, которая регулирует правоотношения по наследованию с самого начала» (А. Я. Сивоконь).

Раздел наследственного имущества регулируется правом, подлежащим применению к наследственному отношению в целом. Лица, участвующие в разделе, могут договориться о применении к их отношениям права места открытия наследства или места нахождения одного или более предметов наследственного имущества (ст. 46 Закона о реформе МЧП Италии).

При разрешении коллизий в сфере наследственных отношений зачастую возникает проблема обратной отсылки. Первыми решениями, в которых шла речь о применении renvoi, были решения английских судов (1841, 1847 и 1877 гг.), касающиеся наследственных отношений. Теория отсылок была сформулирована в доктрине после дела Форго (1878 г.), касавшегося наследования по закону (Л. А. Лунц).

Английскому праву известна система двойной обратной отсылки, которая не применяется ни одной другой страной. Обратная отсылка к английскому праву означает возможную обратную отсылку к английским коллизионным нормам, создающую вторую обратную отсылку, т. е. двойную renvoi к одному и тому же иностранному праву. Этот подход отражен в решении по делу Аннэсли, относящемуся к проблеме обязательной доли в завещании (М. Вольф). Английские суды часто используют renvoi для того, чтобы признать действительность завещания, не действительного по нормам иностранного материального права, к которому отсылает английская коллизионная норма, но действительного по материальному праву, к которому отсылает иностранная коллизионная норма (принцип favor testamenti).

Возможность применения отсылок закреплена в Законе Швейцарии (ст. 91): «Наследование имущества лица, имевшего последнее место жительства за границей, осуществляется по праву, на которое указывают нормы международного частного права государства места жительства наследодателя».

Предварительный коллизионный вопрос наиболее часто возникает в международном наследственном праве: регулирование отношений по наследованию подчинено одной правовой системе, а предварительный вопрос (гражданское состояние лица, его семейное положение) – другой правовой системе. Проблемы квалификации права в наследственных отношениях отличаются наибольшей сложностью – многие национально-правовые понятия не известны в других государствах (вдовий узуфрукт, вдовья четверть, завещательный траст). Все эти проблемы обусловлены принципиально различными подходами к наследованию в разных государствах.

13.3
Коллизионное регулирование наследования движимого и недвижимого имущества

С точки зрения коллизионного регулирования наследования движимого и недвижимого имущества государства придерживаются дух систем:

1) универсальная система (единство наследственного имущества и применимого права). Вся совокупность наследственного имущества, движимого и недвижимого, независимо от места его нахождения подчиняется единому закону (Германия, Австрия, Нидерланды, Португалия, Швеция);

2) раздельная система (деление наследственного имущества и применимого права в зависимости от вида имущества). Осуществляется разделение между недвижимым имуществом, наследование которого подчиняется закону его места нахождения, и движимым, подчиненным другому правовому режиму (Бельгия, Франция, Люксембург, Ирландия, Великобритания). Формируются несколько различных наследственных масс, не зависимых друг от друга. Все движимое имущество, где бы оно ни находилось, рассматривается как единый имущественный комплекс.

Традиционно в международном наследственном праве имеет место расщепление коллизионной привязки для определения режима имущества в зависимости от его категории: «Наследование движимого имущества регулируется правом последнего домицилия наследодателя, наследование недвижимого имущества регулируется правом места нахождения имущества» (ст. 3098 ГК Квебека). При определении судьбы наследственных движимостей в большинстве государств учитывается закон последнего места жительства наследодателя на момент смерти: «При наследовании по закону в отношении движимого имущества применяется право места жительства наследодателя на момент смерти» (ст. 149 Закона Китая о наследовании (1985 г.).

Причина такого регулирования – движимость может легко изменить свое место; например, вклады в банках могут мгновенно, путем банковского перевода перемещаться в другое полушарие (И. С. Перетерский, С. Б. Крылов). В настоящее время наследственное право является почти единственной областью (кроме режима имущества супругов в семейном праве), где право на движимое имущество определяется личным законом (господствующее коллизионное начало – принцип места нахождения вещи).

Отличие движимой вещи от недвижимой для целей коллизионного регулирования заключается в том, что правовое регулирование обращения недвижимой вещи обусловлено местом ее нахождения и предполагает совершение каких-либо административных актов. Когда факт нахождения вещи в иностранном государстве обусловливает особый порядок перехода права собственности на эту вещь, можно говорить о недвижимости (В. Л. Толстых).

Сложности, связанные с расщеплением коллизионной привязки, усугубляются различным пониманием движимого или недвижимого имущества. Неизбежно возникает вопрос: право какого государства определяет, является данная вещь движимой или недвижимой? В большинстве стран решающим считается право места нахождения имущества, а в отношении нематериальных предметов, не имеющих реального места нахождения, ответ должен быть дан правом того места, которое представляет близкую аналогию с местом нахождения материальных вещей (М. Вольф). В большинстве юрисдикций установлено правило: «Право государства, в котором расположено имущество, определяет, является ли такое имущество недвижимым или движимым» (ст. 18.2 Закона ОАЭ).

В США наследование движимого имущества осуществляется по закону последнего места жительства наследодателя. Наследование недвижимостей по завещанию и в силу закона регулируется правом места нахождения вещи. Однако нормы этого права «об обязательной доле в наследстве не применяются, если умерший был домицилирован за пределами данного штата на момент смерти и на момент, когда он приобрел недвижимость, и он не оставил на момент своей смерти домицилированных в данном штате наследников, имеющих право на обязательную долю в наследстве… Если покойный умер домицилированным в данном штате и оставил… наследника, имеющего право на обязательную долю в наследстве, который на этот момент был домицилирован в данном штате, стоимость этих недвижимостей учитывается при расчете части имущества, которой наследодатель может распорядиться свободно, и при удовлетворении требований на обязательную долю» (ст. 3533, 3534 ГК Луизианы).

В ФГК установлено, что расположенные во Франции принадлежащие иностранцам недвижимости подчиняются французскому праву. Судебная практика вывела из этой нормы ФГК коллизионное правило по вопросам наследования. Односторонняя коллизионная норма послужила основанием для построения двусторонней коллизионной нормы: наследование недвижимого имущества по закону и по завещанию определяется законом места нахождения недвижимости. В отношении наследования движимого имущества практика французского Кассационного суда придерживается подчинения этих правоотношений личному закону наследодателя, который трактуется как закон домицилия. Квалификация имущества как движимого или недвижимого осуществляется по закону суда.

Французское право содержит правило «французской доли». Это право возникает при наличии наследства (движимых вещей), частично находящегося во Франции, и при наличии наряду с наследниками-иностранцами таких французских граждан, которые являются наследниками по французскому праву, но не имеют наследственных прав согласно компетентному иностранному закону. В этом случае французские граждане могут из находящейся во Франции части наследства получить долю, которая причиталась бы им по французскому праву из всего наследства в целом.

В отношении наследственной массы право ФРГ придерживается единого коллизионного принципа: ко всему наследству в целом (как к движимой, так и к недвижимой его части) применяется личный закон наследодателя – его национальный закон (закон гражданства) в момент смерти. Вопросы действительности завещательных распоряжений, определяющих судьбу недвижимости, решаются с учетом требований права места нахождения недвижимости.

13.4 Международно-правовое регулирование наследственных отношений

Наследственное право, как и брачно-семейное, – основная область возникновения «хромающих отношений». В доктрине отмечается, что самыми эффективными способами уменьшения таких отношений выступают гармонизация национального коллизионного права и унификация коллизионных норм, однако в сфере международного наследственного права принято очень небольшое количество универсальных межгосударственных соглашений.

Согласно Конвенции о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений (г. Гаага, 5 октября 1961 г.), форма завещательного распоряжения считается действительной, если она соответствует:

– праву места совершения акта;

– праву того государства, гражданином которого был завещатель в момент составления завещания или смерти;

– закону страны, в которой наследодатель проживал в момент составления завещания или смерти;

– праву страны, где наследодатель имел постоянное место жительства в момент составления завещания или смерти.

Конвенция 1961 г. допускает, что законодательство страны места нахождения недвижимого имущества также учитывается при установлении компетентного правопорядка. Кроме того, Конвенция устанавливает применение правопорядка по принципу наиболее тесной связи. Если лицо не менее пяти лет проживает на территории одного государства, но остается гражданином другого государства, предусматривается применение права государства гражданства. Индивид имеет право выбора предпочтительной правовой системы.

Конвенция содержит правила о совместном завещательном распоряжении двух или более лиц. Форма совместного завещания подчиняется коллизионным правилам, установленным для обычного завещания. Вопрос, имеет ли лицо домицилий в данном государстве, решается по праву этого государства. Иностранное право не применяется, если такое применение противоречит публичному порядку соответствующего государства.

Конвенция, предусматривающая единообразный закон о форме международного завещания (г. Вашингтон, 26 октября 1973 г.), включает Единообразный закон о форме международного завещания и устанавливает, что:

– государство вносит в свое законодательство правила составления международного завещания;

– договаривающиеся государства обязаны создать институт уполномоченных лиц, которые будут действовать в отношении международного завещания. За пределами государства функциями таких лиц облечены консульские и дипломатические представители.

Завещание должно быть собственноручно выполнено наследодателем и им подписано. Наследодателю вменяется в обязанность сделать заявление в присутствии двух свидетелей и уполномоченного лица. Если наследодатель не в состоянии подписать завещание, он оповещает об этом уполномоченное лицо (о чем делается запись в завещании) и указывает, кто подпишет завещание от его имени. Наследодатель руководствуется правом того государства, на территории которого действует уполномоченное лицо.

Конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц (г. Гаага, 2 октября 1973 г.) предусматривает создание международного сертификата, опре-

деляющего лиц, уполномоченных управлять движимым имуществом умершего. Сертификат, составленный в одном государстве-участнике, признается в других государствах-участниках. Сертификат составляется компетентным органом (судебной или административной инстанцией) государства места обычного проживания умершего в соответствии с его внутренним правом. Допускается применение права страны гражданства умершего. Для этого власти государства гражданства и государства проживания должны сделать совместное заявление. Закон гражданства применяется, если индивид проживал в стране, выдавшей ему сертификат, не менее пяти лет непосредственно до момента смерти.

Международный сертификат позволяет собирать информацию о составе наследственной массы, выявлять объем имущества, определять оптимальные цены при продаже имущества для ликвидации долгов наследодателя. Конвенция 1973 г. предоставляет владельцу сертификата право предъявлять иски в стране места выдачи сертификата, заключать мировые соглашения, разделять и продавать имущество.

Гаагская конвенция о праве, применимом к имуществу, распоряжение которым осуществляется на началах доверительной собственности, и о его признании (1985 г.), устанавливает: лицу, передающему наследуемое имущество, рекомендуется самостоятельно избрать право и сформулировать мотивы своего выбора в специальном акте. Если выбор права не состоялся, то действуют предписания той правовой системы, с которой наследование доверительной собственности наиболее тесно связано. Наиболее тесная связь существует с законодательством страны, на территории которой действует доверительный собственник наследуемого имущества (группа собственников, объединенных в корпоративное образование), либо с законодательством государства, в пределах которого находится центр управления трастом или фондом.

Гаагская конвенция о праве, подлежащем применению к наследованию недвижимого имущества (1989 г.), устанавливает возможность выбора права по принципу наиболее тесной связи для регулирования отношений в сфере наследования недвижимого имущества. Оформление выбора права осуществляется посредством соответствующего заявления. Форма заявления и его содержание определяются законом страны места составления акта. Применение законодательства государства, с которым лицо – субъект правоотношения имеет наиболее тесную связь, возможно, если право государства места составления акта не указывает, какими именно нормативными актами следует руководствоваться.

Недопустимо возникновение наследственных притязаний друг к другу у лиц, находящихся под юрисдикцией разных государств, если не ясна очередность, в которой осуществляется призыв к наследованию. Конвенция провозглашает взаимосвязь между правом государства, которому лицо хотело бы подчинить режим наследования недвижимого имущества, и объемом этого имущества.

Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (г. Минск, 22 января 1993 г.) закрепляет принцип равенства в наследовании по закону и по завещанию граждан договаривающихся государств (принцип национального режима). Право наследования определяется по законодательству договаривающейся стороны, на территории которой наследодатель имел постоянное место жительства. Право наследования недвижимого имущества подчиняется законодательству стороны, на территории которой находится имущество.

Споры, возникающие из наследственных отношений, рассматриваются:

– в отношении недвижимого имущества – в учреждениях страны места нахождения недвижимости;

– в отношении движимого имущества – судами государства, на территории которого наследодатель имел место жительства в момент смерти.

Коллизионные вопросы завещательной способности и формы завещания определяются по праву страны места жительства наследодателя в момент составления завещания. Завещание или акт его отмены не могут быть признаным недействительными вследствие несоблюдения формы, если форма удовлетворяет требованиям права страны места составления завещания.

В Конвенции 1993 г. установлена «цепочка» коллизионных норм, регулирующих наследственный статут:

1) право наследования движимого имущества определяется законом той стороны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства;

2) право наследования недвижимого имущества определяется законом той стороны, на территории которой это имущество находится;

3) способность лица к составлению завещания и его отмене, форма завещания и его отмена определяются законом той стороны, на территории которой завещатель имел постоянное место жительства в момент составления завещания;

4) завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она соответствует требованиям закона места составления завещания.

Наследственные права иностранцев в России и российских граждан за рубежом главным образом регламентируются в консульских конвенциях и двусторонних договорах о правовой помощи. Основные положения двусторонних договоров РФ о правовой помощи в сфере наследственных правоотношений:

1) граждане одной стороны в области наследства приравниваются к гражданам другой стороны, т. е. за иностранцами признается способность наследовать по закону и завещанию наравне с собственными гражданами; наследственное имущество переходит к наследникам-иностранцам на тех же условиях, которые применяются к собственным гражданам;

2) наследование граждан одной стороны на территории другой допустимо только в отношении тех видов имущества, которые по закону данного государства могут быть объектом наследования для его собственных граждан. В этом отношении принцип национального режима применяется независимо от его закрепления в договоре;

3) объектом завещательного распоряжения на территории одной стороны гражданами другой стороны может быть все то, что по закону государства пребывания может быть объектом завещательного распоряжения ее собственных граждан;

4) проблема, в компетенцию органов какого государства входит производство по делу о наследстве, подлежит коллизионному регулированию на основе специальных привязок: при наследовании движимого имущества компетентно учреждение юстиции той страны, где наследодатель имел последнее постоянное местожительство; при наследовании недвижимости – учреждение юстиции той страны, где это имущество находится;

5) установлена возможность раздельной компетенции по отношению к имуществу, находящемуся на территории одного из договаривающихся государств – наследование недвижимости регулируется правом этого государства, а наследование движимых вещей – по закону другого договаривающегося государства, на территории которого постоянно проживал наследодатель или чьим гражданином он являлся на момент смерти;

6) завещательная правоспособность гражданина определяется по личному закону наследодателя (гражданства или домицилия);

7) форма завещания определяется правом страны, на территории которой наследодатель имел последнее место жительства;

8) действительность завещания определяется правом места его составления;

9) завещание признается действительным с точки зрения формы, если она соответствует требованиям:

– права места составления завещания;

– права государства гражданства наследодателя в момент смерти;

– права государства, на территории которого наследодатель был домицилирован в момент смерти или составления завещания;

– права государства, на территории которого находится недвижимое имущество, если речь идет о наследовании такого имущества.

В договорах о правовой помощи, заключенных в 90-х гг. XX в. и позже, выделяются особые случаи коллизий – в области оглашения завещаний. В договоре между Россией и Польшей специально указывается, что завещание вскрывает (оглашает) орган договаривающейся стороны, на территории которой находится завещание. Копия завещания и протокола о вскрытии (оглашении) пересылается органу, компетентному вести дело о наследовании.

Защита наследственных прав российских граждан за рубежом возложена на консулов и регулируется положениями консульских конвенций. Российские граждане имеют право на получение наследственного имущества, если наследование открывается за рубежом. Право наследования возникает на основе иностранного закона, соответственно, российские граждане признаются наследниками по праву того государства, которое применяется к наследственному статуту.

Консульские конвенции (с Великобританией, КНР, США, Швецией) содержат основные положения в сфере наследственного права:

1) консул принимает меры для охраны оставшегося после смерти гражданина его страны имущества. Движимое имущество передается консулу с тем, чтобы он поступил с ним в соответствии со своим национальным правом;

2) власти государства пребывания обязаны известить консула об открытии наследства в пользу гражданина государства аккредитования;

3) консул имеет право представлять интересы граждан своего государства, претендующих на долю в наследственном имуществе в государстве пребывания;

4) консул является законным представителем граждан своего государства по вопросам наследования в судах и других органах государства пребывания.

Представительство консула продолжается до тех пор, пока сам наследник не возьмет на себя защиту своих прав или не назначит своего представителя. В судебной практике некоторых штатов США, требующих личного участия наследника при рассмотрении наследственных дел, принимается как соответствующее интересам наследников, проживающих за границей, их представление консулами (Л. П. Ануфриева).

13.5
Коллизионное регулирование наследственных правоотношений в российском законодательстве

В российской доктрине и практике наследование традиционно трактуется как разновидность универсального правопреемства, при котором наследник при принятии наследства становится носителем прав и обязанностей наследодателя в целом, и не может принять лишь их часть, а от остальных отказаться (Г. Ф. Шершеневич, К. П. Победоносцев, Б. Б. Черепахин).

Коллизионные нормы, относящиеся к наследственному статуту, сосредоточены в ст. 1224 ГК РФ: «Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства, если иное не предусмотрено настоящей статьей». Указанная статья устанавливает «цепочку» коллизионных норм.

Основная коллизионная привязка наследственных отношений – закон последнего места жительства наследодателя. Это общая коллизионная привязка для наследования движимого имущества, установления круга наследников, определения условий перехода прав на наследуемое имущество, принятия наследства и установления его состава. Данная норма используется, если кредиторы наследодателя предъявили иск к наследникам до принятия наследства.

Наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в Государственный реестр Российской Федерации, – по российскому праву.

Общий статут наследования – право страны последнего места жительства наследодателя. Место жительства в российском законодательстве определяется как место, где лицо постоянно или преимущественно проживает (ст. 20 ГК РФ). По общему правилу квалификация понятия «место жительства» осуществляется в соответствии с российским правом (ст. 1187 ГК РФ). Правопорядок, регулирующий отношения по наследованию, не тождествен личному закону наследодателя (ст. 1195 ГК РФ), хотя может совпадать с ним.

Специальная норма абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК РФ посвящена наследованию недвижимого имущества, в том числе внесенного в Государственный реестр. В первом случае компетентным правопорядком будет правопорядок страны места нахождения имущества, во втором – российское право. Законодательно закреплена дифференциация регулирования в зависимости от категории вещей – движимых и недвижимых (условных недвижимостей). Вместо исходного начала единства наследственной массы и применения общего коллизионного принципа к наследованию установлено расщепление коллизионной привязки применительно к разным частям наследства.

Для особой разновидности недвижимости – объектов, внесенных в Государственный реестр, – установлена привязка к российскому праву. Речь идет об имуществе, которое квалифицируется как недвижимое в силу указания закона. В отношении таких объектов ст. 1224 ГК РФ использует не принцип места нахождения вещи, а закон места государственной регистрации. Эта привязка представляет собой исключение из общего правила об определении правопорядка, применимого к вещным правам (ст. 1207 ГК РФ).

В доктрине отмечается, что коллизионные нормы п. 1 ст. 1224 ГК РФ фактически лишают наследство таких его важнейших характеристик, как единство и целостность (М. С. Абраменков). Для целей регулирования отношений по наследованию целесообразно использовать единую коллизионную привязку. Коллизионно-правовое регулирование наследственных отношений на основе дифференциации имущества не соответствует современным

направлениям развития МЧП и порождает серьезные практические проблемы. Единый принцип установления наследственного статута в максимальной степени отвечает сущности наследования как универсального правопреемства.

Коллизионная привязка, определяющая способность лица к составлению и отмене завещания (в том числе в отношении недвижимого имущества), форму завещания или акта его отмены, – право страны места жительства завещателя на момент составления акта (п. 2 ст. 1224). Завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления завещания или акта его отмены либо требованиям российского права. Эта коллизионная норма отличается от общего коллизионного правила, определяющего наследственный статут.

Для определения завещательной дееспособности не имеют значения следующие моменты:

1) совершение завещания не в стране места жительства завещателя, а в стране его временного пребывания или даже вне территории какого-либо государства (на морском судне в открытом море);

2) право страны места жительства завещателя в момент составления завещания может не совпадать с его личным законом;

3) отношения по наследованию могут определяться другим правопорядком (не тем, который определяет завещательную способность лица), если место жительства в момент составления завещания не совпадает с последним местом жительства завещателя или с местом нахождения недвижимости.

13.6
Режим «выморочного» имущества в международном частном праве

Выморочное имущество – это имущество, которое осталось после смерти лица, не оставившего наследников ни по закону, ни по завещанию. Материальное наследственное право практически всех государств устанавливает – такое имущество поступает в казну: «Если после наследодателя не осталось ни супруга, ни родственников той степени родства, которая дает право на наследование, если все лица, имеющие право на наследство, отказались от наследства либо никто из лиц, имеющих право на наследство, неизвестен или не заявляет о своих правах, наследственное имущество, которое находится в Квебеке, переходит в силу закона к государству» (ГК Квебека).

Институт наследования выморочного имущества нацелен на предотвращение утраты права собственности на наследственное имущество и признания его бесхозяйным, что может повлечь за собой повреждение или уничтожение имущества. В национальном законодательстве объяснение права государства на наследование такого имущества принципиально различно:

1) концепция перехода выморочного имущества в собственность государства как бесхозяйного имущества (Франция, Англия, США). Приобретение имущества как бесхозяйного имеет первоначальный, а не производный характер, следовательно, выморочное имущество переходит государству свободным от каких-либо обременений и долгов. Наследственные права государства возникают по «праву оккупации»;

2) концепция перехода выморочного имущества в собственность государства по праву наследования (Бельгия, ФРГ, Испания, Швейцария). Обоснование этой концепции – определение наследования как универсального правопреемства. Государство входит в круг наследников по закону. При отсутствии иных наследников или невозможности наследовать государство призывается к наследованию. Эта концепция вытекает из свойства государства быть субъектом частно-правовых отношений (Г. С. Лиманский, А. Я. Сивоконь). В данном случае имеет место ответственность государства по долгам наследодателя, поскольку приобретение имущества по праву наследования – это производный способ перехода права собственности.

Различное обоснование права государства на наследование выморочного имущества имеет практическое значение, если такое имущество принадлежит иностранцу:

1) если считать, что выморочное имущество переходит в собственность государства по праву наследования, это означает, что государство может претендовать на всю наследственную массу, где бы она ни находилась и в чем бы ни заключалась. Судьба выморочного имущества должна регулироваться общим статутом наследования или правом места нахождения вещи: «Если на наследство… не имеется наследников, или если оно поступает какому-либо территориальному публично-правовому образованию как наследнику по закону, то это (определяется)… правом того государства, в котором находится имущество наследодателя на момент его смерти» (§ 29 Закона о МЧП Австрии);

2) если считать, что наследственные права государства возникли по «праву оккупации», то выморочное имущество переходит в собственность того государства, где гражданин умер, либо где имущество находится. Государству перейдет только то имущество, которое находится на территории этого государства: «Имущественные права, находящиеся на территории Государства, которые принадлежат иностранцу, не имеющему наследников, переходят к Государству» (ст. 17.2 Закона ОАЭ).

Судебная практика Англии использует категорию наследственного статута, несмотря на то что общая концепция перехода выморочного имущества к государству обосновывается с помощью теории оккупации. К движимому выморочному имуществу, которое находится в Англии, применяется закон домицилия: если лицо домицилировано в Англии – английское право, если за границей – закон государства, к праву которого коллизионная норма страны домицилия умершего отсылает решение вопроса о судьбе выморочного имущества. Во Франции имущество иностранного гражданина переходит к государству по праву оккупации и на основании принципа публичного порядка.

Практически общепризнанно, что судьба выморочного имущества определяется правом того государства, на чьей территории имущество находится, и зависит от того, какой концепции перехода выморочного имущества придерживается данное государство. Даже если государство придерживается концепции перехода по праву наследования, недвижимость в любом случае становится собственностью того государства, на чьей территории она находится. Движимые вещи либо передаются государству гражданства умершего, либо поступают в казну государства их места нахождения.

В отечественной доктрине отстаивается точка зрения, что «переход к государству выморочного имущества носит все черты наследственного права»:

– происходит в силу смерти лица;

– распространяется на все имущество как на единое целое (универсальный характер преемства);

– связан с ответственностью по долгам, обременяющим наследство;

– считается совершившимся в момент открытия наследства.

Показательна ответственность государства по долгам наследодателя, вытекающая из того, что переход к государству выморочного имущества является правопреемством, тогда как приобретение государством бесхозяйного имущества имеет не производный, а первоначальный характер (И. С. Перетерский, С. Б. Крылов). Эта позиция закреплена законодательно – п. 2 ст. 1151 ГК РФ устанавливает, что выморочное имущество переходит в порядке наследования по закону в собственность Российской Федерации.

В современном праве судьба выморочного имущества, принадлежащего иностранцам, регулируется в основном в договорах о правовой помощи. Договоры содержат унифицированные материальные нормы:

– выморочное движимое имущество передается государству, гражданином которого являлся наследодатель в момент смерти;

– выморочное недвижимое имущество переходит в собственность государства, на территории которого оно находится.

Эти материальные нормы, непосредственно разрешающие судьбу выморочного имущества, связаны с установленными в договорах коллизионными принципами регулирования наследственных отношений – наследование движимого имущества подчиняется личному закону наследодателя, а наследование недвижимости – закону места нахождения вещи.

Тема 14
Международное семейное право

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Звеков, В. П. Международное частное право. М., 2004.

Канашевский, В. А. Международное частное право. М., 2006.

Комментарий к Семейному кодексу Российской Федерцаии/ под общ. ред. Л. М. Пчелинцевой. М., 2004.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2000.

Федосеева, Г. Ю. Международное частное право. М., 2005.

14.1
Основные проблемы международного семейного права

Брачно-семейные отношения представляют собой комплексные отношения личного неимущественного и имущественного характера, основанные на родственных связях. В большинстве современных государств семейное право отделено от гражданского, кодифицировано и представляет собой самостоятельную отрасль права (Россия, Алжир, страны Восточной Европы и Латинской Америки).

Основными источниками регулирования брачно-семейных отношений в странах континентальной Европы являются специальные разделы ГК (Германия, Италия, Швейцария) или специальные законы о браке и семье (Венгрия, Польша, Чехия). Во Франции в 1998 г. был принят Семейный кодекс. В Великобритании действуют более 15 специальных законов по отдельным вопросам брачно-семейных отношений.

Правовое регулирование брачно-семейных отношений имеет значительную публично-правовую составляющую. В доктрине семейное право определяют как конгломерат частных и публичных норм. Семейное право входит в систему частно-правовых отраслей национального права, но государственное регулирование проявляется здесь намного рельефнее, чем в гражданском праве. Это связано с тем, что любое государство проводит определенную демографическую политику, пытается контролировать воспроизводство населения и обеспечить надлежащие условия для развития нового поколения.

В нормативных актах большинства государств отсутствует законодательное определение брака. Принято определение, что брак – это юридически оформленный добровольный союз мужчины и женщины, направленный на создание семьи и презюмирующий совместное сожительство с ведением общего хозяйства. Следует оговориться, что такое определение брака соответствует праву далеко не всех государств (например, законодательство которых допускает однополые или полигамные браки). В доктрине брак определяется как брак-договор, брак-статус или брак-партнерство. Наиболее распространенной является точка зрения, что брак – это договор, гражданско-правовая сделка, порождающая личные и имущественные права и обязанности супругов.

Брачно-семейные отношения, связанные с иностранным правопорядком, являются составной частью международных гражданских правоотношений. В законодательстве некоторых государств особо выделяются «иностранные» (между иностранцами) и «смешанные» (между иностранцами и собственными гражданами) браки. Брачно-семейные отношения в максимальной степени связаны с национальными традициями, религией, бытовыми и этническими обычаями. Семейное право разных стран принципиально отличается и с большим трудом поддается унификации.

В США брачно-семейный статус лиц и связанные с ним особенности регулируются правом штата, устремлениям которого был бы нанесен «серьезный ущерб, если бы его право не было применено к конкретному вопросу. Этот штат определяется посредством оценивания силы и уместности имеющих отношение к делу… отношений каждого штата… со спором, сторонами и лицом, чей статус рассматривается… устремлений поддержать действительность добровольно принятых обязательств, защищать детей, несовершеннолетних и иных нуждающихся в защите, а также оберегать семейные ценности и стабильность» (ст. 3519 ГК штата Луизиана).

Понятие «брак» в немецком материальном праве означает официально заключенный с соблюдением определенных формальностей союз между мужчиной и женщиной для сов-

местного проживания и создания семьи. С точки зрения немецкого коллизионного права, под это понятие подпадает сожительство, не оформленное официально и имеющее временный характер. Немецкий законодатель учитывает, что иностранное право (статут места совершения брака или статут последствий брака) может иначе решать этот вопрос и включать в понятие «брак» временное сожительство, которое не является браком с точки зрения немецкого материального права.

Вопрос о том, какая форма совместной жизни признается в качестве брака, решается на основе закона существа отношения (статута места совершения брака).

Основные коллизионно-правовые проблемы брака и семьи:

– форма и условия заключения брака;

– расовые и религиозные ограничения;

– запреты на браки с иностранцами;

– необходимость разрешения (дипломатического, родителей или опекунов) для вступления в брак;

– личный закон (главенство) мужа;

– заключение брака по доверенности и через представителя;

– полигамия и моногамия;

– однополые браки;

– ответственность за отказ вступить в обещанный брак;

– «хромающие» браки.

Доктрина и судебная практика некоторых государств при разрешении споров в области семейных отношений, связанных с иностранным правопорядком, применяют теорию расщепления статутов: единый семейный (брачный) статут, статут общих последствий брака, статут права на имя (изменение фамилии вследствие вступления в брак), статут заключения брака, статут расторжения брака, статут имущественных отношений супругов. Эта теория позволяет более детально регулировать все вопросы брачно-семейных отношений. Почти все аспекты брачно-семейных отношений регулируются посредством «цепочки» коллизионных норм.

В сфере брачно-семейных отношений, связанных с иностранным правопорядком, часто возникает необходимость решения предварительного коллизионного вопроса (вопрос о действительности брака для решения вопроса о судьбе ребенка в случае прекращения брака), проблемы адаптации коллизионных норм, множественности коллизионных привязок, «хромающих» отношений, интерперсональных коллизий, применения оговорки о публичном порядке.

В качестве примера разрешения интерперсональных коллизий можно привести положения ст. 16 ГК Испании: «Право вдовства, регулируемое в арагонском Своде, принадлежит супругам, подчиненным имущественному брачному режиму упомянутого Свода, даже после изменения их гражданско-правовой области. Право вдовства не может быть противопоставляемо добросовестному приобретателю… имуществ, которые не располагаются на территории, где признается такое право, если договор был заключен за пределами упомянутой территории… Вдовий узуфрукт также приходится пережившему супругу, если ранее умерший [супруг] принадлежал к арагонской гражданско-правовой области на момент своей смерти».

Доктрина выделяет наиболее распространенные коллизионные привязки для установления применимого права в брачно-семейных отношениях:

– закон места заключения брака;

– личный закон супругов;

– закон страны постоянного проживания ребенка;

– личный закон усыновителя;

– закон компетентности учреждения;

– закон суда;
– закон страны совместного проживания супругов;
– закон последнего совместного места жительства;
– личный закон ребенка;
– закон места нахождения общей семейной собственности;
– закон места заключения брачного договора.

Все эти привязки должны по возможности единообразно применяться при регулировании брачно-семейных отношений («статут семейного права»). Закон суда, как правило, выступает в качестве вспомогательного средства, если привязка к иностранному праву не позволяет достичь должных правовых последствий, направленных на установление «принципа наибольшего благоприятствования» для более «слабой» стороны.

Попытки унификации брачно-семейных отношений, связанных с иностранным правопорядком, предпринимаются с начала XX в. Разработан комплекс Гаагских конвенций по вопросам семейного права: об урегулировании коллизий законов и юрисдикции в области разводов и судебного разлучения супругов (1902 г.); о праве, применимом к алиментным обязательством (1972 г.); о сотрудничестве в области иностранного усыновления 1993 г. (около 50 соглашений). Основной недостаток Гаагских конвенций – ограниченный круг участников. Многие из них так и не вступили в силу, поскольку не набрали необходимого количества ратификаций.

На региональном уровне следует отметить Конвенции Европейского Союза и его органов по семейному праву: о репатриации несовершеннолетних (ETS № 71) (г. Гаага, 28 мая 1970 г.); о правовом статусе внебрачных детей (ETS № 85) (г. Страсбург, 15 октября 1975 г.); Конвенцию СНГ о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам (1993 г.). Наличие комплекса универсальных и региональных международных соглашений, регулирующих брачно-семейные отношения, породило термин «международное семейное право», который, правда, употребляется пока не слишком широко.

В СК РФ нет специальной нормы о правовом статусе иностранных граждан и лиц без гражданства в России в брачно-семейных отношениях. Их правовое положение определено Конституцией РФ. А в СК РФ произведена кодификация правовых норм, относящихся к брачно-семейным отношениям с участием иностранцев и апатридов.

В разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных лиц и лиц без гражданства» предусмотрены основания и условия применения российского семейного законодательства и норм иностранного семейного права к семейным отношениям с участием иностранных лиц и лиц без гражданства, к семейным отношениям российских граждан, если эти отношения связаны с территорией иностранного государства. В случае решения коллизионного вопроса в пользу иностранного права определен порядок установления содержания иностранного семейного права (ст. 166). Это является обязанностью суда и иных компетентных органов РФ.

Содержание иностранного семейного права устанавливается с учетом его официального толкования, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. За судом закреплено право обращаться в Министерство юстиции РФ, другие компетентные органы и привлекать экспертов в целях установления содержания иностранных правовых норм. Стороны также вправе предпринимать предусмотренные в законодательстве действия в целях оказания суду помощи при установлении содержания иностранного семейного права. СК РФ содержит оговорку о публичном порядке (ст. 167) – нормы иностранного семейного права не применяются, если их применение противоречит основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В подобных случаях применяются нормы российского права.

14.2
Заключение браков

Порядок заключения брака и его основные формы определяются по-разному: только гражданская форма (Россия, Венгрия, Швейцария, Франция, ФРГ, Япония); только религиозная (Израиль, Ирак, Иран, отдельные штаты США и провинции Канады); альтернативно или та, или другая (Великобритания, Испания, Дания, Италия); одновременно и гражданская, и религиозная (латиноамериканские государства, государства Ближнего Востока и Юго-Восточной Азии).

В ГК Испании установлено: «Любой испанец может заключить брак внутри или за пределами Испании: перед судьей, мэром или должностным лицом, обозначенным настоящим Кодексом; в предусмотренной законным образом религиозной форме. Он также может заключить брак за пределами Испании согласно форме, установленной законом места совершения брака» (ст. 49).

Альтернативная религиозная форма заключения брака предполагает обязательное внесение записи о совершенном браке в реестр или книгу записей актов гражданского состояния. Лица, желающие заключить такой брак, обязаны получить в компетентных органах подтверждение соблюдения требуемых законом условий вступления в брак (Великобритания, Италия, Польша): «Брак за границей двух португальцев или португальца (португалки) и иностранки (иностранца) может быть совершен… перед служителями католического культа; в любом случае браку должна предшествовать процедура публикаций. Брак за границей двух португальцев или португальца (португалки) и иностранки (иностранца) сообразно каноническим законам рассматривается как католический брак, какой бы ни была правовая форма совершения этого действия согласно местному закону, и основанием для его записи служит согласие регистратуры приходской церкви» (ст. 51 ГК Португалии).

В некоторых штатах США брак удостоверяется письменным соглашением сторон, которое заверяется адвокатом. Последующая регистрация таких браков в едином государственном реестре не требуется. Гражданско-правовые последствия порождает и неузаконенное совместное проживание с ведением общего хозяйства. В отдельных штатах простое сожительство по истечении определенного срока совместной жизни позволяет суду установить прецедент презумпции законного брака.

Законодательство стран бывшей Югославии содержит коллизионное регулирование имущественных вопросов внебрачного сожительства: «К имущественным правоотношениям лиц, сожительствующих вне брака, применяется право государства, гражданами которого они являются. Если лица… не имеют общего гражданства, применяется право государства, в котором они имеют общее место жительства. К договорным имущественным правоотношениям лиц, сожительствующих вне брака, применимо право, которым регулировались их имущественные отношения во время заключения договора» (ст. 39 Закона о МЧП Югославии).

Условия заключения брака в национальных законах различны, но можно выделить общие черты:

– достижение установленного законом брачного возраста;

– ответственность за сокрытие обстоятельств, препятствующих заключению брака;

– запрет браков между близкими родственниками, усыновителями и усыновленными, опекунами и подопечными;

– запрет вступления в брак с ограниченно дееспособными или полностью недееспособными лицами;

– явно выраженное согласие жениха и невесты.

В брачно-семейных отношениях не действует правило «недееспособный на родине может быть признан дееспособным за границей»: «Способность совершать сделки определяется для каждого лица согласно его национальному закону… Иностранное (недееспособное) лицо… рассматривается как имеющее способность совершать… сделку, если… оно признается иранским законом дееспособным. Это положение не может применяться, когда речь идет о совершении сделок, относящихся к семейным… правам» (ст. 962 ГК Ирана).

В подавляющем большинстве брачная дееспособность подчиняется личному закону каждого из супругов (Швейцария, Южная Корея, Япония). В отдельных странах этот вопрос регулируется законом места заключения брака (Уругвай). Японский законодатель учитывает, что в одном государстве может действовать несколько правовых систем по отношению к различным группам населения: «Если лицо является гражданином страны, где применение тех или иных правил зависит от статуса ее граждан, правом его страны гражданства является право, определенное в соответствии с нормами этой страны… Положения… применяются… для определения права места, с которым супруги наиболее тесно связаны, в случаях, когда право места, с которым супруги наиболее тесно связаны, меняется в зависимости от статуса пребывающих» (ст. 31 Закона о МЧП Японии).

Браки между усыновителями и усыновленными запрещены во всех странах. Наиболее детальный перечень некровного родства дан итальянским законодателем: запрету подлежат не только браки между усыновителем и усыновленным, но и между его родственниками по нисходящей, приемными детьми одного и того же лица, между приемным ребенком и супругом приемного родителя, приемным родителем и супругом приемного ребенка.

В ряде стран допускаются браки с ограниченно дееспособными лицами: в Чехии полная недееспособность исключает возможность заключения брака, но лицо с ограниченной дееспособностью может вступать в брак с разрешения суда. Как правило, лицам, страдающим душевными заболеваниями, таких разрешений не дается. Принимая во внимание состояние здоровья конкретного больного, суд вправе дать разрешение на брак.

В большинстве развитых стран для заключения брака необходимо представить комплекс медицинских документов (наличие заразных болезней, венерических заболеваний, психических расстройств, алкоголизма, наркомании, ВИЧ-инфекции). Наличие таких заболеваний не является препятствием к заключению брака, но их сокрытие порождает ответственность виновного лица и ведет к признанию брака недействительным.

В некоторых странах установлены дополнительные препятствия для заключения брака: в Италии не допускается заключение брака между лицами, одно из которых осуждено за убийство или покушение на убийство супруга или супруги второго лица. В Германии, Франции и Швейцарии установлен срок, в течение которого не может вступить в новый брак разведенная женщина или вдова. В Швейцарии установлен запрет на вступление в новый брак после развода для виновной в разводе стороны сроком от одного года до трех лет.

Обещание вступить в брак и последствия его нарушения регулируются общим национальным законом лиц, вступающих в брак, а в случае его отсутствия – правом страны суда (ст. 26 Закона о реформе МЧП Италии). В соответствии с турецким законодательством способность к обручению и условия обручения определяются для каждого из обручающихся его личным законом; правовые вопросы и последствия обручения регулируются правом страны общего гражданства, если у сторон различное гражданство – турецким правом.

Обязательное условие заключения брака в Италии, Франции, Великобритании, Швейцарии и некоторых штатах США – публичное оглашение предстоящего брака. В США и Великобритании публичное оглашение может быть заменено разрешением на брак, для получения которого вступающие в брак под присягой заявляют об отсутствии предусмотренных законом препятствий к его заключению.

В законодательстве практически всех стран предусмотрена специальная форма заключения браков – консульские браки. Такие браки заключаются в консульствах или консульских отделах посольств между гражданами государства аккредитования, находящимися на территории данного иностранного государства. Консульские браки заключаются на основе консульских конвенций; к ним применяется законодательство государства аккредитования. В некоторых консульских конвенциях предусмотрено требование учитывать и право государства пребывания.

Самая острая проблема брачно-семейных отношений с иностранным элементом – большое количество «хромающих» браков, т. е. браков, порождающих юридические последствия в одном государстве и считающихся недействительными в другом. Эта проблема порождена тем, что многие страны не признают форму и порядок заключения брака, если они отличаются от их национальных установлений. Например, в Израиле браки, заключенные за границей, признаются, если имело место венчание в синагоге.

На универсальном уровне предпринята попытка устранить «хромающие» браки – открыта для подписания Гаагская конвенция об урегулировании коллизий законов в области заключения брака (1995 г.). Генеральными коллизионными привязками для решения вопроса о заключении брака являются личный закон обоих супругов (внутренние условия брака) и закон места заключения брака (форма и порядок заключения брака). Однако государства, не признающие заключенные за границей браки, к Конвенции не присоединились.

По общему правилу форма и порядок заключения брака подчиняются закону места его совершения (Уругвай, Перу, Португалия, Турция). В отдельных странах предусмотрено иное решение: «В части его формальной действительности брак регулируется правом места его заключения либо правом страны домицилия или гражданства одного из супругов» (ст. 3088 ГК Квебека). Аналогичные привязки установлены в законодательстве Испании, Польши и Лихтенштейна.

Материальные условия брака по немецкому праву подчиняются закону гражданства каждого из супругов с применением отсылок первой и второй степеней (ст. 13, 27 Вводного закона к ГГУ). Браки, заключенные за границей, признаются действительными с точки зрения формы, если она соответствует закону гражданства одного из супругов или закону места совершения брака. Брак между иностранцами, заключенный за границей, действителен с точки зрения формы, если он совершен уполномоченным должностным лицом государства, гражданином которого является один из супругов, и в форме, соответствующей законодательству этого государства.

При заключении брака или после него супруги могут заявить о выборе «подлежащего ношению имени». Заявления, сделанные после заключения брака, должны быть официально удостоверены. Вопросы выбора семейного имени подчиняются (ст. 10.2 Вводного закона к ГГУ):

– праву государства, гражданином которого является один из супругов;

– германскому праву, если один из супругов имеет обычное место пребывания внутри страны Германии.

Великобритания – единственная европейская страна, где законодатель прямо урегулировал вопросы признания заключенных за границей полигамных браков. В Законе о МЧП содержатся специальные положения – «Действительность и сила в шотландском праве потенциально полигамных браков» (ст. 7) и «Действительность в английском праве потенциально полигамных браков» (ст. 5): «Брак, заключенный вне Англии и Уэльса между сторонами, ни одна из которых уже не состоит в браке, не является недействительным по праву Англии и Уэльса на том основании, что он заключен по праву, которое дозволяет полигамию, и что одна из сторон домицилирована в Англии и Уэльсе… У лица, домицилированного в Шотландии, не отсутствует способность заключать брак только по причине того, что брак

заключается по праву, которое дозволяет полигамию… Брак, действительный в силу права Шотландии и заключенный по закону, который дозволяет полигамию… на момент, когда ни одна из сторон уже не состоит в браке, имеет, до тех пор, пока ни одна из сторон не вступит в брак с каким-либо вторым супругом в течение существования такого брака, те же самые последствия… как и брак, заключенный по какому-либо праву, которое не дозволяет полигамию».

В Бразилии основной коллизионной привязкой вопросов заключения брака и признания его действительности выступает закон домицилия: «Закон страны, в которой имеет место жительства лицо, определяет правила относительно… семейных прав. Если вступающие в брак имеют различное место жительства, случаи недействительности брака регулирует закон первого супружеского места жительства». При этом место жительства главы семьи распространяется на другого супруга и неэмансипированных детей. Возможно применение закона суда: «Когда брак заключается в Бразилии, бразильский закон применяется в том, что касается обстоятельств, препятствующих вступлению в брак, и формальностей бракосочетания» (ст. 7.1 Вводного закона к ГК Бразилии).

В законодательстве многих государств установлена необходимость получить специальное разрешение для вступления в брак с иностранцем (Венгрия, Индия, Иран, Италия, Норвегия, Польша, Швеция). В современном международном праве определено, что изменение гражданства одного из супругов автоматически не влечет за собой изменение гражданства другого, но презюмирует облегченный порядок изменения гражданства (Конвенция о гражданстве замужней женщины (г. Нью-Йорк, 29 января 1957 г.).

В соответствии с п. 1 ст. 156 СК РФ форма и порядок заключения брака на территории России независимо от гражданства лиц, вступающих в брак, определяются российским законодательством. Брак должен заключаться в органах загса. При заключении смешанных и иностранных браков их порядок и форма подчиняются российскому законодательству. Законодатель предусмотрел кумуляцию коллизионной привязки, – условия заключения брака определяются личным законом каждого из супругов (возможно применение одновременно постановлений двух правовых систем).

Предусмотрено, что при заключении брака на территории РФ наряду с применением национального законодательства лиц, вступающих в брак, должны соблюдаться требования российского законодательства в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака, установленных ст. 14 СК РФ. На территории РФ не допускается заключение брака между:

– лицами, из которых хотя бы одно лицо уже состоит в другом зарегистрированном браке;

– близкими родственниками (родственниками по прямой восходящей и нисходящей линии);

– усыновителями и усыновленными;

– лицами, из которых хотя бы одно лицо признано судом недееспособным вследствие психического расстройства.

Регулирование порядка вступления в брак бипатридов и апатридов производится в особом порядке. Если бипатрид имеет и российское гражданство – условия его вступления в брак определяются по российскому праву. Для лиц с множественным гражданством условия вступления в брак определяются законодательством государства по выбору самого лица (п. 3 ст. 156). При определении условий вступления в брак для апатридов применяется право государства их постоянного места жительства (п. 4 ст. 156 СК РФ).

В ст. 156 СК РФ установлена «цепочка» коллизионных норм, по-разному регулирующих порядок заключения брака для разных категорий физических лиц. Браки между иностранцами, заключенные в консульских и дипломатических представительствах ино-

странных государств на территории России, признаются действительными на условиях взаимности (п. 2 ст. 157 СК РФ).

Заключение браков за пределами территории России урегулировано в п. 1 ст. 157 и ст. 158 СК РФ. Российские граждане, находящиеся на территории иностранного государства, могут заключать браки не только в дипломатическом представительстве или в консульском учреждении РФ, но и в компетентных органах этого государства (п. 1 ст. 158 СК РФ). В компетентном органе иностранного государства может быть заключен брак между российскими гражданами и иностранными гражданами или лицами без гражданства. Форма, порядок, условия заключения такого брака будут определяться законодательством иностранного государства.

Форма заключения брака может отличаться от предусмотренной в ст. 1 °СК РФ (заключение брака в органах загса), например религиозная форма. Брак, заключенный в религиозной форме гражданином России в государстве, где за таким браком признается юридическая сила (Англия, Кипр, Лихтенштейн), будет действительным на территории России. Условия заключения брака устанавливаются законодательством иностранного государства.

Для признания в Российской Федерации действительными браков российских граждан, заключенных в органах иностранных государств, необходимо не только соблюдение законодательства государства места заключения брака, но и требований ст. 14 СК РФ.

Браки между иностранными гражданами, заключенные за пределами России с соблюдением законодательства государства, на территории которого они заключены, согласно п. 2 ст. 158 СК РФ признаются действительными в России без каких-либо условий и оговорок. Признаются действительными браки между иностранными гражданами, заключение которых в России невозможно из-за наличия препятствий, установленных ст. 14 СК РФ (полигамные браки).

Распространение в ряде государств однополых союзов в виде гражданских партнерств или легальных браков способно породить трудно разрешимые проблемы в международном семейном праве. Этот институт получил распространение в законодательстве большинства европейских стран (Германия – Закон о регистрируемом партнерстве (2001 г.), Бельгия – Закон о легальном сожительстве (1998 г.), Франция – Закон о гражданском пакте солидарности (1999 г.). Законодательство стран Северной Европы – Дании (Закон о регистрируемом партнерстве (1989 г.), Швеции (Закон о регистрируемом партнерстве (1994 г.) – признает за однополыми партнерами те же наследственные права, что и за супругами. В Каталонии (Испания) переживший партнер имеет право на получение алиментов из наследственной массы (Закон о стабильных союзах пар (2000 г.).

В связи с подобными специфическими тенденциями развития семейного права возникает проблема признания на территории России однополых браков, заключенных между иностранными гражданами, между российскими гражданами, между российскими и иностранными гражданами за ее пределами. Российское законодательство прямо не запрещает однополые браки. Браки между иностранцами, заключенные вне пределов России, признаются действительными при соблюдении законодательства места заключения брака. Недействительность браков, связанных с иностранным правопорядком, определяется по законодательству, которое применялось при заключении брака (ст. 159 СК РФ). Если однополый союз был зарегистрирован в соответствии с иностранным законом, то публичный порядок может смягчаться, признавая, например, наследственные права пережившего партнера в соответствии с применимым иностранным законом (И. Г. Медведев).

14.3
Расторжение брака. Общие последствия брака

До 70-х гг. XX в. практически во всем мире развод рассматривался как санкция за виновное поведение супругов, за нарушение брачного договора с взысканием убытков и возмещением морального вреда. В середине 70-х гг. XX столетия в большинстве государств Европы была произведена реформа развода. Основная тенденция реформы – отказ от концепции развода как санкции и переход к концепции: развод – это констатация неудачного брака. На международном уровне эти вопросы урегулированы в Гаагской конвенции о признании развода и судебного разлучения супругов (1970 г.).

Специальные правила расторжения браков установлены в международных двусторонних договорах РФ о правовой помощи (с Болгарией, Венгрией, Вьетнамом, Польшей, Чехией):

– развод производится органами того государства, гражданами которого являются супруги;

– проживающие в одном государстве граждане другого государства могут возбудить дело о разводе в суде по месту жительства;

– при расторжении брака применяется закон гражданства супругов;

– если супруги не имеют общего гражданства и проживают на территории разных стран, дело о разводе может быть возбуждено в суде любого государства, и каждый суд будет применять свое собственное право.

В большинстве государств признается расторжение браков, произведенное за границей. Расторжение брака регулируется правом, которое определяет общие последствия брака в момент возбуждения бракоразводного процесса. В принципе статут развода (расторжения брака) следует статуту общих последствий брака. Основная коллизионная привязка при разрешении вопросов развода – закон места расторжения брака, субсидиарные – личный закон супругов и закон суда.

Законодательство европейских государств, как правило, не признает действительность «частных разводов внутри страны» («развод по сделке», развод «талак» по исламскому праву, репудиация – развод по простому «указанию» мужа). Признание таких разводов возможно в исключительных случаях: «Расторжение брака, осуществленное за пределами Королевства путем только одностороннего заявления мужа, не признается, за исключением… расторжение брака в такой форме соответствует личному закону мужа; расторжение действительно в месте, где оно было осуществлено; является очевидным, что жена прямо выраженным или подразумеваемым образом согласилась с расторжением или не возражала против него» (ст. 3 Закона Нидерландов, содержащего коллизионное регулирование в отношении расторжения брака и разлучения (1981 г.).

Французская судебная практика придерживается правила, что в делах о разводах при наличии у супругов общего домицилия применяется этот закон; отсутствие общего домицилия предполагает учет законов гражданства обоих супругов. Во Франции признаются разводы, совершенные за границей по основаниям расторжения брака, не известным французскому праву. В этом случае действует доктрина, что в признании иностранных судебных решений публичный порядок имеет «смягченное» действие по сравнению с применением его к случаям признания действия иностранного права.

Англо-американское право исходит из того, что в вопросе о разводе необходимо определить подсудность дела английскому или американскому суду. Если вопрос о подсудности решен, тем самым решен и коллизионный вопрос: применяется право страны суда. Вопросы о юрисдикции по бракоразводным делам решаются в основном по признаку домицилия

супругов. Английский Акт о домицилии и брачно-семейных делах (1973 г.) установил самостоятельный домицилий для замужней женщины. Этот Закон устранил трудности, существовавшие ранее для «покинутой» жены: она не имела доступа в британские суды для расторжения брака, если муж уезжал за границу и утрачивал британский домицилий (ранее жена считалась домицилированной там же, где муж).

Венгерский суд в бракоразводных процессах применяет иностранное право, только если:

a) брак может быть расторгнут и в том случае, если иностранное право исключает возможность расторжения брака или если по иностранному праву недостаточно условий для расторжения, но они имеются в соответствии с венгерским правом;

b) вопрос о полном и безвозвратном расстройстве супружеской жизни рассматривается, даже если в иностранном праве установлены безусловные причины для расторжения брака;

c) расторжение брака не может основываться на виновности (ст. 41 Указа Венгрии).

В мусульманских странах различают понятия «развод», «расторжение брака» и «разлучение супругов». Во всех случаях главенствующим является личный закон мужа. Развод возможен только по инициативе мужчины. Коллизионное регулирование построено в соответствии с этим материальным правилом: «Последствия брака, включая те, которые касаются имущества, подчиняются закону гражданства мужа на момент заключения брака. Развод, даваемый мужем жене, подчиняется закону гражданства мужа на момент, когда он имеет место… Расторжение брака и разлучение подчиняются закону мужа на момент подачи искового заявления» (ст. 13 ГК Египта). В отдельных государствах предусмотрено специальное коллизионное регулирование развода «талак» (одностороннее внесудебное заявление мужа о разводе): «Талак регулируется законами государства, гражданином которого является муж на момент талака» (ст. 13.2 Закона о МЧП ОАЭ).

Статуту расторжения брака подчиняются и основные последствия развода, однако отдельные вопросы (право на имя) имеют самостоятельное коллизионное регулирование. Вопрос о разделе предметов домашнего обихода и общей квартиры (который во время брака подчинялся статуту общих последствий брака) во взаимосвязи с разводом квалифицируется как его последствие и предполагает применение статута расторжения брака. Проблема выравнивания имущественных долей супругов также предусматривает применение статута расторжения брака («правовое выравнивание долей»). Данное правило применяется, если оно известно правопорядку гражданства одного из супругов (ст. 17 Вводного закона к ГГУ). В этом проявляется «ограничительная» функция применения закона гражданства – в праве такого государства должны присутствовать понятия «полная компенсация», «выравнивающая компенсация», «право на ожидание выравнивания долей», «частичная компенсация».

Недействительность брака определяется законом, нарушение которого обосновывает недействительность брака. Пороки согласия как основание недействительности брака определяются законом места заключения брака. Закон супружеского места жительства определяет последствия недействительности брака, право на развод и разлучение. Основания развода и разлучения подчиняются закону супружеского места жительства, он же применяется к гражданским последствиям развода и разлучения (ст. 2079–2082 ГК Перу).

Во многих странах иностранные решения о расторжении брака признаются, если они совершены компетентным иностранным судом – «вынесенные или признаваемые в государстве места жительства, места обычного пребывания или гражданства одного из супругов» (ст. 65.1 Закона о МЧП Швейцарии). В Нидерландах иностранное решение должно быть вынесено в соответствии с правом, являющимся применимым на основании голландских коллизионных норм. Это требование не является императивным: «Расторжение брака или разлучение, полученное за пределами Королевства… признается в Нидерландах, если явля-

ется очевидным, что другая сторона в иностранном разбирательстве прямо выраженным или подразумеваемым образом… согласилась с расторжением или разлучением либо впоследствии не возражала против него» (ст. 2 Закона о МЧП Нидерландов).

В европейских государствах существует аналогичный разводу, но юридически иной способ прекращения брачно-семейных отношений – по просьбе сторон суд выносит решение о сепарации (судебном разлучении) супругов. Основное отличие от развода – в случае смерти одного из супругов другой сохраняет наследственные права.

Режим раздельного проживания супругов на основании судебного решения не прекращает брак, но часто предшествует разводу. Решение о раздельном проживании принимает суд по требованию одного из супругов на тех же основаниях, что и решение о разводе. Раздельное проживание не прекращает брака, но прекращает обязательство жить вместе и влечет за собой раздел имущества. По требованию одного из супругов через три года решение о раздельном проживании может быть преобразовано в решение о разводе (Франция).

Раздельное проживание супругов регулируется их личным законом. Если супруги имеют разное гражданство и разные места жительства, «применимым правом является право их общего места проживания, или право их последнего общего места проживания, или право страны суда, рассматривающего дело. Последствия раздельного проживания супругов подчиняются праву, регулирующему раздельное проживание» (ст. 3090 ГК Квебека).

Порядок расторжения браков, связанных с иностранным правопорядком, установлен в ст. 16 °СК РФ, содержащей «цепочку» коллизионных норм. К расторжению любых браков на территории России применяется только российское право, т. е. закон суда. Законодательно закреплено право российских граждан расторгать браки с иностранцами, проживающими вне пределов России, в российских судах или дипломатических и консульских представительствах. Расторжение любых браков за пределами Российской Федерации признается действительным в России при соблюдении права соответствующего иностранного государства. Основные требования – соблюдение предписаний иностранного права о компетенции органов и законодательства о расторжении браков.

14.4
Правоотношения между супругами

В современном мире участились случаи разного гражданства супругов, что нередко приводит к возникновению коллизионных проблем при урегулировании отношений между ними. В законодательстве большинства государств содержатся специальные коллизионные нормы, регулирующие выбор права для отношений между супругами.

К личным неимущественным отношениям между супругами относятся отношения, реализующие право каждого из супругов на свободный выбор занятий, профессии, места жительства, имени (фамилии). В качестве неимущественной обязанности супругов может быть сформулирована обязанность строить отношения в семье на основе уважения и взаимопомощи, заботиться о благосостоянии и развитии детей. Такие обязанности, несмотря на придание им формы юридических предписаний, представляют собой морально-нравственные каноны, исполнение которых нельзя обеспечить посредством применения юридических санкций (Г. Ю. Федосеева). Однако современное законодательство закрепляет нормы, регулирующие отношения, не имеющие правовой природы.

Согласно ст. 23 польского Кодекса о семье и опеке (1964 г.) обязанность супругов – «супружеская верность и взаимодействие на благо созданной ими семьи». В законодательстве Швейцарии предусмотрено, что супруги «обязуются друг перед другом по общему согласию обеспечить процветание супружеского союза».

Проблема выбора применимого к регулированию личных супружеских отношений права решается при помощи «цепочки» коллизионных норм. Генеральная коллизионная привязка – закон страны совместного проживания супругов; при отсутствии совместного места жительства – закон государства, на территории которого супруги имели последнее общее проживание: «Личные отношения супругов определяются в соответствии со следующей очередностью: (1) по праву государства последнего в течение их брака общего гражданства, если один из них сохраняет это гражданство, (2) по праву государства последнего в течение их брака общего обычного места пребывания, (3) по праву государства, с которым супруги наиболее тесно связаны» (ст. 14 ГК Греции).

Если супруги никогда не проживали совместно, как правило, применяется право страны суда. В некоторых государствах (Великобритания, ФРГ, Франция) господствующей коллизионной привязкой выступает личный закон мужа, который применяется независимо от различного места жительства и различного гражданства супругов. В английском праве с принятием Закона о реформе семейного права 1987 г. доминирующим стал принцип равенства супругов.

Все правоотношения между супругами, возникшие в результате заключения брака, подчиняются статуту общих последствий брака. Данное положение закреплено в законодательстве некоторых государств (ФРГ) и в рекомендации Комитета министров ЕС 1981 г. «О правах супругов в отношении занятия по ведению семейного хозяйства и использованию семейного дома».

В законодательстве некоторых государств формулируются нормы, учитывающие возможность возникновения коллизий только при регулировании имущественных отношений: «Регулирование брачного имущества определяется правом, выбранным сторонами, а при отсутствии такого выбора – правом, являющимся на момент заключения брака определяющим в отношении правовых последствий брака» (ст. 25 Закона о МЧП Австрии).

Правовые системы ряда государств предусматривают коллизионное регулирование одновременно и личных неимущественных, и имущественных отношений между супругами: согласно ст. 1024 Кодекса БуркинаФасо генеральной коллизионной привязкой при-

менительно к личным неимущественным и имущественным отношениям является закон общего гражданства супругов. При отсутствии общего гражданства действует закон общего места жительства; при его отсутствии – закон последнего общего места жительства (если один из супругов сохранил это место жительства); при отсутствии и общего гражданства, и общего места жительства определяющим будет закон суда. Буркинийский законодатель сконструировал целую ассоциацию коллизионных норм, учитывающих различные фактические обстоятельства при определении применимого права (Г. Ю. Федосеева). В эту ассоциацию входят нормы, посвященные определению права для регулирования законного режима имущественных отношений между супругами, нормы, посвященные выбору права для регулирования брачного договора.

Указ Венгрии также предусматривает ассоциацию коллизионных норм: общий личный закон супругов, понимаемый как закон гражданства, при его отсутствии – последний общий личный закон, при его отсутствии – право государства последнего совместного места жительства супругов. Если супруги никогда не имели совместного места жительства, применяется право страны суда. Дополнительно указывается, что изменение личного закона супруга не затрагивает права на фамилию, установленного на основании прежнего закона, и возникшие имущественно-правовые последствия, включая обязательства по предоставлению содержания и договор о супружеском имуществе (ст. 39).

Вопросы, связанные с определением режима имущественных отношений супругов, в МЧП считаются одними из самых сложных. В силу своей комплексной природы этот режим может быть привязан к различным правовым категориям (И. Г. Медведев), а именно:

– являться следствием брака;

– определять права и обязанности супругов по отношению к их имуществу и связан с их дееспособностью;

– быть неотделимым от режима собственности имущества и наследования;

– касаться договорного права, так как основа – это соглашение супругов.

Имущественные отношения между супругами основаны на договорном, или легальном, режиме совместного имущества. Виды легальных режимов имущества – режим общности (Франция, Швейцария), режим раздельности (Великобритания, ФРГ), режим отложенной собственности (Дания, Швеция, Норвегия).

Законодательство США по-разному регулирует имущественные отношения супругов. В браках, заключенных по нормам общего права, все имущество принадлежит мужу. В браках, заключенных по закону, действуют законный и договорной режимы имущества. Законный режим имущества имеет две модели:

– раздельное имущество каждого из супругов и имущество, находящееся в общей совместной собственности;

– режим общности имущества супругов – все имущество, которое было у супругов до брака и приобретенное ими в период брака, включая наследование и дарение, является общей совместной собственностью, которая не наследуется, а переходит в полную собственность к пережившему супругу.

Дарения между супругами, как правило, не входят в общий семейный статут, поскольку представляют собой обязательства, в отношении которых действует договорный статут (статут дарения). С другой стороны, дарения между супругами имеют семейно-правовую природу. Они квалифицируются как объекты имущественно-правовых отношений супругов и подчиняются статуту имущественных отношений: «Дарения между супругами регулируются законом, определяющим последствия брака» (ст. 1049 Кодекса Буркина-Фасо).

Коллизионные нормы, используемые в различных государствах при определении права, применимого к имущественным отношениям супругов, чрезвычайно разнообразны:

– право государства общего гражданства супругов или гражданства мужа;

– право страны совместного места жительства;
– право страны местонахождения имущества;
– право страны, выбранное по соглашению супругов (автономный статут).

Вопрос о режиме имущественных отношений возникает при совершении супругами сделок или иных юридических действий, влекущих имущественные последствия. Однако с момента заключения брака, когда определяется право, применимое к имущественным отношениям супругов, различные элементы в правоотношении могут меняться (гражданство, место жительства). В результате появляется необходимость разрешить проблему мобильного конфликта при изменении во времени коллизионной привязки по сравнению с днем заключения брака (И. Г. Медведев).

В законодательстве большинства европейских стран предусмотрены обязанности по взаимному алиментированию супругов. Право, применимое к алиментному обязательству, определяет (ст. 1042 Кодекса Буркина-Фасо):
– может ли, в какой степени и от кого кредитор требовать алименты;
– кому разрешается подать иск об алиментах и сроки для подачи иска;
– пределы обязательства должника.

Основные коллизионные привязки:
– закон гражданства кредитора;
– закон места жительства кредитора;
– закон гражданства должника;
– закон места жительства должника;
– статут развода («закон, в силу которого брачная связь была прекращена»).

Судье надлежит применить закон, наиболее благоприятный для кредитора (ст. 51 Кодекса Туниса). При исчислении суммы содержания принимаются во внимание потребности управомоченного лица и экономические возможности лица, обязанного предоставлять содержание, даже если подлежащее применению право устанавливает что-либо другое (ФРГ).

Регулирование алиментных обязательств осуществляется посредством «цепочки» коллизионных норм: «Право на предоставление алиментов между родственниками должно определяться общим законом гражданства лица, получающего алименты, и лица, уплачивающего алименты. Несмотря на это, применяется закон обычного места пребывания лица, которое их требует, когда оно не может получить их в соответствии с общим законом гражданства. За неимением обоих законов или когда ни один из них не дозволяет получение алиментов, применяется внутренний закон [страны] органа власти, который рассматривает требование. В случае изменения общего гражданства или обычного места пребывания лица, получающего алименты, применяется новый закон, считая с момента этого изменения» (ст. 9.7 ГК Испании).

Китайский законодатель устанавливает, что при определении, с какой страной наиболее тесно связано лицо, которому должно предоставляться содержание, принимаются во внимание гражданство и места жительства этого лица и обязанного лица, место нахождения имущества, за счет которого должно предоставляться содержание.

Алиментные обязательства регулируются на международном уровне – Гаагские конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей (1956 г.), и о праве, применимом к алиментным обязательствам (1973 г.). В связи с наличием этих конвенций в зарубежной литературе даже используется термин «международное алиментное право». Обе конвенции содержат унифицированные коллизионные нормы.

Гаагская конвенция 1973 г. регулирует алиментные обязательства во всей сфере семейного права. Основной коллизионной привязкой является закон обычного места пребывания (постоянного места жительства) лиц, имеющих право на получение материальной помощи

(алиментов). В интересах таких лиц возможно применение и субсидиарной коллизионной привязки – закона общего гражданства и закона суда. В законодательстве Италии и Швейцарии указывается, что алиментные обязательства в семье во всех случаях регулируются Гаагской конвенцией 1973 г.

В западных странах при вступлении в брак обязательно заключается брачный контракт. Возможно заключение такого контракта под условием (отлагательным или отменительным). Заключив брачный договор, супруги могут изменить законный режим имущества.

В законодательстве большинства стран предусмотрена автономия воли относительно содержания брачного контракта. Общепризнанное ограничение – соответствие положений брачного контракта публичному порядку государства. Установлена возможность автономии воли и по вопросу применимого права; как правило, свободный выбор права ограничен: «Регулирование брачного имущества определяется согласно тому праву, которое стороны указали письменно. Супруги могут выбирать между правом того государства, в котором они оба имеют или будут иметь после заключения брака свое обычное местопребывание, и одним из отечественных правопорядков одного из обоих супругов. В отсутствие такого выбора права регулирование брачного имущества определяется согласно тому праву, которое на момент заключения брака является определяющим в отношении личных правовых последствий брака» (ст. 20 Закона о МЧП Лихтенштейна). В отсутствие выбора права к брачному контракту может применяться закон страны суда.

Румынский законодатель устанавливает, что существенными условиями, необходимыми для заключения брачного договора, являются условия, установленные личным законом каждого из будущих супругов (ст. 21 Закона о МЧП Румынии). Режим брачного договора и его последствия регулируются правом, выбранным будущими супругами по их общему согласию, а при его отсутствии:

– общим личным законом;

– если супруги имеют разное гражданство – законом их общего места жительства;

– при отсутствии общего гражданства или общего места жительства – правом государства последнего общего места жительства, или с которым оба супруга поддерживают общие наиболее тесные связи.

Во многих странах к имущественным отношениям супругов применяется национальное право обоих супругов (или только мужа), действовавшее в момент заключения брака (ФРГ, Греция, Италия, Португалия): «Последствия брака, включая те, которые касаются имущества, подчиняются закону гражданства мужа на момент заключения брака» (ст.13 ГК Египта). Исключения из этого принципа допускаются только в отношении брачных контрактов, которые могут изменить такой режим (ФРГ, Италия, Португалия). Из общего принципа единства статута супружеского имущества делаются исключения в отношении недвижимости (ФРГ, Великобритания).

Международно-правовое регулирование личных неимущественных и имущественных супружеских правоотношений предусмотрено во многих международных актах: в Гаагских конвенциях о коллизиях законов относительно личных и имущественных отношений супругов (1905 г.); о праве, применимом к режиму имущества супругов (1978 г.).

Статья 161 СК РФ «Личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов» содержит двусторонние коллизионные нормы. Установлена «цепочка» коллизионных норм – право страны совместного места жительства, право страны последнего совместного места жительства, российское право (на территории России) как закон суда (ст. 161).

Основной коллизионной нормой является закон совместного места жительства супругов или право государства, на территории которого супруги имели последнее совместное место жительства. Если супруги вообще не имели совместного места жительства, то при

рассмотрении дела в российском суде применяется российское право. Если дело слушается в суде иностранного государства, выбор права определяет иностранный судья в соответствии со своими коллизионными нормами.

Понятие и порядок заключения брачного договора определены в ст. 40–44 СК РФ. Основное отличие российского брачного контракта от брачного контракта в зарубежном праве – право сторон урегулировать только имущественные отношения. При заключении брачного договора и соглашения об уплате алиментов в браках, связанных с иностранным правопорядком, сторонам предоставлена возможность выбора применимого права. При отсутствии соглашения сторон о применимом праве регулирование осуществляется посредством применения «цепочки» коллизионных норм (ст. 161 СК РФ).

Для регулирования алиментных отношений между супругами следует обращаться к ст. 164 СК РФ, содержащей коллизионные нормы для выбора права при регулировании алиментных отношений между совершеннолетними детьми и другими членами семьи.

В российском законодательстве не предусматривается регулирование отношений между супругами в ситуации, когда супруги – граждане одного иностранного государства – не имеют совместного места жительства. В доктрине подчеркивается, что связь правовой системы с личным законом супругов является существенным обстоятельством при определении применимого права.

14.5
Правоотношения между родителями и детьми

Коллизионное регулирование правового положения детей основано на применении закона гражданства ребенка. Гражданство детей устанавливается по гражданству родителей, по соглашению между ними (если родители имеют разное гражданство), по принципу почвы (резолюция Комитета министров ЕС «О гражданстве детей, родившихся в браке»).

Основные проблемы правоотношений между родителями и детьми – установление и оспаривание отцовства (материнства), лишение родительских прав, алиментные обязанности родителей и детей, охрана прав ребенка, институт родительской власти. Регламентация этих отношений производится в первую очередь на основе личного закона детей и родителей. Применяются также закон страны постоянного проживания ребенка, закон компетентного учреждения и закон суда. Последний является вспомогательной привязкой и применяется при условии, что он наиболее благоприятен для ребенка: «К правовым отношениям между родителями и детьми применимо право государства, гражданами которого они являются. Если родители и дети имеют различное гражданство, применимо право государства, на территории которого они имеют место жительства. Если родители и дети имеют различное гражданство и не имеют места жительства в одном и том же государстве, применяется право Союзной Республики Югославии… К отношениям между родителями и детьми… применяется право государства, гражданином которого является ребенок» (ст. 40 Закона о МЧП Югославии).

Вопросы происхождения ребенка являются предпосылкой для разрешения проблемы взаимоотношений между родителями и детьми; эти вопросы, как правило, имеют самостоятельную коллизионную привязку. Во Франции происхождение ребенка определяется по национальному праву матери. По вопросам узаконения и добровольного признания отцовства (материнства) предусмотрены альтернативные привязки: узаконение путем последующего брака должно соответствовать либо брачному статуту, либо национальному закону супругов, либо личному закону ребенка. Признание отцовства в судебном порядке осуществляется по национальному закону либо заявителя, либо ребенка.

Во многих странах по вопросам рождения ребенка решающим является закон гражданства мужа матери ребенка (Таиланд, Япония). При разном гражданстве супругов применяется закон общего места жительства, а в его отсутствие – личный закон мужа. По английскому праву вопрос о «законности» рождения в основном разрешается на основе закона домицилия мужа.

Правовой статус ребенка, рожденного в законном браке, его «брачное происхождение» регулируется личным законом ребенка: «Последствия брачного происхождения и узаконения ребенка определяются согласно его личному закону» (ст. 24 Закона о МЧП Австрии). Альтернативной привязкой (применяемой в интересах детей) являются статут общих условий брака и закон гражданства каждого из родителей, если у них разное гражданство. Отношения между «законными» родителями и детьми в основном подчинены личному закону отца: праву его гражданства (ФРГ, Франция, Италия) или праву его домицилия (Англия). Возможно применение национального права родителей, права места их совместного проживания (Португалия). Оспаривание факта брачного происхождения ребенка производится на основе права обычного места жительства ребенка или по закону его гражданства по рождению (Польша, Чехия). Закон домицилия ребенка регламентирует и отношения между родителями и детьми в случае прекращения брака.

Происхождение ребенка, рожденного вне брака, определяется на основе альтернативных коллизионных привязок: закона гражданства ребенка, права его места жительства,

закона гражданства его матери, закона места заключения брака. Во всех случаях «судье надлежит применить закон, наиболее благоприятный для установления происхождения ребенка, из следующих: закон гражданства ответчика или закон его места жительства, закон гражданства ребенка или закон его места жительства» (ст. 52 Кодекса Туниса). Установление происхождения в браке производится по более благоприятному для ребенка закону, исходя из законов места заключения брака или супружеского места жительства на момент рождения ребенка (ст. 2083 ГК Перу).

Коллизионное регулирование установления (оспаривания) отцовства подчиняется закону гражданства ребенка по рождению (Чехия, Польша). Альтернативной привязкой при установлении (оспаривании) отцовства может служить закон гражданства отца и закон постоянного места жительства ребенка. В Чехии установление (оспаривание) отцовства в отношении детей, проживающих на ее территории, подчинено чешскому праву, если это соответствует интересам ребенка; действительность признания отцовства определяется на основе права того государства, где такое признание осуществляется.

Содержание правоотношений между детьми, рожденными вне брака, и их родителями регулируется по закону обычного места жительства ребенка. По немецкому праву отношения между внебрачным ребенком и его родителями подчиняются закону гражданства матери; по праву других государств (Швейцария, Дания, Греция, Испания) – личному закону отца либо личному закону ребенка (Чехия, Польша). Право матери требовать от отца ребенка, рожденного вне брака, несения расходов во время беременности и родов подчиняется личному закону матери. Детальное коллизионное регулирование института признания внебрачного ребенка установлено в итальянском законодательстве: «Условия признания внебрачного ребенка определяются национальным законом ребенка на момент рождения, или, если это является более благоприятным, национальным законом субъекта, осуществляющего признание, в момент осуществления признания. Способность родителя осуществить признание определяется его национальным законом. Форма признания определяется правом государства, в котором осуществляется признание, или правом государства, которое регулирует существо данного правоотношения».

В соответствии с законодательством Греции отношения между матерью и ребенком, рожденным вне брака, определяются в следующей очередности:

– по праву государства последнего общего гражданства родителей;

– по праву государства их последнего общего обычного места пребывания;

– по праву государства, гражданкой которого является мать.

Отношения между отцом и ребенком, рожденным вне брака, определяются в соответствии со следующей очередностью:

– по праву государства последнего общего гражданства родителей;

– по праву государства их последнего общего обычного места пребывания;

– по праву государства, гражданином которого является отец.

Отношения между матерью и отцом ребенка, который был рожден вне брака, определяются в соответствии со следующей очередностью:

– по праву государства последнего в течение беременности общего гражданства родителей;

– по праву государства последнего в течение их брака общего обычного места пребывания;

– по праву их общего простого места пребывания (ст. 19–21 ГК Греции).

Узаконение ребенка, рожденного вне брака, путем последующего брака его родителей регулируется статутом общих последствий брака. В случае разного гражданства родителей альтернативной привязкой является закон гражданства одного из них. Если узаконение производится в какой-либо иной форме (а не путем последующего брака), то компетентен

закон гражданства того лица, чей ребенок подлежит узаконению: «Условия узаконения внебрачного ребенка путем последующего брака определяются согласно личному закону родителей. При отличающихся личных законах родителей является определяющим тот личный закон, который более благоприятен для узаконения ребенка. Условия узаконения внебрачного ребенка путем объявления о его брачном происхождении определяются согласно личному закону отца; если ходатайство об объявлении о брачном происхождении ребенка заявлено лишь после смерти отца, – то согласно личному закону отца на момент его смерти. Если согласно личному закону ребенка является необходимым согласие ребенка или третьего лица, с которым ребенок состоит в семейно-правовой связи, то в данном отношении является определяющим также это право. Последствия брачного происхождения и узаконения ребенка определяются согласно праву того государства, в котором он имеет свое обычное местопребывание» (ст. 23–25 Закона о МЧП Лихтенштейна).

Во всех случаях приоритет отдается закону, разрешающему узаконение: «Легитимация регулируется правом страны гражданства отца на момент легитимации. Если это право не допускает легитимацию, подлежит применению право страны гражданства матери, а если и по нему легитимация невозможна, – применяется право страны гражданства ребенка» (ст. 16 Закона о МЧП Турции).

По вопросу алиментных обязательств в пользу детей основным коллизионным критерием является закон обычного места жительства ребенка, который определяет право на алименты, их размер и круг обязанных лиц (Австрия, Франция, ФРГ, Турция). Проблема взаимного содержания детей и родителей разрешается на основе права государства, гражданство которого имеет лицо, претендующее на получение алиментов (Чехия, Польша).

Установление совокупности альтернативных коллизионных привязок и целой «цепочки» коллизионных норм, применяемых при разрешении вопросов правового статуса детей, производится в интересах детей и направлено на достижение их максимальной защиты.

Большая часть этих вопросов урегулирована в международном праве. На универсальном уровне приняты:

– Гаагские конвенции:

• праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей (1956 г.);

• компетенции и применимом праве в отношении несовершеннолетних (1961 г.);

• гражданских аспектах международного похищения ребенка (1980 г.);

• юрисдикции, применимом законодательстве, признании, исполнении и сотрудничестве в отношении родительской ответственности и мерах по защите детей (1996 г.);

Конвенция ООН о правах ребенка (20 ноября 1989 г.).

На региональном (европейском) уровне действуют:

– европейские конвенции:

• правовом статусе внебрачных детей (1975 г.);

• признании и исполнении решений относительно опеки над детьми и восстановления опеки (1980 г.);

• контактах в отношении детей (2003 г.);

– рекомендация Комитета министров ЕС «В отношении детей против жестокого обращения» (1979 г.);

– резолюция Комитета министров ЕС «О гражданстве детей, родившихся в браке» (1977 г.);

– постановление Совета ЕС о юрисдикции и признании, и исполнении судебных решений по супружеским вопросам и вопросам родительской ответственности обоих супругов за детей (2000 г.).

В российском праве коллизионное регулирование отношений между супругами по поводу происхождения или воспитания детей установлено в ст. 162 и 163 СК РФ. Право, применимое к вопросам установления и оспаривания отцовства (материнства), определено в ст. 162. Основная коллизионная привязка – закон гражданства ребенка по рождению. Установление (оспаривание) отцовства (материнства) на территории РФ предполагает применение российского права. Законодатель закрепил право российских граждан за пределами России обращаться в ее дипломатические и консульские представительства по поводу решения данных вопросов.

Права и обязанности родителей и детей регулирует ст. 163 СК РФ. Основная коллизионная привязка – закон совместного места жительства родителей и детей. При отсутствии совместного места жительства применяется закон гражданства ребенка. Алиментные обязательства и иные отношения предполагают субсидиарное применение закона места постоянного проживания ребенка. Алиментные обязательства совершеннолетних детей и иных членов семьи определяются по закону совместного места жительства (ст. 164). При отсутствии совместного места жительства применяется право государства, гражданином которого является лицо, претендующее на получение алиментов.

14.6
Усыновление (удочерение), опека и попечительство над детьми

Институт усыновления (удочерения) является одним из самых древних правовых институтов (известен со времен Древнего мира). Усыновление представляет собой сложную правовую и этическую проблему, поскольку необходима твердая уверенность в соблюдении интересов ребенка. При усыновлении правоотношения между людьми, не состоящими в кровном родстве, аналогичны правоотношениям между родителями и детьми. В результате усыновления одни лица теряют права и обязанности родителей, другие их приобретают. В большинстве государств предусмотрен судебный порядок усыновления (в России это дела особого производства).

На международном уровне основные вопросы усыновления разрешаются в Европейской конвенции об усыновлении детей (ETS № 58) (г. Страсбург, 24 апреля 1967 г.). В последние годы чрезвычайно распространенным стало усыновление (удочерение) иностранными гражданами и усыновление за границей. В международном праве установлен высокий стандарт требований к усыновлению. Система усыновления, закрепленная в Конвенции о правах ребенка (1989 г.), обеспечивает гарантии прав и интересов ребенка в случае усыновления. Правовому регулированию этих вопросов посвящены рекомендация Комитета министров ЕС «О воспитывающих семьях» (1987 г.) и Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления (г. Гаага, 29 мая 1993 г.).

Как правило, статутом усыновления является либо личный закон усыновителя, либо личный закон усыновляемого (возможно и кумулятивное их применение). Для определения перечня требований, предъявляемых к выражению согласия ребенка и его родственников (опекунов или попечителей), по всему комплексу вопросов усыновления необходимо учитывать закон гражданства ребенка. Субсидиарно применяется закон суда, особенно в тех случаях, когда требования к выражению согласия по закону гражданства невыполнимы или их выполнение затруднено. Форма усыновления (удочерения) подчиняется праву того государства, на территории которого оно совершается.

Отношения по усыновлению регулируются посредством «цепочки» коллизионных норм: «Условия усыновления и прекращения отношений по усыновлению определяются согласно личному закону каждого из усыновителей. Если согласно личному закону ребенка является необходимым согласие ребенка или какого-либо третьего лица, с которым ребенок находится в какой-либо семейно-правовой связи… является определяющим также это право. Последствия усыновления определяются согласно личному закону усыновителя, а при усыновлении супругами – согласно праву, являющемуся определяющим в отношении личных правовых последствий брака, а после смерти одного из супругов – согласно личному закону другого супруга» (ст. 26 Закона о МЧП Австрии).

Закон места жительства усыновителя (удочерителя) определяет:

– способность к усыновлению (удочерению);

– возраст и гражданское состояние усыновителя (удочерителя);

– возможное согласие супруга усыновителя (удочерителя);

– другие требования, которым должен отвечать усыновитель (удочеритель).

Закон места жительства усыновляемого (удочеряемой) регулирует:

– способность быть усыновляемым (удочеряемой);

– возраст и гражданское состояние усыновляемого (удочеряемой);

– согласие родителей или законных представителей несовершеннолетнего;

– возможный разрыв родственных связей усыновляемого (удочеряемой) с кровной семьей;

– разрешение несовершеннолетнему покидать страну.

Существенные условия, соблюдение которых требуется от супругов, совместно усыновляющих ребенка, устанавливаются правом, которое регулирует общие последствия брака. Статут общих последствий брака применяется, если один из супругов усыновляет (удочеряет) ребенка другого супруга. Недействительность усыновления подчиняется в отношении существенных условий личному закону усыновителя и личному закону усыновляемого (ст. 30, 33 Закона о МЧП Румынии).

В Англии усыновление подчиняется только английскому праву; здесь основной проблемой является вопрос о пределах юрисдикции суда. Господствующее правило (допускающее исключения): усыновитель должен иметь британский домицилий; и усыновитель, и усыновленный должны иметь место жительства в Англии. Иностранные акты усыновления признаются, если усыновитель домицилирован в соответствующем иностранном государстве.

В законодательстве некоторых государств есть специальные правила на случай разного гражданства супругов-усыновителей: требуется кумулятивное соблюдение требований законов обоих государств (Чехия). Как исключение усыновление может быть произведено на основе чешского права, если иностранный закон не допускает усыновления или чрезвычайно его затрудняет (при условии, что усыновители или хотя бы один из них долгое время проживают в Чехии).

По законодательству большинства государств вопрос о согласии ребенка, его родственников или каких-либо официальных органов на усыновление разрешается по праву гражданства усыновляемого (Чехия, Польша, Франция).

При решении вопроса, соответствует ли усыновление праву того государства, суд которого рассматривает спор, связанный с усыновлением, возникает вопрос «подстановки». Этот вопрос прежде всего возникает в плане наследственно-правовых последствий. Если статут усыновления предусматривает меньшие, чем статут наследования, наследственные права усыновленного («слабое усыновление» – в английском праве), то в интересах ребенка подстановка не должна производиться, даже в случае наличия «эквивалентности законов» (Х. Кох).

В Испании не признается усыновление, произведенное за границей испанским усыновителем, если его последствия не соответствуют тем, которые предусмотрены испанским законодательством. Такое усыновление не признается, пока компетентное учреждение не объявит о «пригодности» усыновителя, если он являлся испанцем и имел место жительства в Испании во время усыновления (ст. 9 ГК Испании).

Коллизионные вопросы усыновления (удочерения) в российском законодательстве разрешаются на основе «цепочки» коллизионных норм. Основной коллизионной привязкой выступает личный закон усыновителя (гражданства или домицилия) при усыновлении (удочерении) на территории РФ ребенка, являющегося ее гражданином. Закреплена необходимость соблюдения семейного законодательства и международных договоров РФ (ч. 2 п. 1 ст. 165 СК РФ). Усыновление (удочерение) иностранцами, состоящими в браке с российскими гражданами, детей – российских граждан на территории РФ презюмирует применение российского права с учетом международных обязательств Российской Федерации. Законодатель установил также применение закона компетентного учреждения в случае усыновления (удочерения) на территории России иностранного гражданина. Установлен перечень случаев, когда для усыновления необходимо согласие компетентного учреждения РФ, законных представителей ребенка и самого ребенка.

В случае возможного нарушения прав ребенка необходимо отказать в усыновлении (удочерении) или отменить произведенное усыновление в судебном порядке. На консульские учреждения РФ возложена обязанность осуществлять защиту прав и интересов детей – граждан России, усыновленных (удочеренных) иностранными гражданами, за ее пределами. При усыновлении (удочерении) детей – граждан России за ее пределами применяется закон компетентного учреждения того государства, гражданином которого является усыновитель. Для производства такого усыновления необходимо получить предварительное разрешение компетентного органа РФ. В СК РФ имеется серьезный пробел – полное отсутствие регулирования усыновления (удочерения) российскими гражданами за пределами России.

Гражданско-правовой институт опеки и попечительства представляет собой комплекс мер, направленных на охрану личных и имущественных прав недееспособных и ограниченно дееспособных лиц. Для семейного права эти институты имеют значение, если опека устанавливается над малолетним или попечительство – над несовершеннолетним. В семейном праве опека и попечительство представляют собой совокупность отдельных норм, направленных на охрану личных и имущественных прав и интересов несовершеннолетних.

Основная коллизионная привязка – закон компетентного учреждения: «Действия, предпринимаемые родителями или опекуном в отношении несовершеннолетнего либо другого недееспособного или ограниченно дееспособного лица, а также в отношении имущества, принадлежащего такому лицу, подчиняются праву того государства, органы власти которого осуществляют руководство защитой и контроль за тем, как управомоченные лица осуществляют защиту» (ст. 38 Закона о МЧП Румынии). Не менее распространенное коллизионное начало – личный закон несовершеннолетнего: «Надзор над совершеннолетними и опека над несовершеннолетними регулируются правом домицилия лица, в отношении которого установлен надзор или опека» (ст. 3085 ГК Квебека).

В некоторых государствах коллизионное регулирование опеки и попечительства осуществляется посредством «цепочки» коллизионных норм: «Условия возникновения и прекращения опеки над несовершеннолетними определяются правопорядком государства, гражданином которого является несовершеннолетний. Опека в целом распространяется на несовершеннолетнего и его имущество, где бы оно ни находилось. Обязанность принять на себя и осуществлять опеку над несовершеннолетним определяется правопорядком государства, гражданином которого является опекун. Правоотношения между опекуном и несовершеннолетним регулируются правом государства, в котором находится суд или орган, назначивший опекуна» (ст. 28–30 Закона о МЧП Чехии). Во всех случаях судье надлежит применить закон, наиболее благоприятный для ребенка (Тунис).

Отдельные вопросы опеки и попечительства над несовершеннолетними решаются в Гаагских конвенциях об урегулировании опеки над несовершеннолетними (1902 г.) и обеспечении дееспособности совершеннолетних и попечительстве над ними (1905 г.), которые содержат унифицированные коллизионные нормы. Учреждение опеки и попечительства определяется в соответствии с национальным законом подопечного. Опека или попечительство в отношении иностранца, находящегося на территории данного государства, может быть учреждена, только если закон страны, гражданство которой имеет несовершеннолетний иностранец, не сохраняет за собой исключительное право учреждения опеки и попечительства над своими гражданами. Правоотношения между опекуном и попечителем регулируются национальным законом подопечного.

В настоящее время действует Гаагская конвенция о компетентных органах и праве, применяемом по делам о защите несовершеннолетних (1961 г.), – в вопросах опеки и попечительства по отношению к несовершеннолетним компетентны в основном органы государства обычного места жительства несовершеннолетнего, которые при разрешении соответствующих дел применяют свое собственное право. В итальянском законодательстве

установлено, что защита несовершеннолетних во всех случаях регулируется Гаагской конвенцией 1961 г. Положения Конвенции применяются также к лицам, считающимся несовершеннолетними только в соответствии с их национальным законом, и к лицам, обычное место жительства которых находится за пределами территории договаривающихся государств. Компетенция швейцарских судебных и административных органов, применимое право, вопросы признания иностранных решений и мер регулируются в части защиты несовершеннолетних Гаагской конвенцией 1961 г. Конвенция применяется по аналогии к лицам, являющимся несовершеннолетними только по швейцарскому праву, и к лицам, не имеющим места обычного пребывания ни в одном из участвующих в конвенции государств (ст. 85 Закона о МЧП Швейцарии).

В российском праве данная проблема решается в гражданско-правовом порядке при помощи «цепочки» коллизионных норм (ст. 1199 ГК РФ). Основная коллизионная привязка – личный закон опекаемого и подопечного. Законодатель предусмотрел сочетание нескольких видов коллизионных привязок (принцип расщепления коллизионной привязки):

– закон страны компетентности учреждения;
– личный закон опекуна (попечителя);
– закон страны места регистрации акта;
– российское право, если оно наиболее благоприятно для подопечного (опекаемого).

Тема 15
Международный гражданский процесс

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

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

Канашевский, В. А. Международное частное право. М., 2006.

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М.: Статут, 2001.

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

Светланов, А. Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции. М., 2002.

15.1
Понятие международного гражданского процесса

Международный гражданский процесс (МГП) – это совокупность процессуальных норм, регулирующих процедуру рассмотрения гражданско-правовых споров, связанных с правопорядком двух и более государств. Термин «международный гражданский процесс» имеет условный характер – слово «международный» имеет то же значение, что и в МЧП: оно означает наличие частно-правового отношения, связанного с иностранным правопорядком.

Доктрина

По мнению многих авторов, вопросы МГП относятся к национальному гражданскому процессу и «не входят в нормативный состав международного частного права» (Г. К. Дмитриева). Однако все чаще высказывается мнение, что МГП является комплексным институтом в составе МЧП (М. Н. Кузнецов, Л. П. Ануфриева, Т. Н. Нешатаева).

Включение норм МГП в структуру МЧП закрепляется в национальных кодификациях: «Настоящий Закон охватывает… процессуальные нормы для споров, касающихся отношений международного частного права. По смыслу настоящего Закона отношениями международного частного права являются гражданские, торговые, трудовые, гражданско-процессуальные и другие частно-правовые отношения с иностранным элементом» (ст. 1 Закона о МЧП Румынии). Закон о реформе МЧП Италии определяет сферу итальянской юрисдикции, устанавливает критерии для определения применимого права и регулирует действие иностранных судебных решений и правовых актов (ст. 1).

Нормы МГП направлены на регулирование частно-правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком. Сфера действия МГП:

– международная подсудность гражданских дел;

– гражданско-процессуальный статус иностранных лиц (физических и юридических), иностранного государства, международных организаций;

– судебные доказательства в делах, связанных с иностранным правопорядком;

– решение вопроса о применимом праве;

– установление содержания, толкование и применение иностранного права;

– исполнение иностранных судебных поручений;

– признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений;

– принудительное исполнение иностранных арбитражных решений.

МГП – самостоятельная часть системы МЧП и включается в его структуру. И МГП, и МЧП преследуют специфические правовые цели; их структура позволяет провести параллель между ними – например, действие коллизионных и материальных норм, регулирующих отношения, связанные с иностранным правопорядком. В МЧП и МГП действуют общие правовые институты:

– национальный режим в сфере гражданской и гражданской процессуальной правоспособности;

– иммунитет государства;

– связь судебных доказательств с материальным правом и коллизионными проблемами;

– процессуальный институт установления содержания иностранного права связан с применением, толкованием и квалификацией коллизионных норм;

– в делах «особого производства» (безвестное отсутствие, ограничение и лишение дееспособности), в делах о расторжении брака, во внесудебных делах об усыновлении (удоче-

рении), опеке и попечительстве вопросы юрисдикции неразрывно связаны с проблемами применимого права;

– институт оговорки о публичном порядке;

– принцип взаимности и право на реторсии.

МГП нельзя считать придатком МЧП. МГП обладает преимуществом в том смысле, что применению подлежат коллизионные нормы того государства, чей суд компетентен рассматривать дело. В определенной степени МЧП зависит от МГП, и стороны могут использовать эту зависимость для применения определенного материального права. В доктрине подобное явление называют forum shopping («покупка суда»). В русской литературе XIX в. господствовало представление о МЧП как совокупности процессуальных правовых норм. Подобная точка зрения до сих пор свойственна англо-американской доктрине, которая при решении вопросов МЧП исходит из процессуальных позиций: если имеется спор, связанный с иностранным правопорядком, прежде всего необходимо установить, компетентен ли местный суд рассматривать данный спор. Для стран общего права характерно объединение вопросов МГП и МЧП в едином законодательном акте, при этом приоритет имеют процессуальные положения.

Взаимосвязь и взаимозависимость МГП и МЧП очевидны, но они являются не приложением, а дополнением друг к другу. МЧП – самостоятельная подсистема национального права. МГП входит в систему МЧП как его самостоятельная отрасль (de lege ferenda – как подсистема).

Доказательство этой точки зрения можно найти в современном праве. Во многих государствах вопросы МГП и МЧП регулируются единым законодательным актом: Кодекс БуркинаФасо, Акт о международном частном праве Великобритании, Свод законов о конфликте законов США, Закон о МЧП Венесуэлы.

В Бразилии законодатель включил нормы МЧП во Вводный закон к ГК (1942 г.). Специфика Закона – включение в него и коллизионных норм МЧП, и положений МГП. Бразильское регулирование может рассматриваться как предвосхитившее современные тенденции объединения в одном нормативном акте вопросов коллизий законов и коллизий юрисдикции.

Кодификации МЧП, произведенные в 90-х гг. XX в. и позже, в основном объединяют вопросы МЧП и МГП (Румыния – 1992 г., Италия – 1995 г., Тунис – 1998 г., Украина – 2005 г.).

Разумеется, регулирование проблем МЧП и МГП единым законодательным актом осуществляется не ради объединения их в одну отрасль права или включения МГП в МЧП. Такое объединение производится в практических целях: регламентация частно-правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, имеет место в форме МГП. Единая комплексная кодификация норм, относящихся ко всем аспектам международных частно-правовых отношений, представляет собой большое удобство для судей и участников процесса.

15.2
Принцип «закон суда» в международном гражданском процессе

Приблизительно до середины XX в. при применении иностранного права действовали два незыблемых принципа: иностранное публичное и иностранное процессуальное право не применяется. В частно-правовых отношениях, связанных с иностранным правопорядком, речь могла идти только о применении иностранного частного права.

В настоящее время квалификация иностранной правовой нормы, к которой отсылает отечественная коллизионная норма, как публично-правовой или процессуальной не является основанием для отказа в ее применении. В национальном законодательстве (Украина, Швейцария) и в международных соглашениях (Конвенция СНГ о правовой помощи 1993 г.) прямо закреплено, что применение нормы иностранного права не может быть ограничено только на том основании, что данная норма имеет публично-правовой характер.

Принцип «закон суда» (применение собственного процессуального права) до сих пор частично считается фундаментом МГП. Эта точка зрения разделяется большинством российских ученых и подтверждается национальным законодательством многих государств: «Гражданский процесс, происходящий в Италии, регулируется итальянским правом» (ст. 12 Закона о реформе МЧП Италии). Данная позиция выражена и в судебной практике – решение Верховного суда ФРГ 1977 г.: «Германские суды применяют к находящимся в их производстве спорам только германское процессуальное право». Положение forum regit processum многими расценивается как краеугольный камень МГП.

В МГП правило «закон суда» определяется не как коллизионная привязка, а как основополагающий принцип. В обоснование этой позиции приводится ссылка на природу процессуального права как публичного права – гражданское процессуальное право регулирует деятельность государственных правоприменительных органов на территории данного государства. Однако необходимо учитывать, что гражданско-процессуальные нормы предназначены для реализации материального права; национальное процессуальное право не всегда приспособлено для реализации любых материально-правовых норм.

Применение судом только собственного процессуального права обеспечивает равное положение в процессе всех его участников (и собственных граждан, и иностранцев), т. е. происходит «равное обращение с неравными вещами», – правовой спор, связанный с иностранным правопорядком, рассматривается как национальный спор.

В настоящее время применение закона суда в МГП преимущественно обосновывается практической целесообразностью и удобством. Судья ex officio знает свое собственное процессуальное право и применяет его. Применение иностранного процессуального права, ведение процесса в иностранных формах ведет к временным и материальным затратам, требует от судей специальной подготовки. Возникает проблема языка судебного разбирательства: применение иностранной процедуры предполагает применение соответствующего языка (хотя бы потому, что трактовка правовых понятий различна в разных государствах).

В сфере доказательственного права применение иностранных средств доказывания в принципе является недопустимым, поскольку оценка доказательств в большой степени зависит от судейского усмотрения. Судья, обладающий определенной национальной ментальностью, вряд ли сможет адекватно оценить иностранные средства доказывания. На практике невозможно требовать от суда профессионального знания процессуального права других государств. По этой причине применение закона суда в МГП остается его основополагающим началом.

Из общего правила, согласно которому в вопросах процесса судья руководствуется собственными правилами судопроизводства, существует много исключений:

1) гражданская процессуальная право и дееспособность иностранных лиц определяется не по закону суда, а по их личному закону (ст. 399, 400 ГПК РФ);

2) в некоторых случаях суд может принять во внимание предусмотренные иностранным правом возможности отказа от дачи показаний, т. е. применить к этому институту процессуального права личный закон сторон. Английскому праву неизвестно право на отказ от дачи показаний, предоставленное врачам. В германской подсистеме права обязанность сохранения врачебной тайны подлежит относительной защите: врач теряет право на отказ от дачи показаний, если пациент освобождает его от сохранения врачебной тайны (ГПК ФРГ, Австрии). Во Франции врач подлежит абсолютной защите, т. е. он не обязан давать показания ни в каком случае. Такое положение вещей обусловило возможность учета иностранных предписаний относительно права на отказ от дачи показаний. В первую очередь это свойственно англо-американскому праву: лицу, заявляющему соответствующее ходатайство, предоставляется право не давать показания в соответствии с его национальным законом. Суд в подобном случае выносит «распоряжение о защите» (protective order);

3) во многих договорах о правовой помощи предусмотрена возможность применения иностранных процессуальных норм в связи с исполнением иностранных судебных поручений, признанием и принудительным исполнением иностранных судебных решений. Это право, а не обязанность государства, получившего ходатайство об оказании правовой помощи. Применение иностранных процессуальных форм не должно противоречить публичному порядку государства, от которого испрашивается правовая помощь. Аналогичная норма предусмотрена в отдельных национальных законах: «По просьбе учреждения, дающего поручение, иностранные процессуальные нормы могут быть применены или приняты во внимание в тех случаях, когда это необходимо для признания за рубежом соответствующего правового притязания, если только этому не препятствуют серьезные причины, связанные с заинтересованным лицом. Швейцарские судебные и административные органы могут составлять документы по формам, принятым в иностранном праве, а также принимать показания заявителя под присягой, если форма, предусмотренная швейцарским правом, но не признаваемая за рубежом, препятствует признанию за рубежом правового притязания, заслуживающего защиты» (ст. 11 Закона о МЧП Швейцарии);

4) принудительное исполнение обязательств путем обращения взыскания на жалованье служащих некоторых международных организаций (например, НАТО) ограничено правом направившего их государства (т. е. применяется личный закон служащего, а не право страны суда);

5) подача иска и нахождение спора в производстве иностранного суда определяются в соответствии с иностранным процессуальным правом (ГПК ФРГ);

6) формальная законная сила иностранного судебного решения и действие вступившего в законную силу решения иностранного суда устанавливаются на основе иностранного процессуального права. При проставлении экзекватуры (exsequare – разрешение на исполнение иностранного судебного решения) разрешается вопрос о том, вступило ли данное судебное решение в силу у себя на родине. Экзекватура, посредством которой иностранному судебному решению сообщается принудительная сила, не представляет собой применение иностранного процессуального права. Акт экзекватуирования основан на процессуальных нормах государства, от органов которого этот акт исходит. При экзекватуировании ставится вопрос, получило ли данное судебное решение законную силу у себя на родине. Во всех случаях он может быть разрешен только на основе иностранного процессуального права.

Как правило, все исключения из применения закона суда специально перечисляются в законодательстве. Однако возможно указание общего характера: «К судебным процедурам,

осуществляющимся на испанской территории, являются единственно применимыми испанские процессуальные законы без ущерба для отсылок, которые они могут делать к иностранным законам в отношении тех процессуальных действий, которые должны осуществляться за пределами Испании» (ст. 8.2 ГК Испании). Испанский законодатель говорит об отсылке к иностранному праву, сделанной процессуальным законом, т. е. о процессуальных коллизионных нормах.

Таким образом, почти аксиоматичное утверждение, что в МГП применяется только собственное процессуальное право суда, в действительности оказывается далеко не бесспорным.

Развернутая система процессуальных коллизионных норм закреплена в Законе о МЧП Румынии. Основная коллизионная привязка – закон суда: «По делам, затрагивающим отношения в области международного частного права, румынские суды применяют румынское процессуальное право, за исключением случаев, в которых прямо указано иное. Румынский закон также определяет, относится ли данный вопрос к сфере материального или процессуального права».

Процессуальная способность каждой из сторон в процессе регулируется законом ее гражданства. Доказывание гражданского статуса и доказательственная сила актов гражданского состояния регламентируются законом места составления соответствующего документа.

Предмет и основания иска определяются законом, который регламентирует существо спорных правоотношений. Этот же закон определяет, кто может быть стороной в деле.

Средства доказывания существования сделки и доказательственная сила документа, ее подтверждающего, определяются законом места совершения сделки или законом, избранным сторонами, если у них было такое право. Доказывание фактов осуществляется в соответствии с законом места, где они возникли.

Румынский закон применяется при регулировании иных средств доказывания. Он применяется в случае, когда допускает доказывание посредством свидетельских показаний или косвенных доказательств, даже если по иностранному закону эти средства доказывания не допускаются. Представление доказательств производится в соответствии с румынским законом (ст. 158–161).

В доктрине до сих пор дискутируется вопрос, в каком качестве правило закон суда выступает в МГП: как коллизионный принцип lex fori или lex locus regit actum либо как процессуальный императив, поскольку в вопросах гражданского процесса в принципе нет места для привязки к иностранному праву. Законы отдельных государств устанавливают, что подсудность и процессуальные формы определяются законом места проведения процесса (т. е. закреплен коллизионный принцип lex locus regit actum): «Судебные производства подчиняются с точки зрения процедуры и компетенции судов законам того места, где они возбуждены» (ст. 971 ГК Ирана). В других юрисдикциях закон суда выступает как процессуальный императив: Закон о МЧП Чехии предусматривает, что суды и нотариальные органы при разбирательстве споров действуют в соответствии с чешским правом. Деятельность органов юстиции, как и любых других государственных органов, может регулироваться только чешским правом.

Доктрина

В зарубежной доктрине выработано устойчивое понятие «коллизионное процессуальное право». Коллизионные проблемы в МГП возникают при разграничении процессуально-правовых и материально-правовых категорий (бремя доказывания, сроки исковой давности, применение зачета взаимных требований), в случаях использования договорной подсудности или арбитражного соглашения: «МЧП

предписывает «своему» судье, право какого государства он должен применить. Точно так же собственный МГП может обязать суд применять в определенных вопросах иностранное процессуальное право» (Х. Шак).

Признание существования коллизионного процессуального права изменяет привычные представления о МЧП (как «монополисте» в отношении коллизионных норм) и процессуальном праве, в котором не всегда возможно применение только закона суда. Однако процессуальное коллизионное право может составлять только часть МГП. Для МГП более типичными являются «материальные нормы с иностранным элементом», т. е. особые предписания национального права, регулирующие процессуальные правоотношения, связанные с иностранным правопорядком (сроки вручения судебных документов, язык судопроизводства).

МГП некоторых государств (ФРГ, Франция, Италия, Польша) содержит нормы о применении иностранного права в части представления иностранцами имущественного обеспечения судебных расходов. Во всех странах принимается во внимание признание и исполнение «своих» судебных решений за границей, что презюмирует признание и применение норм иностранного МГП.

Коллизионным нормам МЧП аналогичны по структуре процессуальные правила о международной подсудности. Принципы разрешения вопросов международной подсудности и коллизионные привязки – это различные правовые категории, но они тесно связаны и существует необходимость их совместного рассмотрения (Л. А. Лунц).

Как процессуальные коллизионные нормы можно толковать положения о разграничении юрисдикций, содержащиеся практически во всех международных соглашениях об избежании двойного налогообложения.

Большинство процессуальных норм «привязаны» к материальному праву, поэтому в МГП необходимо применение иностранного процессуального права, если только таким образом можно исполнить предписания МЧП о применении иностранного правопорядка. Закон суда в современном праве не может расцениваться как безусловный принцип МГП. При разрешении «процессуального коллизионного вопроса» необходимо установить «центр тяжести правоотношения» (закон существа отношения – lex causae). Правило поведения в МГП должна составлять сумма двух норм: процессуальная коллизионная норма страны суда и иностранная процессуальная норма.

Доктрина

Основоположником современной концепции применения иностранного процессуального права можно считать венгерского ученого И. Саси. Жесткое требование применения в процессе только закона суда нарушает связь между национальными материальными и процессуальными правилами, так как нормы иностранного материального права практически невозможно претворить в жизнь в форме чуждого для них процессуального порядка закона страны суда. Это препятствует достижению объективной истины и нарушает связь между гражданскими правами и свободами личности в материальном смысле и их процессуальными формами (И. Саси).

Основной принцип современного МЧП – применение правопорядка, с которым правоотношение наиболее тесно связано. Точно так же в МГП основным принципом должен быть не закон суда, а принцип применения норм того процессуального законодательства, которое находится в наиболее тесной связи с данным процессом, с отдельными процессуальными действиями и основанными на них процессуальными правоотношениями. Закон суда и в МГП, и в МЧП должен применяться, только если к нему отсылают национальные коллизионные нормы. В МГП закон суда может применяться и в тех случаях, если приме-

нение иностранного процессуального права нарушает нормальную деятельность судебного аппарата либо применение закона суда необходимо по каким-либо объективным причинам. Процессуальная теория закона суда противоречит защите прав иностранных граждан (Т. Н. Нешатаева).

Соответствие между материальными и процессуальными нормами в делах, связанных с иностранным правопорядком, не может быть достигнуто только на основе применения процессуального права страны суда. С другой стороны, на сегодняшний день вряд ли можно требовать от судей (особенно российских) проведения процесса в иностранных процессуальных формах. Такое требование затруднит и замедлит процесс, породит огромное количество проблем: противоречие публичному порядку (допрос под пыткой, ограничение процессуальной дееспособности замужней женщины), необходимость установления содержания иностранного процессуального права, его применения и толкования. Эффективное и корректное применение иностранных процессуальных форм возможно только в государствах схожей правовой ментальности (Западная Европа, Латинская Америка), поддерживающих между собой длительные и устойчивые отношения (конвенции ЕС, Кодекс Бустаманте).

В российском процессуальном законодательстве к рассмотрению дел с участием иностранных лиц применяется закон суда: ч. 3 ст. 398 ГПК РФ устанавливает, что производство по делам с участием иностранных лиц осуществляется в соответствии с настоящим Кодексом и иными федеральными законами. Из общего правила возможны исключения, вытекающие из международных обязательств Российской Федерации: дела с участием иностранных лиц рассматриваются арбитражными судами по правилам ГПК РФ, если международным договором РФ не предусмотрено иное (п. 1 ст. 253 АПК РФ). Если международные договоры РФ устанавливают иные правила гражданского судопроизводства, чем те, которые предусмотрены национальным законом, то применяются правила международного договора (п. 2 ст. 1 ГПК РФ; п. 3 ст. 3 АПК РФ).

15.3
Источники международного гражданского процесса

Национальное законодательство является главным источником МГП. Правосудие представляет собой одну из функций государственной власти, публичное правоотношение и порядок его осуществления прежде всего регламентируется внутренним правом.

Фундаментальные начала судоустройства и судопроизводства обычно закрепляются в конституционных актах. Основные законы государств устанавливают принцип разделения властей, принцип независимости судей и их подчинения только закону, право каждого на судебную защиту и свободный доступ к правосудию, основы судоустройства, иерархию судебных инстанций. Судебная система как структура и компетенция правоприменительных органов государства регулируется самостоятельными законами о судоустройстве:

– едиными актами, определяющими статус всех судебных органов государства (Кодекс судоустройства Франции);

– различными законами, каждый из который регулирует деятельность отдельных систем судебной власти (законы о судах общей юрисдикции или судах по трудовым делам в ФРГ);

– различными актами, посвященными отдельным звеньям судебной системы (Закон о Верховном суде и законы о местных судах в Великобритании).

Основные источники российского гражданского процесса – ГПК РФ и АПК РФ. Для России является традиционным включение норм МГП в национальные процессуальные кодексы и другие нормативные акты, содержащие процессуальные нормы.

Нормы МГП в российском праве закреплены в ГК РФ, ГПК РФ, СК РФ, АПК РФ, Законе РФ о МКА, Основах законодательства РФ о нотариате. Российский МГП частично кодифицирован: в гл. 31–33 АПК РФ и в разд. V ГПК РФ есть специальные разделы, посвященные рассмотрению гражданских дел «с участием иностранных лиц». Следует отметить недостатки подобной терминологии: буквальное толкование может привести к выводу, что нормы этих разделов регулируют процедуру разбирательства не всех дел, связанных с иностранным правопорядком, а только тех, где субъектом правоотношения является иностранное лицо. С точки зрения смыслового толкования норм соответствующих разделов АПК РФ и ГПК РФ, подобный вывод представляется неправильным. По смыслу законов речь идет о процедуре разбирательства гражданских дел не просто с участием иностранных лиц, а любых гражданско-правовых споров, связанных с иностранным правопорядком.

С точки зрения юридической техники, все нормы, относящиеся к МГП, следовало бы сгруппировать в одном специальном разделе (если идти по пути межотраслевой кодификации). Такая структура привела бы к повтору многих положений, но у работников правоприменительных органов не возникало бы необходимости искать нужные нормы в других разделах кодексов или в иных нормативных актах. АПК РФ и ГПК РФ представляют собой относительно новое российское процессуальное законодательство, однако в него постоянно вносятся изменения и уже выявлено большое количество пробелов (особенно по спорам, связанным с иностранным правопорядком). В действующем праве недопустимо подобное положение вещей, и пороки «нового» процессуального законодательства лишний раз демонстрируют несовершенство законотворческой системы нашего государства.

Гражданско-процессуальное законодательство выступает основным источником национального МГП в праве многих государств (Аргентина, Испания, Польша, Япония). В ФРГ порядок рассмотрения частно-правовых споров в судах общей юрисдикции регулируется ГПК (Уставом гражданского судопроизводства) (1877 г.). Производство в административных, финансовых и прочих судах регламентируется иными нормативными актами (напри-

мер, Административным судебным уставом (1961 г.). Кодификация норм МГП в ФРГ не произведена. Немецкая доктрина постоянно подчеркивает, что «разбросанность» норм МГП по разным нормативным актам и большое количество пробелов правового регулирования являются серьезными недостатками процессуального законодательства Германии (Х. Шак).

Законодательные нормы, посвященные судоустройству и основным положениям судопроизводства, сосредоточены в разд. 28 Свода законов США. Этот документ не является аналогом процессуальных кодексов, поскольку устанавливает только основы судопроизводства. Разбирательство гражданских дел, связанных с иностранным правопорядком, регулируется на общих основаниях; отдельного раздела, посвященного МГП, в Своде законов нет. Отдельные нормы МГП содержатся в Федеральных правилах гражданского процесса для районных судов (1937 г.), Федеральных правилах апелляционного производства (1967 г.), Федеральных правилах доказательств (1975 г.), в ЕТК США. Основные положения МГП закреплены в Своде законов о конфликтах законов, т. е. в неофициальной кодификации МЧП и МГП.

В Польше принят Закон о международном частном праве (1965 г.); однако нормы МГП включены в ГПК 1964 г. Раздел III ГПК регламентирует вопросы международной подсудности, судопроизводство по делам с иностранным элементом, вопросы признания и исполнения иностранных судебных решений. Аналогичная ситуация имеет место в австрийском праве: Закон о МЧП 1978 г. не содержит норм МГП. Нормы МГП зафиксированы в нескольких законодательных актах – в Законе о юрисдикции, в ГПК, в Уставе исполнительного производства.

В некоторых государствах приняты единые законы о международном частном праве и процессе (Албания, Турция, Чехия). Закон о МЧП Чехии представляет собой единый нормативный акт, содержащий коллизионные нормы МЧП и основные положения МГП. Часть II Закона «Международное процессуальное право» определяет компетенцию чешских органов юстиции по частно-правовым спорам, связанным с иностранным правопорядком, положение иностранцев в процессе, установление содержания иностранного права, применение взаимности, оказание правовой помощи, признание и исполнение иностранных решений.

Большинство государств, принявших специальные законы о МЧП, включили в них и нормы МГП: Закон о МЧП Грузии (гл. II «Международная подсудность судов Грузии» и гл. IX «Процессуальные нормы»); Закон о МЧП Румынии (гл. XII «Процессуальные нормы в международном частном праве»); Кодекс Туниса (титул II «Компетенция тунисских юрисдикционных органов», титул III «Экзекватура на решения и акты иностранных юрисдикционных органов», титул IV «Иммунитеты»).

Многие государства зафиксировали нормы МЧП и МГП в специальных разделах гражданских кодексов: ГК Квебека (книга 10, титул 2 гл. 4 «О процессе», титул 3 «О международной юрисдикции органов властей Квебека», тит. 4 «О признании и приведении в исполнение иностранных решений и о юрисдикции иностранных властей»), ГК Перу (книга X, титул II «Юрисдикционная компетенция», титул IV «Признание и исполнение иностранных судебных и арбитражных решений»).

В национальном праве наблюдается устойчивая тенденция к кодификации норм МЧП и МГП. Наиболее правильным представляется подход, избранный законодателем, принявшим единый акт кодификации МЧП и МГП. С практической точки зрения это самый удобный способ – реализация положений МЧП предполагает специальные процедурные формы, поэтому такая структура законодательства облегчает работу правоприменительных органов.

Международные договоры по процессуальным вопросам направлены на организацию взаимодействия государственных структур разных стран в целях защиты гражданских прав. В современном мире роль международных соглашений в регулировании судопроизводства возрастает.

Конвенция по вопросам гражданского процесса (г. Гаага, 1 марта 1954 г.) (первые редакции – 1896 и 1905 гг.) регулирует вручение судебных и внесудебных документов, выполнение отдельных процессуальных действий и судебных поручений, освобождение иностранцев-истцов от обеспечения судебных расходов, бесплатное оказание правовой помощи. В Конвенции участвуют в основном европейские государства (США и Великобритания не участвуют). Соотношение действия Конвенции 1954 г. и двусторонних договоров основано на принципе lex specialis derogat lex generalis: положения двусторонних договоров имеют преимущественную силу.

Венские конвенции о дипломатических сношениях (8 апреля 1961 г.) и о консульских сношениях (24 апреля 1963 г.) содержат положения о дипломатических и консульских привилегиях и иммунитетах от юрисдикции государства пребывания; положения о юридической помощи и защите граждан своего государства на территории государства пребывания.

Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов (г. Гаага, 5 октября 1961 г.), облегчила процедуру предоставления и признания официальных документов в иностранных правоприменительных органах, ввела понятие «апостиль» и установила его форму. Европейская конвенция о получении информации о праве иностранных государств (1968 г.) определила порядок обмена правовой информацией и процесс установления содержания норм иностранного права, процедуру сотрудничества компетентных органов государств.

Конвенция о доступе к международному правосудию (г. Гаага, 25 октября 1980 г.) регулирует вопросы оказания финансовой помощи по несению процессуальных расходов и по обеспечению процессуальных расходов, вопросы признания судебных постановлений о несении судебных расходов, проблемы выдачи расписок из реестра, личного реестра, иммунитета свидетелей и экспертов, вводит порядок сношений через специально создаваемые органы.

Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам (г. Гаага, 15 ноября 1965 г.) устанавливает порядок вручения документов находящимся за границей лицам (дипломатический, консульский, через центральные органы юстиции). Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам (г. Гаага, 18 марта 1970 г.) закрепляет упрощенный порядок сношений государственных органов в отношении исполнения иностранных судебных поручений.

В 2005 г. открыта для подписания Конвенция в отношении соглашений о выборе суда. Установлены единые правила в отношении юрисдикции, признания и принудительного исполнения решений иностранных судов по гражданским и коммерческим делам. Конвенция нацелена на повышение эффективности соглашений о выборе суда между сторонами торговой сделки, подлежит применению в транснациональных судебных делах к соглашениям об исключительном выборе суда по гражданским или коммерческим делам. В Конвенции отражена доктрина «forum non convenience» – государство может заявить, что его суды вправе отказать в рассмотрении споров, к которым применяется соглашение об исключительном выборе суда, если помимо места нахождения выбранного суда нет никакой связи между таким государством и сторонами спора (ст. 19).

Книга IV Кодекса Бустаманте «Международный гражданский процесс» детальным образом регламентирует вопросы МГП: общие правила компетенции в гражданских и торговых делах и изъятия из этих правил; право быть стороной в процессе и реализация этого права; отводы международного характера; общие правила о доказательствах и специальные правила о доказывании иностранных законов; несостоятельность и банкротство; признание и исполнение иностранных судебных решений.

Для судов стран – членов ЕС в области МГП особо важную роль играют Брюссельская конвенция о подсудности, признании и исполнении решений по гражданским и торговым

делам (1968 г.) и Луганская (Параллельная) конвенция о юрисдикции, признании и исполнении решений по гражданским и торговым делам (1988 г.). Применение этих конвенций представляет собой обычную практику судопроизводства; знание их положений является столь же обязательным, как и знание отечественного процессуального права.

Основную роль среди международно-правовых источников МГП играют двусторонние договоры: о взаимном признании и исполнении судебных и арбитражных решений, консульские конвенции, соглашения о торговле и мореплавании, договоры о правовой помощи. Цель договоров о правовой помощи: обеспечение взаимного признания и соблюдения имущественных и личных прав граждан одного договаривающегося государства на территории другого. В договорах решается комплекс вопросов:

– сотрудничества между органами юстиции;
– правовой защиты;
– определения и разграничения компетенции судов и применимого права;
– процессуальных прав иностранцев;
– исполнения поручений о правовой помощи;
– признания и исполнения решений по гражданским и семейным делам;
– признания и пересылки документов.

По вопросам МГП существует система специальных соглашений о свободном доступе к правосудию, о взаимном исполнении судебных поручений, о взаимном признании и исполнении судебных решений. Такие соглашения заключены у России с Австрией (1935 г.), Францией (1936 г.), Бельгией (1946 г.), ФРГ (1951 г.). Отдельные вопросы МГП разрешаются в двусторонних консульских конвенциях, которые связывают друг с другом все государства мира: нормы о процессуальном представительстве консулами граждан своих государств, о выполнении консулом отдельных нотариальных действий.

Нормы международных договоров, посвященных регулированию гражданских процессуальных правоотношений, в соответствии с общим принципом верховенства международного права имеют приоритетное применение перед нормами национального права в случае их противоречия (ст. 1 ГПК РФ; ст. 3 АПК РФ).

Международно-правовой обычай можно считать источником МГП. В российском процессуальном законодательстве это положение прямо не закрепляется; оно вытекает из толкования ст. 15 Конституции РФ («Общепризнанные принципы и нормы международного права»). При рассмотрении экономических споров в российских арбитражных судах достаточно часто применяются ссылки на общеизвестные международные нормы обычного характера (Т. Н. Нешатаева).

«Мягкое право» как источник МГП представляет собой процессуальные нормы, закрепленные в резолюциях-рекомендациях международных организаций. Международные организации включают в свои резолюции формулировки, представляющие собой новые правила в области международных отношений. Эти правила не могут рассматриваться как действующее право; они направлены в будущее и являются стратегией развития международных отношений de lege ferenda (Т. Н. Нешатаева). Например, Советом Европы были приняты рекомендации о необходимости обмена правовой информацией, в том числе по вопросам гражданского процесса между правоприменительными органами государств – членов. Во исполнение этих рекомендаций судебные органы РФ обмениваются правовой информацией с судами других государств.

Общие принципы права цивилизованных народов являются основой правовой системы любого государства, чье законодательство основано на рецепированном римском праве. С этой точки зрения об общих принципах права можно говорить как источнике МГП – это те общие принципы, которые непосредственно относятся к гражданскому процессу: бремя доказывания лежит на истце; ответчик, возражая, ставит себя в положение истца;

судья знает право; никто не может быть судьей в собственном деле; дважды не судят за одно и то же.

Судебная практика. Правило поведения, имеющее общий и обязательный характер, может содержаться в постановлениях национальных и международных судов. Признание судебной практики источником права вполне закономерно, так как создание общеобязательных правил поведения – это свойство, генетически присущее органам судебной власти (Т. Н. Нешатаева). Общая тенденция – судебная практика идет по пути принятия положений нормативного характера в актах органов правосудия. В качестве примера судебной практики, выступающей как источник российского МГП, можно привести сложившееся правило поведения российских правоприменительных органов: расторжение браков между иностранцами на территории РФ производится в судебном порядке независимо от наличия несовершеннолетних детей или имущественного спора.

Доктрина права. В западных государствах доктрина официально признается как самостоятельный источник МГП. Фактически в России доктрина также является источником МГП: при разбирательстве дел, связанных с иностранным правопорядком, российские суды постоянно используют комментарии к гражданско-процессуальному и гражданскому законодательству; мотивировочная часть судебных решений часто основана на теоретических построениях доктрины. Теоретические исследования являются важнейшим источником при восполнении при помощи аналогии права или закона пробелов законодательства по вопросам процессуального положения иностранцев, международной подсудности, конфликта юрисдикций, судебных доказательств.

В научных трудах на основе сравнительного правоведения и системного анализа ставятся вопросы, не решенные ни законодательством, ни судебной практикой. Доктрина предлагает способы решения этих проблем. Вопросы МГП исследовали многие известные ученые: И. Саси, Е. Рицлер, Х. Шак, М. Иссад, Г. Хендрикс, Л. А. Лунц, Н. И. Марышева, Л. П. Ануфриева, Г. К. Дмитриева, Т. Н. Нешатаева, В. П. Звеков, М. М. Богуславский, А. Г. Светланов, Н. Г. Елисеев.

Аналогия права и аналогия закона повсеместно признаны самостоятельными источниками МГП. В российском гражданско-процессуальном законодательстве указано, что в случае отсутствия нормы процессуального права, регулирующей соответствующие отношения, суды общей юрисдикции и мировые судьи применяют норму, регулирующую сходные отношения (аналогия закона), а при отсутствии такой нормы действуют исходя из принципов осуществления правосудия в Российской Федерации (аналогия права). Роль аналогии как источников МГП аналогична роли доктрины – восполнение пробелов в законодательном регулировании разбирательства гражданских дел, связанных с иностранным правопорядком.

15.4
Общие начала процессуального положения иностранных лиц в гражданском судопроизводстве

В праве любого государства особо выделена группа лиц, которая обозначается обобщенным термином «иностранные лица». Под иностранными лицами понимаются физические лица, не имеющие гражданства данного государства; юридические лица, не имеющие «национальности» данного государства; иностранные государства и международные организации.

В праве большинства государств определение гражданско-правового и гражданско-процессуального положения иностранцев основано на принципе национального режима. Практически везде закреплено право иностранцев на судебную защиту и свободный доступ в суды. Одновременно в праве большинства государств существует институт cautio judicatum solvi (судебный залог), т. е. возложение на истца-иностранца обязанности предоставить обеспечение судебных расходов, которые может понести ответчик в случае отказа истца от иска или проигрыша им процесса (Франция, Швеция, Великобритания, Польша, Чехия).

Статья 16 ФГК, ст. 166, 167 ГПК Франции закрепляют обязанность истца-иностранца уплатить специальный залог, который обеспечивал бы возможные судебные расходы и возмещение убытков. Иностранец-истец освобождается от такого обязательства, если располагает на территории Франции недвижимым имуществом, стоимость которого достаточна для компенсации возможных издержек. Участие Франции в Конвенции по вопросам гражданского процесса (г. Гаага, 1 марта 1954 г.) привело к принятию Закона 1975 г., в соответствии с которым требование judicatum solvi применяется в исключительных случаях.

Статья 110 Устава гражданского судопроизводства (ГПК) ФРГ предусматривает, что обеспечение со стороны истца-иностранца предоставляется независимо от гражданства ответчика. Аналогичная норма закреплена в ст. 57 Устава гражданского судопрозводства Австрии, формулирующей требования к досудебному обеспечению. В законах некоторых государств обязанность предоставить обеспечение возлагается только на истцов-иностранцев, не проживающих в данном государстве или не имеющих в нем имущества (Италия, Швейцария). Статья 348 ГПК Аргентины обязывает истца предоставить обеспечение, если он не имеет в Аргентине ни домицилия, ни недвижимости.

Во всех государствах предусмотрена возможность освобождения иностранцев от внесения залога на основе принципа взаимности, закрепленного в международных соглашениях (ФРГ, Австрия, Испания). ГПК ФРГ указывает на необходимость наличия «явной» договоренности между государствами о взаимном освобождении от бремени судебного залога. Основания освобождения иностранцев от внесения залога закреплены и в национальном законодательстве: на основе принципа взаимности; при наличии у истца-иностранца имущества на территории страны суда (в первую очередь недвижимости); постоянное проживание в стране суда; «право бедности».

«Право бедности» предполагает освобождение от уплаты судебных расходов, если будет доказано тяжелое материальное положение истца-иностранца. В основном «право бедности» предоставляется на условиях взаимности. Законодательство некоторых государств допускает применение к иностранцам норм о «праве бедности» только при наличии международного договора (ГПК Бельгии). Иностранным юридическим лицам «право бедности», как правило, не предоставляется (ГПК ФРГ).

Закон о МЧП Чехии предусматривает условия освобождения истца-иностранца от обязанности обеспечения:

– предложение о внесении залога было заявлено после того, как ответчик уже выступил в деле как сторона или выполнил какие-то процессуальные действия, хотя и знал, что истец не имеет чешского гражданства;

– в государстве гражданства истца чешские граждане освобождены от обязанности обеспечения;

– истец является собственником недвижимости в Чехии, стоимость которой достаточна для обеспечения судебных расходов;

– иск удовлетворяется судебным платежным предписанием;

– истец пользуется правом освобождения от уплаты залога.

В доктрине институт судебного залога неоднократно подвергался критике как ограничивающий право иностранцев на свободный доступ к правосудию. С другой стороны, сторонники залога считают, что этот институт не нарушает принцип равноправия иностранцев с гражданами страны суда и одновременно обеспечивает интересы ответчиков. Во многих международных соглашениях (Кодекс Бустаманте) этот институт отсутствует (ст. 383): «Не будет установлено никаких различий между гражданами и иностранцами в договаривающихся государствах в отношении судебного залога». Однако как показывает практика Аргентины (и других государств-участников), национальные законодатели идут на некоторые ограничения этого института, но не на полную его отмену.

Нормы об освобождении иностранцев от обеспечения судебных расходов содержатся в Гаагской конвенции 1954 г. (ст. 17): «От граждан одного из Договаривающихся государств, имеющих место жительства в одном из этих государств и выступающих в судах другого из этих государств в качестве истцов или третьих лиц, не может быть потребовано никакого залога или обеспечения в какой бы то ни было форме на основании того, что они являются иностранцами или не имеют постоянного или временного места жительства в данной стране». Конвенция охватывает не только случаи обеспечения судами расходов, которые может понести ответчик в случае проигрыша процесса истцом, но и случаи обеспечения судебных издержек, уплачиваемых в пользу государства.

Конвенция о международном доступе к правосудию (1980 г.) утверждает отказ от требования какого-либо обеспечения или задатка применительно к иностранным лицам: «Никаких обеспечений и задатков любого вида не должно требоваться только на основании иностранного гражданства или того, что данные лица не имеют постоянного места жительства или не проживают в государстве, в котором возбуждается разбирательство от лиц (включая юридические), которые обычно проживают в Договаривающемся государстве и которые являются истцами или третьими лицами, участвующими в разбирательствах в судах или трибуналах другого Договаривающегося государства» (ст. 14).

В российском законодательстве отсутствует институт cautio judicatum solvi – истцы-иностранцы освобождены от бремени судебного залога в российских судах независимо от взаимности. В договорах о правовой помощи, заключенных Российской Федерацией с другими государствами, предусмотрено положение о взаимном освобождении граждан договаривающихся государств от обязанности обеспечения в судах этих государств (договоры с Чехией, Польшей, Венгрией, Ираком, Испанией, Австрией, Италией).

В Соглашении между Россией и Францией о торговых взаимоотношениях правило о взаимном освобождении от обязанности залога касается только коммерческих сделок. Однако практика французских судов расширительно толкует положения ст. 16 ГПК Франции, предусматривающей освобождение от обеспечения в силу предписаний международного договора, и считает достаточным соблюдение простой взаимности. Во Франции все российские истцы должны быть освобождены от обязанности залога, поскольку в России

автоматически всегда обеспечена взаимность – в российском праве отсутствует этот институт.

15.5 Гражданская процессуальная право– и дееспособность иностранных лиц

Гражданская процессуальная право и дееспособность иностранных физических и юридических лиц в основном определяется на основе коллизионного принципа личного закона. Коллизионное регулирование процессуального положения иностранцев объясняется тем, что процессуальные категории право и дееспособности тесно связаны с материальной гражданской право и дееспособностью.

Во Франции способность иностранного лица быть стороной в процессе является вопросом юрисдикции французского суда. Если французский суд принимает иск к рассмотрению, вопрос процессуальной право и дееспособности разрешается на основе личного закона иностранного лица: закона гражданства для физических лиц и принципа оседлости – для юридических. Во французском праве закреплена возможность применения иностранных ограничений право и дееспособности субъектов МГП, закрепленных в их личном законе: ограничения процессуальной право и дееспособности замужней иностранки или иностранные ограничения дееспособности по возрасту.

В ФРГ процессуальная право и дееспособность иностранцев определяется на основе личного закона, но с учетом закона суда. При определении гражданско-процессуальной дееспособности применяются коллизионные нормы немецкого права (закон суда), что предопределяет решение данного вопроса на основе закона гражданства физического лица и принципа оседлости юридического лица. Иностранное лицо, чья гражданско-процессуальная дееспособность ограничена по его национальному закону, считается дееспособным, если это вытекает из закона суда.

Концепция, лежащая в основе ГПК ФРГ, mutatis mutandis (с учетом различий) получила широкое распространение во многих государствах мира. Гражданско-процессуальная право и дееспособность иностранных лиц определяется посредством коллизионных привязок либо к закону гражданства, либо к закону домицилия, либо к закону места совершения сделки. Признается необходимость изъятий в пользу применения закона суда и возможность применения оговорки о публичном порядке.

Способность иностранных лиц на предъявление иска основана на принципе национального режима и предполагает применение коллизионных норм (личного закона) иностранного лица. Личный закон определяется как закон домицилия физического лица и как принцип инкорпорации юридического лица. Английское процессуальное право допускает к участию в процессе иностранную фирму при условии, что она добросовестно зарегистрирована по правилам своей страны.

Привязка к личному закону предусмотрена не во всех государствах. Отдельные страны предусматривают применение закона суда: «Процессуальная правоспособность и дееспособность иностранных лиц в Украине определяются в соответствии с правом Украины» (ст. 74.1 Закона о МЧП Украины).

В связи с вопросом о процессуальной право и дееспособности иностранных лиц могут возникнуть вопросы материального гражданского права. Они разрешаются на основе общих коллизионных принципов. Подобная проблема особенно часто возникает, когда речь идет о правовом статусе иностранной организации, претендующей на выступление в суде в качестве истца. Вопрос, является ли данная иностранная организация юридическим лицом, определяется по закону государства, которому принадлежит организация. В международной практике гражданские процессуальные права предоставляются иностранным организа-

циям, по своему личному закону не являющимся юридическими лицами, но имеющим право выступать в гражданском процессе.

Процессуальное положение иностранных лиц на территории РФ основано на нормах Конституции РФ: ст. 19 о равенстве всех перед законом и судом, ст. 46 о гарантиях судебной защиты гражданских прав и свобод, ст. 62 о национальном режиме для иностранцев в области гражданских прав и свобод. Иностранным лицам в области гражданского процесса предоставлен безусловный национальный режим.

Иностранные лица имеют право обращаться в суды и арбитражные суды РФ для защиты своих законных прав, свобод и интересов. Они пользуются процессуальными правами и выполняют процессуальные обязанности наравне с российскими лицами (ст. 398 ГПК РФ, ст. 254 АПК РФ). В арбитражном процессе иностранным лицам могут предоставляться льготы, предусмотренные международными договорами РФ (ст. 254 АПК РФ).

Изъятия из принципа национального режима могут быть установлены только в порядке реторсий (ответных ограничений), вводимых Правительством РФ по отношению к лицам тех государств, в судах которых ограничиваются процессуальные права российских лиц (ст. 398 ГПК РФ; ст. 254 АПК РФ). Возможность применения ответных ограничений – исключительная мера, которая не означает, что иностранные лица пользуются в России процессуальными правами при условии взаимности. При рассмотрении конкретного дела суды не должны требовать от участника процесса – иностранца подтверждения того, что в его государстве российские лица пользуются процессуальными правами.

Положение иностранных частных лиц в российском гражданском процессе определяется по их личному закону (ст. 399, 400 ГПК РФ). Гражданская процессуальная право и дееспособность физических лиц определяется на основе закона гражданства (генеральная коллизионная привязка), места жительства и российского права (субсидиарные коллизионные привязки). Определение личного закона физических лиц по ст. 399 ГПК РФ совпадает с определением по ст. 1195 ГК РФ. Физическое лицо, не обладающее процессуальной дееспособностью по своему личному закону, в России может быть признано процессуально дееспособным, если это соответствует российскому законодательству (ст. 399 ГПК РФ).

Процессуальная правоспособность иностранной организации определяется по ее личному закону, которым считается право страны, где эта организация учреждена (ст. 400 ГПК РФ). Принцип инкорпорации (единственный критерий, закрепленный в ст. 1202 ГК РФ) получил подтверждение в ГПК РФ. Иностранная организация, не обладающая процессуальной правоспособностью по своему личному закону, может быть признана процессуально дееспособной на территории России, если это соответствует российскому праву.

Важная новелла отечественного процессуального законодательства – норма о процессуальной правоспособности международной организации, которая устанавливается на основе международного договора о создании этой организации, ее учредительных документов или соглашения с компетентным органом РФ (ст. 400 ГПК РФ).

Возникает вопрос: как определить процессуальную право и дееспособность иностранных участников арбитражного разбирательства – по их личному закону (по аналогии ст. 400 ГПК РФ) или по российскому праву, т. е. применяя общую норму ст. 43 АПК РФ. Представляется, что в арбитражном процессе правовой статус его участников должен определяться по российскому праву (ст. 43 АПК РФ), так как государственные арбитражные (хозяйственные) суды – наше национальное явление.

В других государствах имеются аналогичные правоприменительные органы (торговые суды во Франции, ФРГ, Швейцарии), но это только похожие, а не идентичные нашему государственному арбитражу органы. В частности, во всех государствах процесс и в судах общей юрисдикции, и в торговых судах ведется на основе единых правил судопроизводства – ГПК

(при этом в большинстве развитых стран присутствует дуализм гражданского права – наличие отдельных кодификаций гражданского и торгового права).

Международно-правовое регулирование процессуального положения иностранцев закреплено в двусторонних договорах о правовой помощи, о торговле и мореплавании: предоставление гражданам обеих сторон права на судебную защиту и беспрепятственный доступ в суды договаривающихся государств. Определение гражданской и гражданской процессуальной дееспособности иностранных частных лиц производится по личному закону, а дееспособности юридических лиц – по закону их места нахождения, т. е. на основе критерия оседлости. Возможно применение закона суда на основе принципа взаимности (договоры Российской Федерации с КНР, с Францией, Данией, Чехией, Испанией).

Конвенции СНГ о правовой помощи 1993, 2002 гг. расширяет пределы правовой защиты по сравнению с двусторонними договорами. Национальный режим в области доступа к правосудию предоставляется не только гражданам договаривающихся государств, но и всем иным лицам, постоянно проживающим на их территории. Это положение относится и к юридическим лицам, созданным по законодательству договаривающихся государств. Граждане этих государств и иные лица, проживающие на их территории, освобождаются от уплаты и возмещения судебных и нотариальных издержек и пошлин на тех же условиях, что и собственные граждане.

Вопросы процессуального представительства иностранцев консулами разрешаются в консульских конвенциях.

В консульских конвенциях, заключенных с государствами, в законодательстве которых закреплен институт обязательного адвокатского представительства, установлено правило, что консульское представительство не затрагивает этот институт. Если законодательство государства пребывания требует, чтобы сторона была представлена адвокатом, это требование соблюдается в случае консульского представительства (консульские конвенции Российской Федерации с Австрией, Японией, США, ФРГ). Практикуется передача консулом представительских полномочий адвокату без специальных на то полномочий.

15.6
Правовое положение иностранного государства в международном гражданском процессе

Процессуальное положение государства как участника гражданского процесса основано на его суверенитете. Суверенитет государства предопределил появление теории государственного иммунитета. Виды иммунитетов государства: иммунитет от иностранной юрисдикции; иммунитет от предварительного обеспечения иска и принудительного исполнения иностранного судебного решения; иммунитет от применения иностранного права; иммунитет собственности государства и доктрина акта государства.

В подавляющем большинстве современных государств принята доктрина функционального (ограниченного) иммунитета. Действует специальное законодательство о юрисдикционном иммунитете иностранного государства и его собственности (США, Сингапур, ЮАР, Великобритания). Предусмотрено право иностранного государства ссылаться на свой иммунитет: Закон об иммунитете иностранного государства США (1976 г.) – государство должно сделать заявление об иммунитете в суде. Государственный департамент США может участвовать в процессе от имени американского правительства, если, по его мнению, суд неправильно толкует закон. Вопрос о признании иммунитета иностранного государства решается судом.

Согласно английскому Акту об иммунитете государства (1978 г.) заявление об иммунитете может быть сделано в суде непосредственно официальным представителем иностранного государства. Суд вправе обратиться в Министерство иностранных дел Великобритании, и сведения, полученные от него, для суда обязательны. Судебная практика континентальных стран (Швейцария, ФРГ, Франция) устанавливает, что заявление об иммунитете делается иностранным государством в суде по правилам местного гражданско-процессуального законодательства.

Все национальные законы об иммунитетах не имеют обратной силы. Это подтверждено судебной практикой США. Так, в 1986 г. американские держатели облигаций, выпущенных правительством Китая в 1911 г., предъявили в американском суде иск к Правительству КНР. Американский суд пришел к выводу, что выпуск облигаций государственного займа следует квалифицировать как коммерческую деятельность, однако иммунитет китайского государства должен быть признан, поскольку Закон США 1976 г. не имеет обратной силы. На решение по данному делу сослался другой суд США при рассмотрении в 1988 г. иска американских держателей царских займов к правительству СССР. В иске было отказано со ссылкой на то, что Закон 1976 г. не имеет обратной силы (М. М. Богуславский).

В 1982 г. в районном федеральном суде г. Нью-Йорка рассматривались групповые иски от имени американских держателей облигаций и сертификатов по займам Правительства Российской империи 1916 г. на сумму около 625 млн долл. С целью изыскания задолженности истцы заявили два групповых иска от своего имени и от имени всех держателей облигаций и сертификатов. Требования истцов:

– признать Советский Союз законным правопреемником Российской империи по указанным займам;

– признать декрет об аннулировании долгов нарушением международного права, поскольку отсутствовала компенсация, которая должна иметь место в связи с такими действиями государства;

– признать СССР в качестве иностранного государства, подлежащего процессуальному извещению согласно Закону США 1976 г.;

– признать, что выпуск указанных займов в США представляет собой «коммерческую деятельность иностранного государства в США» в смысле Закона 1976 г., а не политическую деятельность суверена, в связи с чем суд США имеет юрисдикцию на рассмотрение исков в рамках общих исключений из судебного иммунитета иностранного государства.

СССР проигнорировал вызов в суд в качестве ответчика. Суд г. Нью-Йорка в отсутствие ответчика вынес два заочных решения, на основании которых СССР был обязан уплатить держателям облигаций 192,1 млн долл. В 1986 г. судебные решения были направлены дипломатической нотой в МИД СССР для исполнения с предупреждением о возможности наложения ареста на имущество Советского государства. В ноте указывалось, что СССР может нанять американского адвоката, обратиться в суд о пересмотре решений или их отмене. В ответной ноте МИД СССР отказался принять судебные решения к исполнению и подтвердил свою позицию абсолютного иммунитета. В ноте подчеркивалось, что любая попытка принудительного исполнения решений может иметь самые серьезные последствия для отношений СССР и США.

После дополнительного изучения этого вопроса и обсуждения его с представителями Госдепартамента США советская сторона отступила от своей позиции. Было принято решение о найме американского адвоката, который направил в суд г. Нью-Йорка ходатайство об аннулировании заочных решений и об отказе в иске. Вступление СССР в процесс через адвоката было произведено в порядке специального обращения, предусматривающего согласие на юрисдикцию суда для определенной конкретной цели (защиты юрисдикционного иммунитета СССР и опротестования подсудности дела американскому суду). Доводы СССР, представленные суду:

– советское государство придерживается принципа абсолютного иммунитета от юрисдикции иностранных судов;

– одним из оснований для отмены вынесенных решений является их ничтожность – у суда отсутствовала юрисдикция на рассмотрение указанных исков в силу принципа абсолютного иммунитета;

– задолженность по займам образовалась во время действия в США доктрины абсолютного иммунитета, т. е. до 1952 г., когда Госдепартамент США заявил о принятии теории ограниченного иммунитета иностранных государств на основе «письма Тейта»;

– Закон США 1976 г., законодательно закрепивший принцип ограниченного иммунитета, не имеет обратной силы. Согласно праву США СССР пользовался абсолютным иммунитетом в период образования задолженности по займам.

Вступление СССР в процесс в порядке «специального обращения» было поддержано Министерством юстиции США и Госдепартаментом США, представившими в суд заявление «Об интересе США в благоприятном для СССР направлении дела». Представление этого документа и присутствие в суде основаны на законодательстве США, которое уполномочивает генерального атторнея (министра юстиции) США участвовать в любом судебном процессе, затрагивающем интересы американского государства.

Суд, рассмотрев материалы дела, решением от 4 августа 1987 г. отменил свои заочные решения как ничтожные в связи с отсутствием юрисдикции, хотя и признал СССР правопреемником прежних правительств России. Суд признал, что выпуск займов является «коммерческой деятельностью» государства в силу Закона 1976 г. Однако обратной силы этот закон не имеет, поскольку применяется к отношениям, возникшим после его принятия. Поданная истцами апелляционная жалоба была отклонена Апелляционным судом США. Верховный Суд США также отказал истцам в их ходатайстве, и решение от 4 августа 1987 г. осталось в силе (А. П. Белов).

Положения ст. 401 ГПК РФ признают абсолютный иммунитет иностранного государства на территории России и устанавливают возможность привлечь любое иностранное

государство к ответственности в судебных органах РФ только при наличии явно выраженного согласия этого государства. Российское гражданское процессуальное право основано на концепции «договорного, дипломатического» отказа от иммунитета. По-видимому, устанавливая подобные положения, российский законодатель рассчитывал, что другие государства, даже придерживаясь концепции функционального иммунитета, на условиях взаимности будут проводить такую же политику в отношении России. Подобный расчет полностью противоречит современной практике, о чем свидетельствуют иски, предъявленные в судах Франции и Швейцарии в связи с коммерческой деятельностью Российского государства, и принятие в этих странах принудительных мер по отношению к собственности России в связи с предварительным обеспечением иска.

Эти прецеденты имели место до вступления в силу нового гражданско-процессуального законодательства РФ, и следовало бы сделать вывод, что государства соблюдают свои собственные законы, а не законы других стран. Если государство придерживается концепции функционального иммунитета, то нельзя ожидать, что оно будет нарушать положения своего собственного права и предоставлять абсолютный иммунитет государству, в законодательстве которого закреплена эта теория.

Как уже говорилось, в 1986 г. при рассмотрении в американском суде иска к КНР в связи с обязательствами китайского правительства по займу 1911 г. Китай сделал заявление, что доктрина функционального иммунитета не может применяться за границей к коммерческой деятельности государств, которые не признают эту доктрину, а придерживаются концепции абсолютного иммунитета. Это заявление не было принято во внимание американским судом, поскольку при разбирательстве дела он применял свое собственное право – Закон 1976 г., основанный на теории функционального иммунитета.

Подобная практика недвусмысленно демонстрирует, что положения ст. 401 ГПК РФ являются устаревшими, не отражают реалий современной действительности и могут только причинить ущерб интересам России. Указанная норма процессуального законодательства противоречит положениям ст. 124 и 1204 ГК РФ: государство участвует в гражданско-правовых отношениях на равных началах со своими частными партнерами.

Доктрина абсолютного иммунитета закреплена в праве некоторых других стран – Венгрия, Украина. Однако украинский законодатель (как и венгерский) предоставляет иммунитет иностранному государству только на условиях взаимности: «Когда… Украине, ее имуществу или представителям в иностранном государстве не обеспечивается такой же судебный иммунитет, который… обеспечивается иностранным государствам, их имуществу и представителям в Украине, Кабинетом министров Украины могут быть приняты к этому государству, его имуществу соответствующие меры» (ст. 79.4 Закона о МЧП Украины).

15.7
Международная подсудность

Международная подсудность – это компетентность судебного аппарата данного государства по разрешению гражданских дел, связанных с иностранным правопорядком (Л. А. Лунц).

В национальном праве для определения международной подсудности употребляются различные коллизионные критерии: закон гражданства сторон; закон места жительства ответчика; закон места нахождения спорной вещи; принцип наиболее тесной связи; личное присутствие ответчика на территории данного государства (закон суда).

При разрешении вопросов международной подсудности суд устанавливает пределы компетенции органов юстиции своей страны. Это проблема гражданского процесса – конфликт юрисдикций, который может проявляться в двух вариантах: отрицательный конфликт – два и более государств отвергают подсудность данного дела своим органам юстиции; положительный – два и более государств претендуют на подсудность данного дела своим национальным судам. Правила международной подсудности предназначены для разрешения конфликта юрисдикций.

Виды международной подсудности:

– исключительная – спор подсуден только судам определенного государства с исключением из подсудности судов любого другого государства;

– альтернативная – стороны имеют право выбора между судами нескольких государств, если эти суды в равной степени компетентны рассматривать данный спор;

– договорная – определение подсудности на основе соглашения сторон в пользу суда любого государства. По соглашению сторон конкретное дело может быть отнесено к юрисдикции иностранного государства, хотя по законам данной страны оно подсудно местному суду, или наоборот – дело, по местным законам подсудное иностранному суду, по соглашению сторон может быть отнесено к юрисдикции местного суда.

Договорная подсудность устанавливается в первую очередь по внешнеторговым сделкам. Стороны международных коммерческих контрактов путем соглашения могут установить любую подсудность, точно так же, как на основе принципа автономии воли по соглашению сторон к сделке может применяться материальное право любого государства.

Договорная подсудность представляет собой один из наиболее сложных институтов МГП, так как в ее основе заложена возможность изменить правила подсудности по соглашению сторон. Договорная подсудность оформляется в пророгационных и дерогационных соглашениях (обобщающий термин – пророгационные). Дерогационные соглашения – это исключение дела из компетенции суда данного государства (хотя оно подсудно ему по местным законам) и передача его на рассмотрение в суд иностранного государства. Пророгационные соглашения – дело, не подсудное местному суду по законам данного государства (подсудное судам другого государства), по соглашению сторон передается на рассмотрение данному суду. Любое пророгационное соглашение одновременно является дерогационным. По общему правилу пророгационные соглашения не могут изменить родовую (предметную) подсудность.

Национальные системы международной подсудности: латинская, германская, англо-американская.

Латинская система (Франция, Бельгия, Италия): исходный принцип при решении вопросов международной подсудности – закон гражданства сторон. В ФГК установлено: «Иностранец, даже не проживающий во Франции, может быть вызван во французские суды по поводу неисполнения обязательств, заключенных им во Франции с французом; он может

быть привлечен к суду Франции по поводу обязательств, заключенных им за границей с французами» (ст. 14). «Француз может быть привлечен к суду Франции по поводу обязательств, заключенных им за границей, даже с иностранцем» (ст. 15). При применении ст. 14 и 15 ФГК не имеет значения отсутствие у ответчика французского домицилия.

Кассационный суд признает компетенцию французского суда в разрешении дел по существу в отношении иностранцев, которые в силу своего проживания на территории Франции не имеют возможности предъявить иск в другом суде. Формально принцип некомпетентности французского суда в спорах между иностранцами был отменен решением Кассационного суда в 1962 г. по делу Scheffel, в котором указывалось: «Иностранное происхождение сторон в споре не является причиной отсутствия компетенции французских судебных инстанций».

Французский ГПК закрепляет норму, согласно которой любая оговорка, которая прямо или косвенно нарушает правила территориальной подсудности, рассматривается как ненаписанная, за исключением случаев, когда она является результатом соглашения между лицами, действовавшими в качестве коммерсантов, и ясно выражена в обязательстве (ст. 48). Дерогационные соглашения, изменяющие международную подсудность, допускаются, если это не нарушает императивных норм о компетенции французских судов и относится к спорам, связанным с иностранным правопорядком. Широкое признание дерогационных соглашений связано с тем, что французская практика рассматривает нормы ст. 14 и 15 ФГК как привилегию, установленную в интересах французских граждан. Отказ от привилегии возможен в порядке волеизъявления заинтересованных лиц.

В Италии соглашения сторон, изменяющие международную подсудность, регулируются особым образом: «Когда отсутствуют основания для возникновения юрисдикции, она… возникает, если стороны приняли ее в договорном порядке и такое принятие подтверждается письменно, или если ответчик, явившись в судебное заседание, в своем первом выступлении не представил возражений против дефекта юрисдикции. Итальянская юрисдикция может быть изменена в договорном порядке в пользу иностранного суда или арбитража, если такое изменение подтверждается письменно и дело касается отчуждаемых прав. Изменение юрисдикции недействительно, если… судья или арбитры отклонят юрисдикцию или иным образом не смогут рассмотреть данное дело» (ст. 4 Закона о реформе МЧП Италии).

Германская система (ФРГ, Австрия, Япония): исходный принцип – распространение на решение вопросов международной подсудности основных правил внутренней территориальной подсудности. Подсудность определяется по месту жительства ответчика. Место нахождения юридического лица определяется по месту нахождения его административного центра. Из этого принципа существует ряд изъятий в пользу экстерриториальной подсудности на основе закона гражданства:

1) иски из имущественных требований против лиц, не проживающих в ФРГ, подведомственны тому немецкому суду, в округе которого находится имущество таких лиц или предмет исковых требований;

2) если ответчик не имеет в ФРГ компетентного по общим правилам о территориальной подсудности судебного органа, дело может быть рассмотрено немецким судом, компетентным для истца;

3) по искам об оспаривании рождения ребенка от законного брака или о признании отцовства, если по общим правилам о территориальной подсудности суды ФРГ не компетентны, но мать имеет немецкое гражданство (или имела его на момент смерти), компетентен тот немецкий суд, в округе которого мать имеет (или имела на момент смерти) место жительства или обычное место пребывания;

4) суды ФРГ не компетентны по брачным делам, если ни один из супругов не имеет немецкого гражданства и отсутствуют специальные признаки, на основании которых дело может быть подсудно немецкому суду.

Немецкое право допускает и пророгацию, и дерогацию. Соглашения о подсудности могут заключаться любыми лицами, если хотя бы одна из сторон не имеет ни места жительства, ни места пребывания на территории ФРГ. Соглашение о подсудности допускается, если оно заключено с учетом, что должник после заключения договора переносит свое место жительства или место пребывания за пределы ФРГ, или в момент предъявления иска его место жительства (пребывания) неизвестно.

По швейцарскому законодательству стороны имущественного правоотношения свободны в выборе компетентного суда по уже возникшему или возможному в будущем спору. Соглашение может быть заключено в форме единого документа, путем обмена телеграммами, телексами, факсимильными сообщениями, при помощи другого средства связи, позволяющего в доказательство наличия соглашения предъявить его текст. Если соглашением не установлено иное, выбор подсудности носит исключительный характер.

Соглашение о подсудности недействительно, если оно направлено на необоснованное лишение одной из сторон защиты, которая обеспечивается ей подсудностью, предусмотренной швейцарским правом. Избранный сторонами суд не может признать себя некомпетентным, если:

– одна из сторон имеет место жительства, обычного пребывания или делового обзаведения в кантоне, где находится этот суд;

– к спору применяется швейцарское право (ст. 5 Закона о МЧП Швейцарии).

Англо-американская система общего права основана на процессуальной концепции решения вопросов международной подсудности. Английская судебная практика стоит на том, что основанием юрисдикции является «физическая власть», поэтому вопросы международной подсудности разрешаются на основе процессуального права: принимаются во внимание фактическое нахождение ответчика на территории данного государства, реальная возможность вручить ему повестку о вызове в суд. Вручение ответчику приказа о вызове в суд является необходимой предпосылкой для начала процесса.

В Правилах гражданского судопроизводства (1999 г.) установлен перечень случаев, когда суд по своему усмотрению может признать себя компетентным в отношении ответчика, не присутствующего в Англии или Уэльсе (Н. Г. Елисеев):

– иски по делам о земельных участках в Англии;

– иски к физическим и юридическим лицам, домицилированным или имеющим обычное место нахождения в Англии, хотя и не присутствующим на ее территории;

– иски из договоров, заключенных в Англии или подчиненных английскому праву, или заключенные от имени английского принципала, но его агентом, совершающим торговые операции или пребывающим в Англии;

– иски из нарушения договора, если нарушение имело место в Англии;

– иски из деликтов, совершенных на территории Англии.

Процессуальная концепция международной подсудности критикуется в доктрине стран общего права как препятствующая истцу защищать свои права в суде, юрисдикция которого в данных фактических обстоятельствах является наиболее целесообразной. Установление юрисдикции только на том основании, что лицу может быть вручен приказ о вызове в суд во время его случайного и кратковременного пребывания в Англии или США, может привести к тому, что принятое судебное решение не будет юридически признано вне территории этих государств.

В Своде законов США предусмотрено, что иск, подсудность которого определяется на основании разного гражданства сторон, может быть предъявлен только в суде того округа,

на территории которого проживают все истцы или все ответчики, либо в суде того округа, где возникло требование. Если подсудность должна устанавливаться не только на основании различий в гражданстве, иск может быть предъявлен в суде по месту жительства ответчика, либо по месту возникновения требования.

Для того чтобы суд штата мог рассматривать споры с участием иностранных лиц, он должен обладать «персональной» юрисдикцией – полномочия рассматривать исковые требования против иностранных лиц или их собственности. Для персональной юрисдикции необходимо соблюдение правила «длинной руки» (longarm statutes) – суды могут осуществлять юрисдикцию, основанием которой являются «минимальные контакты», установленные между ответчиком и штатом, в суд которого предъявлен иск.

Основное правило установления юрисдикции – соответствие критерию разумности и целесообразности. Критерий установления юрисдикции суда штата – правовая связь деятельности ответчика с данным штатом:

– целенаправленно ориентированная на данный штат деятельность ответчика;

– основание иска должно вытекать из данной деятельности;

– предвидение ответчиком судебного разбирательства в данном штате.

Английская судебная практика сдержанно относится к соглашениям, направленным на ограничение собственной юрисдикции, и допускает расширение компетенции своих судов посредством соглашений о подсудности. При обсуждении действительности таких соглашений применяются критерии разумности и целесообразности. По международным торговым контрактам пророгационные соглашения признаются беспрепятственно.

Законодательство большинства государств закрепляет, что основной принцип международной подсудности определяется на основе норм о внутренней территориальной подсудности. Применяется общий принцип права – истец следует за судом ответчика. Дополнительные критерии: подсудность по месту совершения деликта, по месту нахождения спорной вещи, по месту исполнения обязательства.

В соответствии с венгерским правом, если не установлена исключительная международная подсудность, то решающим критерием является место жительства (нахождения) ответчика в Венгрии. Если ответчик находится за границей или его место нахождения неизвестно, во внимание принимается последнее место жительства ответчика в Венгрии; если его невозможно установить или ответчик никогда не проживал в Венгрии, то подсудность определяется по месту жительства (нахождения) истца. Имущественные иски могут быть предъявлены в суд по месту нахождения имущества.

К сфере исключительной юрисдикции венгерских судов относятся:

– дела, касающиеся личного статуса венгерского гражданина, за исключением тех случаев, когда решение по такому вопросу, вынесенное иностранным судом или другим органом власти, признается в Венгрии;

– дела о недвижимом имуществе, находящемся в Венгрии;

– дела о наследовании, касающиеся находящегося в Венгрии наследственного имущества наследодателя – венгерского гражданина;

– дела, возбужденные против венгерского государства, венгерского органа государственной власти или государственного управления;

– дела против венгерских граждан, действующих в качестве дипломатических представителей Венгрии за границей или освобожденных от юрисдикции по другим основаниям, которые не могут быть возбуждены за границей согласно международному договору или на основании взаимности;

– дела об аннулировании ценных бумаг и документов, выпущенных в Венгрии;

– дела, касающиеся предоставления, объема действия и аннулирования прав в связи с защитой промышленной собственности в Венгрии.

В делах, относящихся к исключительной венгерской подсудности, не может быть привязки к иностранному праву. Эти принципы определяют компетенцию всех органов юстиции Венгрии, включая нотариат. Договорная подсудность (пророгационные соглашения) допускается только в пределах, установленных законом. Дерогация принципиально отрицается.

Общая компетенция российских судов и арбитражных судов по разбирательству дел с иностранным участием определена в ст. 22 ГПК РФ и ст. 28 АПК РФ. Международная подсудность установлена в гл. 44 ГПК РФ и гл. 32 АПК РФ. Подсудность дел, связанных с иностранным правопорядком, может определяться по общим правилам подсудности (п. 1 ст. 402 ГПК РФ). Основное правило для установления международной подсудности – территориальная подсудность по месту жительства ответчика (п. 2 ст. 402 ГПК РФ). В законодательстве закреплен перечень случаев возникновения специальной подсудности дел с иностранным участием российским судам (п. 3 ст. 403 ГПК РФ).

Российский законодатель определил также перечень дел с участием иностранных лиц, подсудных исключительно российским судам (ст. 403 ГПК):

– дела о праве на недвижимости, находящиеся на территории РФ;

– дела по спорам из договора перевозки, если перевозчики находятся на территории РФ;

– дела о расторжении браков российских граждан с иностранцами, если оба супруга имеют место жительства в России;

– любые споры по делам, возникающим из публичных правоотношений;

– отдельные категории дел особого производства.

В российском МГП признается договорная подсудность (п. 1 ст. 404 ГПК РФ). Употребляется термин «пророгационное соглашение», поэтому может возникнуть мысль, что российский законодатель предусмотрел возможность изменения подсудности по соглашению сторон только в пользу юрисдикции российских судов, исключив при этом возможность дерогации. Однако текст п. 2 ст. 404 показывает, что российское законодательство разрешает договорную подсудность и в пользу юрисдикции иностранных судов. Из общего принципа признания права сторон на выбор подсудности есть исключения: по делам, относящимся к исключительной подсудности российских судов, а также по делам, подсудным верховным судам субъектов РФ и ВС РФ, договорная подсудность не допускается.

Специальные правила о подсудности установлены по делам о расторжении брака (ст. 16 °СК РФ):

1) граждане России вправе расторгнуть брак с иностранцами в российском суде, даже если оба супруга не проживают на территории РФ;

2) граждане России, проживающие за границей, в определенных случаях вправе расторгнуть брак с иностранцами в дипломатических и консульских представительствах РФ;

3) граждане России, проживающие за границей, вправе расторгнуть брак между собой или с иностранцами в компетентных органах иностранного государства.

Положения о международной подсудности ст. 247 АПК РФ устанавливают общее правило: российские арбитражные суды компетентны рассматривать споры с иностранным участием, если ответчик находится или имеет место жительства либо имущество на территории РФ. Основной дополнительный критерий подсудности – спорное правоотношение имеет тесную связь с территорией РФ.

Возможна подсудность по выбору истца: иск к ответчику, находящемуся или проживающему на территории иностранного государства, может быть предъявлен в арбитражный суд по месту нахождения на территории РФ имущества ответчика (ст. 36 АПК РФ).

Исключительная компетенция арбитражных судов РФ по делам с иностранным участием закреплена в ст. 248 АПК РФ:

– споры в отношении государственной собственности РФ, в том числе связанные с приватизацией государственного имущества и принудительного отчуждения имущества для государственных нужд;

– споры, предметом которых является недвижимое имущество или права на него, если недвижимость находится в России;

– споры, связанные с регистрацией или выдачей патентов, свидетельств на товарные знаки, промышленные образцы и полезные модели, с регистрацией других прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые требуют регистрации, выдачи патента или свидетельства в России;

– споры о признании недействительными записей в государственные реестры (регистры, кадастры), произведенных соответствующими органами РФ;

– споры, связанные с учреждением, ликвидацией или регистрацией на территории РФ юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, с оспариванием решений органов этих юридических лиц;

– любые споры, возникающие из административных и иных публичных правоотношений.

Признается договорная арбитражная подсудность (в форме пророгации) – допускаются иностранные соглашения о компетенции российских арбитражных судов – соглашения о компетенции (ст. 249 АПК РФ). Наличие соглашения сторон об определении компетенции предполагает исключительную компетенцию арбитражного суда РФ по рассмотрению данного спора. Соглашение о компетенции будет признано недействительным, если оно изменяет исключительную компетенцию иностранного суда.

15.8 Международная подсудность в международных соглашениях

Двусторонние договоры разграничивают подсудность судов договаривающихся государств на основе комбинированного использования единообразных критериев гражданства и домицилия сторон, места нахождения имущества. Основными критериями являются принципы гражданства (договоры России с Польшей и Румынией) и домицилия сторон (договоры России со странами Балтии и Италией). Решение вопросов о подсудности связано с вопросами выбора права (общая тенденция – применение судом своего собственного права). Договоры устанавливают правила об альтернативной, договорной и исключительной подсудности, правила разграничения подсудности по категориям дел, правила о специальной подсудности отдельных видов гражданско-правовых споров (договоры России с Италией, Испанией, Польшей).

В договоре о правовой помощи между Россией и Италией закреплено, что критериями для установления компетенции судов являются: постоянное место жительства ответчика, место исполнения обязательства, место причинения вреда, постоянное место жительства или место пребывания истца (по делам о взыскании алиментов). Исключительная компетенция установлена по спорам о вещных правах на недвижимость (суд места нахождения недвижимости), по делам о личном статусе физических лиц (суд государства гражданства лица в момент предъявления иска).

Конвенции СНГ о правовой помощи 1993, 2002 гг. содержат расширенный круг норм о международной подсудности (разграничении компетенции): общие положения о подсудности и специальная подсудность отдельных видов гражданских и семейных дел. Основной критерий – место жительства ответчика (физического лица) и место нахождения органа управления юридического лица. Гражданство сторон не имеет значения. Дополнительные критерии: место осуществления хозяйственной деятельности, место исполнения обязательства, место жительства истца.

Конвенция закрепляет правила об исключительной компетенции: по искам о праве собственности и других вещных правах на недвижимое имущество компетентен только суд по месту нахождения имущества; иски к перевозчику, вытекающие из договора перевозки, предъявляются по месту нахождения управления транспортной организацией, к которой предъявляются претензии. Установлена возможность договорной подсудности на основе письменного соглашения сторон. Подсудность по соглашению сторон не может противоречить нормам Конвенции и национального законодательства об исключительной компетенции.

Брюссельская конвенция 1968 г. содержит детальную унификацию правил международной подсудности. Основной принцип для ее определения – домицилий сторон. Главный критерий – место жительства ответчика – отражает стремление субъектов Конвенции распространить ее действие на всех лиц, проживающих в государствах-участниках (независимо от их гражданства). Различаются случаи, когда ответчик проживает в одном из государств-участников и когда его место жительства находится вне территории этих стран:

– если лицо проживает в одном из государств-участников, то с исками в суды этого государства оно должно обращаться по правилам подсудности, установленным для собственных граждан этой страны;

– если лицо проживает в одном из государств-участников, то иск к нему может быть предъявлен в судах другого государства только в случаях, когда компетенция этих судов определена Конвенцией;

– если лицо не имеет места жительства ни в одном из государств-участников, то к нему применяются действующие в каждом из государств-участников правила о международной подсудности.

Конвенция определяет понятие места жительства, основания разграничения подсудности, закрепляет правила о специальной подсудности и о признании договорной подсудности. Понятие места жительства определяется по праву суда, в который подано заявление, если решается вопрос о проживании лица в стране суда. Закон гражданства учитывается, если в соответствии с его предписаниями место жительства лица зависит от другого лица или места нахождения учреждения.

В Конвенции содержатся специальные предписания, когда истец вправе обращаться альтернативно в суд по месту жительства ответчика, или в другой суд:

– по спорам, вытекающим из договоров, – в суд места исполнения обязательства;

– по искам о содержании – в суд места жительства или места пребывания лица, претендующего на содержание;

– по искам из деликтов – в суд места наступления вредоносного результата;

– по гражданским искам в уголовных делах – в суд места, где ведется уголовное дело;

– по искам, вытекающим из деятельности филиалов юридических лиц, – в суд места нахождения филиала.

Правила об исключительной международной подсудности распространяются на иски о вещных правах на недвижимость (компетентен суд места нахождения недвижимости); на иски, связанные с деятельностью юридических лиц (компетентен суд государства, где лицо имеет оседлость); на споры о действительности записей государственной регистрации (компетентен суд места регистрации акта). Договорная подсудность допускается в широких пределах. Аналогичные нормы закреплены в Луганской конвенции 1988 г.

Гаагская конвенция в отношении соглашений о выборе суда (2005 г.) посвящена регулированию вопросов договорной подсудности. Сфера применения Конвенции – «транснациональные» судебные дела, когда требуется признание или принудительное исполнение решения иностранного суда. Соглашение об исключительном выборе суда – это соглашение, заключенное двумя или более сторонами и определяющее в целях разрешения споров компетентные суды в одном из договаривающихся государств либо один или несколько конкретных судов одного из договаривающихся государств с исключением юрисдикции любого иного суда. Юридическая действительность соглашения о выборе суда не может быть оспорена только на том основании, что сам договор юридически недействителен. Действительность соглашения должна оцениваться в соответствии с законом избранного суда.

Суд, имеющий юрисдикцию согласно заключенному соглашению, не будет отказываться от ее осуществления на том основании, что такой спор должен рассматриваться судом другого государства. Любой суд договаривающегося государства, кроме выбранного суда, должен приостановить или прекратить производство по делу, к которому применяется соглашение об исключительном выборе суда, за исключением случаев, когда:

– соглашение является ничтожным и не имеет юридической силы в соответствии с законодательством государства выбранного суда;

– одна из сторон не обладала дееспособностью для заключения такого соглашения по законам государства рассматривающего суда;

– действие такого соглашения приведет к явной несправедливости или будет явно противоречить публичному порядку государства рассматривающего суда;

– по исключительным причинам, не зависящим от сторон, соглашение не может быть надлежаще исполнено;

– выбранный суд отказался рассматривать дело.

Судебное решение, вынесенное судом договаривающегося государства, определенным в соглашении об исключительном выборе суда, должно признаваться и принудительно исполняться в других договаривающихся государствах. Отказ в признании или принудительном исполнении возможен только по основаниям, предусмотренным в Конвенции. Не может быть пересмотра по существу судебного решения. Судебное решение признается и принудительно исполняется, если оно имеет законную силу и подлежит принудительному исполнению в государстве его вынесения.

15.9
Наличие процесса по тому же делу между теми же сторонами в иностранном суде

Принцип lis alibi pendens представляет собой общий принцип права, который применяется в ситуации конкурирующей юрисдикции, – производство по одному и тому же делу возбуждено в судах двух и более государств. Возникает проблема, – если допустима подача иска в суды нескольких государств (альтернативная подсудность), то должен ли один из судов (и какой именно) оставить иск без рассмотрения либо прекратить производство по делу на том основании, что в суде другого государства уже начато рассмотрение данного дела.

Практика применения ГПК ФРГ придерживается правила, что заявление ответчика о наличии процесса в другом государстве должно быть принято во внимание немецким судом, если решение соответствующего иностранного суда может быть признано и принудительно исполнено на территории Германии. Французская судебная практика, как правило, не принимает во внимание заявление ответчика о рассмотрении данного дела в суде иностранного государства. Французский суд отвергает данное возражение ответчика и продолжает производство по делу, но только если иное не вытекает из международных соглашений.

Статья 156 Закона о МЧП Румынии предусматривает: «Румынские органы не утрачивают компетенцию… из-за того обстоятельства, что это же дело или дело, с ним связанное, рассматривалось иностранным судебным органом».

Согласно ГПК Чехии суд должен приостановить производство по делу, если тот же самый спор уже является предметом рассмотрения в другом чешском суде. Швейцарский суд приостанавливает производство, если ранее производство по тому же делу с участием тех же сторон открылось за границей, причем можно предположить, что иностранный компетентный орган в разумный срок вынесет решение, которое сможет быть признано в Швейцарии (ст. 9 Закона о МЧП Швейцарии).

Англо-американское прецедентное право предусматривает возможность прекращения производства по делу в местном суде (на том основании, что дело рассматривается иностранным судом), если суд сочтет, что в данных обстоятельствах возбуждение параллельного процесса в местном суде «несправедливо» по отношению к ответчику. Однако суды стран общего права в определенных случаях, не находя оснований для прекращения производства (особенно по искам in personam), выносят определения, обязывающие прекратить параллельное производство в иностранном суде. На ответчика возлагается ответственность за «неуважение к суду» в случае невыполнения этого определения.

Процессуальные последствия рассмотрения иностранным судом дела по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям предусмотрены в ст. 252 АПК РФ и ст. 406 ГПК РФ. Суды по гражданским делам отказывают в приеме искового заявления или прекращают производство по делу, если по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям имеется решение суда того государства, с которым у России действует международное соглашение о взаимном признании и исполнении судебных решений. Российские суды возвращают исковое заявление или оставляют его без рассмотрения, если в иностранном суде, решение которого подлежит признанию или исполнению на территории РФ, ранее уже возбуждено производство по данному делу.

Арбитражные суды РФ оставляют иск без рассмотрения, если дело по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям находится в производстве иностранного суда и не относится к исключительной компетенции арбитражных судов РФ. Арбитражный суд РФ прекращает производство по делу, если по данному спору уже есть

вступившее в законную силу решение иностранного суда. Условия прекращения производства – дело не относится к исключительной компетенции арбитражных судов РФ, и нет оснований для отказа в признании и исполнении иностранного судебного или арбитражного решения в соответствии со ст. 244 АПК РФ.

Проблема lis alibi pendens затрагивается в международных соглашениях: Брюссельская конвенция 1968 г. устанавливает, что суд одного государства-участника обязан объявить себя некомпетентным, если в производстве суда другого государства-участника уже начато рассмотрение данного спора (по тому же требованию между теми же сторонами). Решение о некомпетентности суд принимает либо по собственной инициативе, либо по требованию сторон. Конвенция допускает возможность приостановления дела судом, принявшим иск позднее, вплоть до разрешения дела судом другой страны.

Одной из проблем, связанных с международной подсудностью, является проблема «неизменности юрисдикции» (perpetuatio jurisdictionis). Один из общих принципов права – правило о «неизменности суда» (perpetuatio fori): дело, принятое к производству с соблюдением правил подсудности, должно быть разрешено по существу, даже если в дальнейшем данное дело станет подсудно другому суду. Применение данного правила к разрешению вопросов международной подсудности позволяет говорить, что принципу perpetuatio fori соответствует принцип perpetuatio jurisdictionis. Например, если ответчик в момент начала процесса проживал в России, а во время производства по делу переехал на постоянное место жительства в ФРГ, то нет оснований для прекращения рассмотрения дела в российском суде. То же самое должно иметь место и в случае, если иск предъявлен по месту нахождения имущества: перемещение имущества из страны суда в другое государства не может повлечь за собой изменение подсудности. Суд, начавший производство по делу, должен разрешить его по существу, несмотря на изменение фактических обстоятельств в ходе процесса. Исключением следует считать случай, если лицо в процессе рассмотрения дела получает судебный иммунитет.

В ГПК Польши указывается: «Подсудность польским судам, существующая в момент возбуждения дела, остается неизменной, даже если она утратила свои основания в ходе производства по делу». Единственное исключение – лицо во время процесса получило судебный иммунитет.

Российское законодательство строго придерживается принципа perpetuatio fori (п. 4 ст. 247 АПК РФ, ст. 405 ГПК РФ): дело, принятое к производству с соблюдением правил подсудности, должно быть рассмотрено по существу, даже если в ходе процесса в связи с изменением гражданства, места жительства (нахождения) участвующих в деле лиц или в связи с иными обстоятельствами данное дело станет подсудно суду другого государства.

Определение международной подсудности затрагивает проблему предъявления встречного иска. По этому вопросу и доктрина, и практика подавляющего большинства государств придерживаются одинаковой позиции: встречный иск, независимо от его внутренней подсудности, должен предъявляться по месту рассмотрения первоначального иска (ст. 31 ГПК РФ; ст. 38 АПК РФ).

15.10
Судебные доказательства в международном гражданском процессе

Основная проблема судебных доказательств в аспекте МГП заключается в различной оценке одних и тех же институтов доказательственного права в законах разных государств. Вследствие этого возникает необходимость самостоятельной квалификации каждого института доказательственного права.

Общая проблема – имеет ли суд право применять иностранное доказательственное право, если существо отношения или форма сделки подчинены иностранному закону. Закон о МЧП Венесуэлы устанавливает: «Средства доказывания, их действенность и распределение бремени доказывания определяются правом, которое регулирует соответствующее правоотношение, без ущерба для того, чтобы процессуальное обращение к ним согласовывалось с правом суда или должностного лица, перед которым оно производится». В бразильских судах не принимаются доказательства, которых «бразильский закон не знает» (ст. 38).

В доктрине вопрос о юридической природе доказательств по делам, связанным с иностранным правопорядком, рассматривается исходя из того, что в процессуальных вопросах суд применяет свое собственное право. Проблема сводится к оценке того или иного доказательства как материальной или процессуальной категории. Эта позиция отражена в Кодексе Бустаманте, содержащем специальную главу «Общие правила о доказательствах» (ст. 398–410):

1) закон, которому подчинено правоотношение, являющееся предметом иска, определяет, на ком лежит бремя доказывания;

2) закон места происхождения действий или факта, которые нужно доказать, определяет, какие способы доказывания могут быть употреблены;

3) закон, действующий в месте, где доказательство предъявляется, определяет формы, с соблюдением которых должно быть представлено доказательство;

4) доказательство оценивается по закону суда;

5) исполнительная сила акта подчинена местному праву;

6) право быть свидетелем и отвод свидетелей определяются законом, которому подчинены правоотношения, являющиеся предметом иска;

7) форма присяги должна соответствовать закону суда, перед которым присяга приносится, а действительность – закону, относящемуся к факту, по поводу которого присяга приносится;

8) презумпции, вытекающие из какого-либо факта, подчинены закону места, где совершился данный факт;

9) косвенное доказательство подчинено закону суда.

Англо-американское прецедентное право предписывает применение только своего собственного доказательственного права, несмотря на наличие в деле связи с иностранным правопорядком. Современная тенденция в судах общего права – при решении вопроса о распределении бремени доказывания возможно применение иностранного закона, которому подчинено существо отношения. Например, при разрешении в споре из деликта вопроса о бремени доказывания вины потерпевшего применяется не закон суда, а закон места совершения правонарушения.

По вопросам допустимости доказательств в англо-американском праве иностранное право не применяется. Если какой-либо факт доказывается письменным документом, составленным надлежащим образом, то свидетельские показания относительно того

же факта не учитываются. Толкование документа отличается от доказывания фактов при помощи документов. При разрешении проблемы допустимости письменных документов используется закон суда, но при толковании документов возможно применение иностранного права, регулирующего существо отношения (статут сделки).

Законодательство и судебная практика стран общего права демонстрируют тенденцию к применению иностранного доказательственного права и установлению процессуальных коллизионных норм, определяющих применимое к доказательствам право: «Доказательство регулируется правом, применимым к существу спора, с учетом любых норм страны суда, рассматривающего спор, являющихся более благоприятными для установления доказательства» (ст. 3130 ГК Квебека). В континентальном праве действует общее правило, что процессуальные вопросы разрешаются по закону суда, но определение процессуальных и материально-правовых категорий подчиняется закону существа отношения: «Доказывание фактов, свершившихся в иностранном государстве, регулируется законом, который в нем действует, в том, что касается устанавливаемых им бремени и средств доказывания» (ст. 13 Вводного закона к ГК Бразилии).

В отношении бремени доказывания судебная практика большинства континентальных государств исходит из позиции: по вопросам распределения бремени доказывания перевешивает материально-правовой момент, поэтому возможно применение иностранного права (статут сделки). Нормы о распределении бремени доказывания относятся к материальному праву, а не к процессу, поскольку onus probandi (бремя доказывания) представляет собой составную часть правоотношения. Основные правила о бремени доказывания – это материальные условия, при которых правоотношение получает признание: «Являющееся определяющим в отношении договора право подлежит применению и в том, как оно для договорных обязательственных отношений устанавливает законодательные презумпции или распределяет бремя доказывания. Для доказывания сделки являются допустимыми все средства доказывания германского процессуального права и, насколько ему не противостоят, – все средства доказывания какого-либо (компетентного иностранного) права, согласно которым сделка с точки зрения формы является действительной» (ст. 32.3 Вводного закона к ГГУ).

Допустимость доказательств в соответствии с положениями и практикой применения ГПК ФРГ определяется законом суда (как процессуальный вопрос). Кассационный суд Франции придерживается мнения, что способы доказывания существования сделки – это вопросы формы сделки, подчиненные закону места ее совершения. И германская, и романская подсистемы придерживаются одинаковой практики: если сделка с точки зрения местного коллизионного права подчинена иностранному закону о форме сделки, возможно применение иностранного права о допустимости (недопустимости) свидетельских показаний взамен письменных документов.

Судебная практика Российской Федерации в делах, связанных с иностранным правопорядком, показала, что российские правила о доказательствах имеют процессуальный характер и подлежат применению при рассмотрении гражданских дел с иностранным участием. Положение о судебных доказательствах, согласно которому каждая сторона должна доказывать те обстоятельства, на которые она ссылается в обоснование своих требований и возражений (ст. 56 ГПК РФ; ст. 65 АПК РФ), – принцип российского гражданского процесса, применяемый по всем делам.

Российское законодательство различает доказательства как фактические данные (абз. 1 ч. 1 ст. 55 ГПК РФ; ч. ст. 64 АПК РФ) и средства доказывания. В отношении доказательств как фактических данных не возникает вопроса о допустимости: любые обстоятельства, на основе которых суд устанавливает наличие или отсутствие обязательств, обосновывающих требования или возражения сторон, являются допустимыми (кроме доказательств, полученных с нарушением закона). Российское законодательство содержит исчерпывающий пере-

чень средств доказывания (абз. 2 ч. 1 ст. 55 ГПК РФ; ч. 2 ст. 64 АПК РФ). Нельзя использовать не перечисленные в законе доказательства, даже если существо отношения или форма сделки подчинены иностранному закону. Исключение может иметь место, если какое-либо правило доказательственного права в связи с применимым материальным правом приобретает материально-правовой характер. В такой ситуации возможно применение иностранного права.

Вопрос о доказательственной силе письменных документов в доктрине и практике большинства стран разрешается на основании права страны суда. Французская доктрина и практика подчиняют доказательственную силу документа закону места его совершения. Это обосновывается принципиальной связью между формой сделки (определяемой по locus regit actum) и процессуальным эффектом соответствующего документа.

В российском МГП этот вопрос решается по российскому праву: иностранные нормы о преимущественной силе письменных документов не могут применяться, даже если речь идет о документе, исходящем из государства, в котором документ является привилегированным средством доказывания. Если письменный документ выполняет функцию формы сделки, то в отношении последствий несоблюдения письменной формы сделки (даже имеющих процессуальный характер) может быть поставлен коллизионный вопрос.

Документы, исходящие от официальных органов иностранного государства или составленные при их участии, представляются, как правило, не в оригинале, а в копии, официально заверенной за границей. Во Франции право суда требовать представления оригинала взамен копии основано на постулате, что при существовании подлинного документа копия только свидетельствует о том, что содержится в подлиннике. Копия не является письменным доказательством; она временно исполняет роль доказательства, пока суд не сверит ее с оригиналом. Обычно суд удовлетворяется нотариально засвидетельствованными копиями. Однако участники процесса не могут быть до конца уверены, что суд признает за копией доказательственную силу и не потребует представления подлинного документа.

В российском МГП доказательственная сила письменных документов определяется на общих основаниях (ст. 71 ГПК РФ). Письменные доказательства могут представляться как в подлиннике, так и в надлежащим образом заверенной копии. Представление письменных документов необходимо, если обстоятельства дела подлежат подтверждению только такими документами; если дело невозможно решить без подлинных документов; если представлены копии одного документа, различные по своему содержанию. В арбитражном процессе решение вопроса о допустимости копий вместо подлинников отдано на усмотрение суда.

Анализ положений российского процессуального законодательства показывает, что при рассмотрении дел, связанных с иностранным правопорядком, суд вправе потребовать представления подлинников иностранных письменных документов. Требование представления иностранного официального документа в подлиннике может оказаться неосуществимым, поскольку получение таких доказательств от иностранных лиц возможно только в порядке судебного поручения. Российские суды обязаны учитывать эти обстоятельства.

15.11
Исполнение иностранных судебных поручений

Деятельность судебных органов ограничена пределами государственной территории, но часто возникает необходимость осуществления подобной деятельности за рубежом: свидетели по делу, вещественные доказательства, документы находятся за границей. Процессуальные действия могут быть совершены в порядке судебных поручений, однако необходимо получить согласие иностранного государства на производство на его территории процессуальных действий от имени другого государства. Судебное поручение в МГП – это обращение суда одного государства к суду другого государства с просьбой о производстве каких-либо процессуальных действий на территории этого государства.

Государство может при наличии соответствующего обращения оказать помощь в исполнении на своей территории процессуальных действий другого государства. Выполнение поручений основано на международных договорах и национальном законодательстве. В доктрине господствует мнение, что при отсутствии международного договора принятие одним государством судебного поручения от другого государства не является обязанностью. Однако необоснованный отказ в выполнении иностранного судебного поручения представляет собой нарушение принципа международной вежливости и может расцениваться как недружественный акт.

Наиболее часто встречаются случаи, когда судам одного государства приходится обращаться за содействием к судебным органам другого государства, а именно при:

– вручении документов по просьбе суда лицам, находящимся за границей;

– выполнении отдельных процессуальных действий – допрос свидетелей, экспертов, проживающих за границей.

Судебное поручение – вид правовой помощи. Правовая помощь – это совершение отдельных процессуальных действий, предусмотренных законодательством запрашивающей стороны: составление, засвидетельствование, пересылка, вручение документов; предоставление вещественных доказательств; допрос свидетелей, экспертов и иных лиц для целей судопроизводства. Сюда относится и содействие в получении информации о действующем праве.

Порядок обращения судов одного государства в суды других государств:

– непосредственные сношения судов;

– дипломатический и консульский путь;

– использование специальных уполномоченных;

– передача через центральные органы юстиции.

Процедура выполнения поручения иностранного суда регулируется законом государства места исполнения поручения.

В континентальном праве судебные поручения передаются дипломатическим путем, если иное не предусмотрено международным договором. Судебная практика – правовая помощь оказывается на условиях взаимности. При исполнении поручения используется процессуальное право государства места исполнения поручения. Не выполняются поручения, направленные на совершение процессуальных действий, запрещенных законом государства, исполняющего поручение.

В отношении формы исполнения принято лояльное отношение к иностранным судебным поручениям: если иностранный суд просит о выполнении поручения по специальной форме, которая не является обычной в стране места исполнения поручения, но не противоречит ни ее законам, ни публичному порядку, то просьба относительно такой специальной формы удовлетворяется.

По законодательству Италии может запрашиваться принятие доказательств или выполнение иных следственных действий, не предусмотренных итальянским законодательством, если это не противоречит принципам итальянского права. Принятие доказательств и выполнение следственных действий регулируются итальянским законодательством. Однако выполнение действия в форме, определенно указанной в запросе иностранного судебного органа, подлежит соблюдению при условии, что это совместимо с принципами итальянского права.

Англо-американские суды практикуют допросы находящихся за границей свидетелей при помощи института специально уполномоченных судом комиссионеров. При допросе участвуют представители сторон. Запись допроса, согласованная между представителями, передается в суд, назначивший комиссионера. Такой порядок получения доказательств возможен при отсутствии возражений со стороны государства, на чьей территории проводится допрос. Отсутствие возражений расценивается как пассивное оказание правовой помощи.

Различия в национальных системах получения доказательств за границей порождают серьезные проблемы. Основная проблема заключается в том, что для англо-американских судов доказательства, полученные в соответствии с континентальным процессуальным правом, могут не иметь юридической силы. С другой стороны, для европейских судов действия комиссионеров могут представляться нарушением их государственного суверенитета.

В российском законодательстве общий порядок исполнения иностранных судебных поручений установлен в ст. 407 ГПК РФ и ст. 256 АПК РФ. При отсутствии международного договора правовая помощь может оказываться в порядке и на условиях международной вежливости. Для исполнения иностранных судебных поручений на территории РФ не требуется взаимности. Дипломатический путь – основной способ передачи судебных поручений. Общее правило – процедура выполнения поручения иностранного суда на территории РФ регулируется российским процессуальным правом. Современная тенденция – по просьбе иностранного государства возможно исполнение поручения с применением его процессуального права, если это установлено международным договором РФ.

Порядок применения иностранных процессуальных норм аналогичен порядку применения норм иностранного материального права. Суд устанавливает содержание норм иностранного процессуального права в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной данного иностранного государства; иностранная процессуальная норма применяется и толкуется так, как это имеет место в ее родном государстве. Можно отметить различие – коллизионная норма отсылает не к отдельному материально-правовому предписанию, а к правовой системе в целом. В случае выполнения иностранного судебного поручения речь идет о применении конкретных иностранных процессуальных норм.

Практика Российской Федерации показывает, что суды при допросе свидетелей на территории России по просьбе судебных органов США и Великобритании не отказываются пользоваться исходящими от этих органов вопросниками, составленными по обычной для общего права форме прямого и перекрестного допроса.

Основания отказа в оказании правовой помощи: исполнение поручения может нанести ущерб суверенитету России или угрожает ее безопасности; исполнение поручения не входит в компетенцию суда (п. 2 ст. 407 ГПК РФ). В АПК РФ закреплено еще одно основание отказа – иностранное поручение не может быть выполнено, если не установлена подлинность документа, содержащего поручение о выполнении отдельных процессуальных действий (п. 2 ст. 256).

Перечень процессуальный действий, установленный в ст. 407 ГПК РФ и ст. 256 АПК РФ, не является исчерпывающим. По просьбе иностранных учреждений юстиции россий-

ские государственные судебные органы совершают и другие процессуальные действия, направленные на собирание доказательств.

Отказ в исполнении иностранного судебного поручения, противоречащего суверенитету и безопасности России (нарушающего основополагающие принципы российского права – ст. 256 АПК РФ), представляет собой оговорку о публичном порядке в процессуальном смысле. Поручение не может быть исполнено, если такое исполнение (а не само поручение) противоречит публичному порядку Российской Федерации. В данном случае речь не идет об ограничении применения норм иностранного закона, как это имеет место при применении оговорки о публичном порядке в материальном смысле.

15.12
Исполнение иностранных судебных поручений в соответствии с международными договорами

С точки зрения международного права оказание правовой помощи – это обязанность государства. В двусторонних соглашениях о правовой помощи определяются ее предмет и объем, «маршрут» судебного поручения. Предусмотрены использование дипломатических каналов, непосредственные сношения органов юстиции и судов (упрощенный порядок исполнения судебных поручений). Правовая помощь оказывается безвозмездно.

Современная тенденция – расширение объема правовой помощи, упрощение порядка ее оказания, возможность применения по просьбе запрашивающего государства его процессуального права. В договорах речь идет о сотрудничестве в разных направлениях: исполнение поручений, признание и исполнение иностранных судебных решений, освобождение иностранцев от бремени судебного залога, коллизионные вопросы, предоставление информации о законодательстве, предоставление правовой защиты гражданам одного государства на территории другого. Договоры закрепляют общие основания отказа в выполнении поручений.

Исполнение иностранных судебных поручений регламентируют и соглашения, специально посвященные этой проблеме, – договоры об исполнении иностранных судебных поручений (между Россией и Францией, Россией и Бельгией, Россией и ФРГ). Договор об исполнении судебных поручений между Российской Федерацией и США (1935 г.) предусматривает следующее:

1) поручения американских судов исполняются в США при передаче их дипломатическим путем;

2) российский суд, исполняющий поручение, направляет его к производству в соответствии с процессуальными правилами российского законодательства;

3) суд, испрашивающий исполнение поручения, может по своему желанию направить заинтересованной стороне извещение о времени и месте судопроизводства, чтобы данное лицо или его законный представитель могли присутствовать в процессе;

4) в исполнении поручения может быть отказано полностью или частично, если российские власти сочтут, что исполнение поручения противоречит суверенитету и безопасности;

5) поручения российских судов исполняются согласно постановлениям законодательства США, того Штата или Территории, где проживает лицо, чьи показания необходимо получить, и в соответствии с правилами, установленными для суда, исполняющего поручение;

6) судебное поручение Российской Федерации должно передаваться американскому суду консульским должностным лицом РФ, в консульском округе которого находится данный суд, так как ни в практику Государственного департамента, ни в практику другого какого-либо исполнительного органа Правительства США не входит обязанность служит передаточной инстанцией для передачи судебных поручений.

Учреждения юстиции, к которым обращено поручение, применяют при его исполнении законодательство своего государства, но по просьбе учреждения, от которого исходит поручение, возможно применение процессуальных норм другого государства, если это не противоречит публичному порядку государства места исполнения поручения.

Иностранные процессуальные нормы не применяются, если они противоречат законодательству государства места исполнения поручения. Например, закон государства места

исполнения содержит требование каких-либо гарантий для свидетелей, которые при применении иностранного права могут быть нарушены. Если просьба о применении иностранных процессуальных норм отсутствует, применяется право страны места исполнения поручения.

Возможно и другое решение вопроса: в Договоре о правовой помощи между Францией и Венгрией предусмотрено, что при допросе лица в порядке судебного поручения следует одновременно руководствоваться и законом места исполнения поручения, и личным законом допрашиваемого лица.

В связи с оказанием правовой помощи возникает проблема: можно ли оставить поручение без исполнения, если из присланных документов следует, что решение по данному делу не будет признано и исполнено на территории государства места исполнения поручения. Практика и доктрина дают однозначный ответ – нельзя, так как оказание правовой помощи не должно находиться в зависимости от того, будет ли признано последующее судебное решение на территории данного государства. Возможно, что испрашивающий исполнение поручения суд не будет ставить вопрос об исполнении своего решения.

Правовая помощь должна оказываться даже тем судам, решения которых вообще не подлежат признанию и исполнению на территории данного государства по причине отсутствия международного договора. Кроме того, отказ в исполнении поручения по указанной причине не предусмотрен в положениях международных договоров.

Не должен иметь места отказ в исполнении иностранного судебного поручения по причине, что дело, в связи с которым поступило поручение, находится в исключительной компетенции судов места исполнения поручения. Вопрос о компетентности органов своего судебного аппарата каждое государство решает по-своему, независимо от решения этого вопроса в других государствах. Возможно, что конкретное дело с точки зрения судов нескольких государств входит в сферу их исключительной подсудности, поэтому исключительная подсудность не должна быть препятствием для оказания правовой помощи.

Не допускается отказ в оказании правовой помощи по причине, что дело, в связи с которым поступила соответствующая просьба из-за границы, не может быть предметом судебного разбирательства по закону государства места исполнения поручения. Например, в праве большинства западных государств предусмотрена правовая защита участников игр и пари, а в российском праве такая защита предоставляется только в прямо установленных законом случаях (ст. 1062 ГК РФ). Это не означает, что Россия должна отказаться выполнить поручение английского суда, связанное с судебным разбирательством требований из пари на территории Англии.

Общее правило, закрепленное в двусторонних договорах, заключается в том, что оказание правовой помощи не должно наносить ущерб суверенитету и безопасности государства места исполнения поручения, т. е. предусмотрен отказ в оказании правовой помощи, если такая помощь противоречит публичному порядку государства места исполнения поручения в процессуальном смысле.

Основным универсальным регулятором исполнения судебных поручений является Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса (1954 г.). Основаниями отказа в исполнении поручения являются обстоятельства, при которых (ст. 11):

– подлинность документов не установлена;

– исполнение поручения не входит в компетенцию судебных властей государства места исполнения поручения;

– государство места исполнения поручения считает, что такое исполнение угрожает его публичному порядку.

Среди многосторонних договоров следует упомянуть Гаагские конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (15 ноября 1965 г.), о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам

(18 марта 1970 г.), об облегчении доступа к международному правосудию (1980 г.). Общая черта данных соглашений – компромисс между общим и континентальным правом; попытка примирить институт комиссионеров с требованиями континентального права. Предусмотрен упрощенный порядок оказания правовой помощи.

Гаагская конвенция 1965 г. (участвуют основные европейские государства, Япония, США, Россия) в отношениях между государствами-участниками заменила положения ст. 1–7 Конвенции 1954 г. Документы передаются через центральные учреждения юстиции. При отсутствии возражений со стороны государства-участника допускается вручение документов частным путем. К Конвенции приложен Единый формуляр просьбы об исполнении поручений.

Отказ в исполнении поручения не допускается только по причине того, что запрашиваемое государство считает себя исключительно компетентным по рассматриваемому делу или, наоборот, не считает данное дело подведомственным судебным органам (ст. 13).

Гаагская конвенция 1970 г. содержит положения о сборе доказательств консулами и комиссионерами. Судебные органы одного государства в соответствии с положениями своего законодательства могут запросить в порядке исполнения поручения компетентные органы другого государства о получении доказательств и выполнении других процессуальных действий. Судебное поручение не может использоваться для получения доказательств, не предназначенных для судебного разбирательства.

Гаагская конвенция 1980 г. в отношениях между государствами-участниками заменила разд. III#VI Конвенции 1954 г. В остальном Конвенция 1980 г. воспроизводит основные положения Конвенции 1954 г. Существенным изменением является порядок сношений при оказании правовой помощи: через специально создаваемые центральные органы, хотя каждое государство может использовать дипломатические или консульские каналы.

Региональные международные соглашения – Конвенции СНГ о правовой помощи 1993, 2002 гг., Брюссельская конвенция 1968 г. – содержат детальное регулирование основных вопросов оказания правовой помощи. Предусмотрена возможность использования различных, наиболее приемлемых для государств-участников, путей передачи просьбы об исполнении поручений. Общее правило: формы совершения процессуальных действий по запросу судебных или иных иностранных органов определяются законом государства места исполнения процессуальных действий. Возможно применение процессуального права запрашивающего государства по его просьбе и с согласия государства места исполнения поручения.

В Кодексе Бустаманте предусмотрено: «Всякое судебное действие, которое одно из договаривающихся государств имеет нужду совершить в другом, будет осуществляться посредством судебного требования или поручения, пересланного дипломатическим путем. Однако договаривающиеся государства смогут обусловливать или принимать в сношениях между собой по гражданским… делам и другую форму передачи» (ст. 388–391). Судья, к которому требование предъявлено, решает вопрос о своей собственной компетентности (ratione materiae) для действия, за которым к нему обращаются. Тот, кто получает судебное требование или поручение, должен сообразоваться относительно предмета с законом дающего поручение, а относительно формы осуществления – со своим собственным законом.

15.13
Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений

Термин «иностранные судебные решения» относится к юрисдикционным актам судебных, нотариальных или иных компетентных органов другого государства (ст. 165 Закона о МЧП Румынии).

Допустимо признание и приведение в исполнение решений национальных судов в других государствах в случаях, предусмотренных законодательством этих государств или международными соглашениями. Иностранное судебное решение не имеет за границей правовой силы, оно получает ее лишь постольку, поскольку процессуальное законодательство другого государства допускает признание и исполнение иностранного судебного решения.

Юридические последствия признания иностранного судебного решения – признанное за рубежом судебное решение получает такую же юридическую силу, что и решения местных судов (приобретает свойства неопровержимости, исключительности, исполнимости, обязательности). Признанное иностранное судебное решение служит подтверждением гражданских и иных прав и обязанностей в такой же степени, что и решения местных судов.

Судебные решения могут предполагать только их признание (расторжение брака, признание умершим). Признание иностранного судебного решения является необходимой предпосылкой его принудительного исполнения. Принудительное исполнение возможно только в силу распоряжения компетентных властей того государства, где исполнение испрашивается. Законодательство предусматривает специальную процедуру по разрешению исполнения. Общее правило – взаимность – является условием принудительного исполнения.

Основные системы принудительного исполнения иностранных судебных решений:

– для исполнения требуется проверка правильности решения иностранного суда с точки зрения формы, установление его соответствия публичному порядку государства места исполнения (Италия);

– необходима выдача экзекватуры; возможна проверка решения по существу, если оно вынесено против местного гражданина (большинство европейских и латиноамериканских государств, Япония);

– иностранное судебное решение служит основой для нового суммарного судебного разбирательства. Иностранное судебное решение создает опровержимую презумпцию для того, в чью пользу оно вынесено. Иностранное судебное решение порождает перераспределение бремени доказывания (Англия, США);

– регистрация иностранного судебного решения в особом реестре (страны общего права).

Система экзекватуры – это принятие судебного постановления, которое санкционирует исполнение иностранного судебного решения, придает ему принудительную силу. Варианты системы экзекватуры:

– допустимость ревизии дела по существу – суд, разрешающий исполнение, подвергает иностранное решение полной ревизии с точки зрения правильности разрешения дела по существу (Бельгия, Франция);

– возможность ограниченного контроля со стороны суда, разрешающего исполнение, – суд не проверяет правильность разрешения дела по существу, но вправе произвести полную ревизию в исключительных случаях по требованию должника (ФРГ, Япония, Англия, Италия);

– экзекватура выдается только при условии взаимности (ФРГ, Англия, Япония);

– для выдачи экзекватуры взаимность не требуется (Италия, Аргентина).

Основные условия выдачи экзекватуры – решение не должно противоречить публичному порядку государства места исполнения решения; должник надлежащим образом был извещен о времени и месте судебного разбирательства. Экзекватура – это специальное судебное постановление, санкционирующее исполнение иностранного судебного решения, придающее ему принудительную силу и выдаваемое только для исполнения решения (ФРГ, Япония, Франция) или и для его признания (Италия). С выдачей экзекватуры решение подлежит исполнению, как если бы оно было принято в государстве суда, выдавшего экзекватуру; получает юридическую силу, равную силе внутреннего судебного решения, может быть исполнено в том же порядке, что и внутреннее судебное решение.

Взаимность как непременное условие выдачи экзекватуры закреплена в законодательстве многих государств: «Экзекватура на иностранные судебные постановления не выдается, если… государство, где решение или постановление было вынесено, не соблюдает правило о взаимности» (ст. 11 Кодекса Туниса).

Во Франции для принудительного исполнения иностранного судебного решения требуется, чтобы оно было наделено принудительной силой путем соответствующего постановления французского суда. Экзекватура выдается гражданскими трибуналами первой инстанции по делам, которые по французскому праву считаются делами частного права; экзекватура не выдается по делам административного характера и по приговорам иностранного уголовного суда. Французское право при исполнении иностранных судебных решений не требует взаимности; не требуется, чтобы решения французских судов исполнялись в соответствующем иностранном государстве. Французское судебное решение по праву другого государства должно подлежать исполнению, но французское право допускает, что такое решение будет подвергнуто ревизии.

Условия выдачи экзекватуры:

– иностранное судебное решение должно быть вынесено компетентным судом;

– обязательное соблюдение правил гражданского судопроизводства и процессуального законодательства страны, суд которой вынес решение;

– в решении были применены гражданско-правовые законы в соответствии с правилами, определенными французским коллизионным правом;

– принудительное исполнение судебного решение не противоречит публичному порядку Франции; в деле нет обхода закона.

При выдаче экзекватуры французский трибунал проверяет компетентность иностранного суда решать данное дело только в аспекте международной подсудности. Применяются французские правила о международной подсудности (ст. 14, 15 ФГК). Требуется соблюдение иностранным судом *французского коллизионного права*. Эта позиция объясняется тем, что признание иностранного решения должно быть аналогично применению иностранного закона в силу французского коллизионного права. Французская судебная практика при применении оговорки о публичном порядке различает признание иностранного решения и применение иностранного закона.

Практика не требует экзекватуры для признания юридической силы за иностранными судебными решениями, касающимися гражданского состояния лица: решения о расторжении брака, безвестном отсутствии, усыновлении могут получить юридическую силу без экзекватуры. Если ссылка на такое судебное решение будет оспорена, оно подлежит процедуре контроля. Иностранное решение без экзекватуры может быть допущено в качестве судебного доказательства.

В ФРГ экзекватура выдается должностными лицами округа, на территории которого должник проживает или имеет имущество. Экзекватура дается без проверки законности решения, т. е. без рассмотрения того, соблюдены ли при его вынесении надлежащие мате-

риальные или процессуальные законы. Требуется, чтобы по правилам ГПК ФРГ решение подлежало признанию. Необходимо вступление данного решения в законную силу в соответствии с правом, обязательным для иностранного суда.

Признание решения иностранного суда исключается, если:

– иностранный суд, вынесший решение, не компетентен по германскому закону;

– ответчик-немец не участвовал в деле из-за того, что повестка о вызове в суд или распоряжение суда не были ему вручены ни лично, ни посредством оказания правовой помощи со стороны германских учреждений;

– иностранный суд применил коллизионные нормы, расходящиеся с *германскими коллизионными нормами* (о заключении и расторжении брака, об установлении происхождения ребенка), и это вредит интересам германской стороны;

– признание решения противоречит добрым нравам или целям германского закона;

– не обеспечена взаимность.

Румынский суд не может проверять иностранное решение по существу, а также вносить в него изменения. В признании иностранного решения может быть отказано в случае, когда:

– решение является следствием обмана, совершенного во время разбирательства, имевшего место за границей;

– решение затрагивает публичный порядок румынского международного частного права; в этом же состоит основание для отказа в признании при нарушении положений об исключительной компетенции румынского суда;

– спор между теми же сторонами был разрешен решением румынского суда, даже если оно не является окончательным, или находился на рассмотрении румынского суда на момент принятия дела иностранным органом к производству.

В признании не может быть отказано только по той причине, что орган, вынесший решение, применил иной закон, чем тот, который предусмотрен *румынским МЧП* (исключение – спор касается гражданского состояния и дееспособности румынского гражданина; принятое решение отличается от того, которое было бы вынесено по румынскому закону).

Исполнение иностранного судебного решения допускается с учетом требований, предъявляемых к признанию, и следующих условий:

– решение подлежит исполнению согласно закону суда, который вынес данное решение;

– право требовать принудительного исполнения не погашено истечением срока давности согласно румынскому законодательству.

Иностранное судебное решение, принятое компетентным органом, имеет доказательную силу в румынских судах в отношении установленных фактических обстоятельств.

В доктрине общего права иностранное судебное решение, обязывающее к уплате определенной денежной суммы, имеет силу денежного обязательства и может служить основанием соответствующего иска (action in debt). Однако иностранное судебное решение не создает res judicata, т. е. не препятствует вторичному рассмотрению того же дела в английском суде по иску заинтересованной стороны.

В Англии предусмотрен особый порядок регистрации судебных решений, вынесенных в судах, которые обеспечивают для английских судебных решений условие взаимности. Наличие взаимности должно быть установлено приказом Совета министров. Сторона в процессе, в пользу которой вынесено иностранное судебное решение, может в течение шести лет зарегистрировать решение в Высоком суде, если оно вынесено иностранным судом высшей инстанции, имеет окончательный характер и направлено на уплату денежной суммы.

По заявлению стороны, против которой иностранный суд вынес решение, ходатайство о его регистрации должно быть отклонено, если:

– иностранный суд превысил пределы своей юрисдикции;

– должник-ответчик при рассмотрении дела не был своевременно извещен о вызове в суд, не присутствовал при рассмотрении дела и не имел возможности для защиты;

– решение получено путем обмана;

– исполнение решения противоречит публичному порядку Англии;

– права, о которых идет речь в решении, не принадлежат заявителю.

Юридические последствия регистрации – возможность получить принудительное исполнение иностранного решения на тех же основаниях, на каких исполняются решения английского суда.

Доктрина, согласно которой иностранное судебное решение об уплате денежной суммы рассматривается как денежное обязательство, дающее право на action in debt, принята в качестве исходного положения в США. По такому иску, предъявленному в американском суде, ответчик может выставить одно из возражений:

– иностранный суд вынес решение без вызова ответчика в суд, в результате чего ответчик не имел возможности должным образом защищать свои интересы;

– иностранный суд не обладал юрисдикцией;

– решение получено путем обмана;

– признание или исполнение решения противоречит публичному порядку штата, суд которого рассматривает дело;

– иностранное судебное решение имеет карательный характер или направлено на уплату налогов;

– иностранное судебное решение не имеет окончательного характера;

– решение не направлено на уплату определенной денежной суммы.

Ошибка иностранного суда в применении права или в оценке доказательств не может служить основанием для возражения, так как американский суд не вправе подвергать такое решение пересмотру по существу. Требование судебной практики США – соблюдение принципа взаимности. Иностранные судебные решения признаются, если американские судебные решения признаются по законам соответствующего иностранного государства.

Ответчик вправе обжаловать решение суда о признании и принудительном исполнении иностранного судебного решения в порядке апелляции или кассации. В законодательстве Швейцарии установлено, что апелляционная жалоба подлежит удовлетворению, если:

– в обжалуемом решении не применено иностранное право, подлежащее применению в силу *швейцарского МЧП*;

– в обжалуемом решении ошибочно сделан вывод, что содержание иностранного права не поддается установлению;

– решение по гражданскому делу, касающееся личных неимущественных прав, может быть обжаловано на том основании, что в нем неверно применено иностранное право.

Решение по гражданскому делу может быть отменено кассационной инстанцией, если:

– применено иностранное право, тогда как должно было быть применено федеральное швейцарское право, или наоборот;

– не было применено иностранное право, подлежавшее применению в силу швейцарского МЧП;

– содержание иностранного права, подлежащего применению в силу швейцарского МЧП, не было установлено или было установлено в недостаточной степени;

– нарушены нормы федерального права, включая международные договоры Швейцарии, о материальной либо внутренней или международной территориальной подсудности.

По российскому законодательству решения иностранных судов признаются и исполняются на территории РФ в порядке международных договоров и федеральных законов (ст. 409 ГПК; ст. 241 АПК). Решения, не подлежащие принудительному исполнению, признаются,

если это предусмотрено международным договором или законодательством РФ (ст. 413, 416 ГПК). Перечень решений иностранных судов, признание которых в России осуществляется без дальнейшего производства, не является исчерпывающим (ст. 415 ГПК). Основания отказа в признании иностранных судебных и арбитражных решений (ст. 414 ГПК; ст. 244 АПК; перечень исчерпывающий):

– решение не вступило в законную силу;

– сторона, против которой вынесено решение, не была извещена о месте и времени рассмотрения дела;

– дело относится к исключительной подсудности правоприменительных органов РФ;

– по данному делу имеется вступившее в законную силу решение судебного органа РФ;

– признание решения противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Общий порядок принудительного исполнения решений иностранных судов определен в ст. 409 ГПК РФ и ст. 246 АПК РФ. Для рассмотрения дела о возможности принудительного исполнения решения необходимо ходатайство взыскателя о разрешении принудительного исполнения по месту жительства должника или нахождения его имущества (ст. 410 ГПК РФ и ст. 241, 242 АПК РФ). Если у суда при разрешении вопроса о принудительном исполнении иностранного решения возникнут сомнения, суд может запросить объяснения у лица, возбудившего ходатайство об исполнении, опросить должника по существу ходатайства и при необходимости затребовать разъяснение иностранного суда, принявшего решение (ст. 411 ГПК РФ).

Основания отказа в разрешении принудительного исполнения иностранных судебных решений в принципе совпадают с основаниями отказа в его признании и также имеют исчерпывающий характер (ст. 412 ГПК РФ; ст. 244 АПК РФ). Порядок исполнительного производства определен Федеральным законом от 2 октября 2007 г. № 229ФЗ «Об исполнительном производстве», который распространяет свое действие на всех иностранных лиц, пребывающих на территории РФ.

Решения по спорам, связанным с предпринимательской и иной экономической деятельностью, признаются и исполняются государственными арбитражными судами РФ (ст. 32, 241 АПК РФ). Иностранные решения по остальным категориям гражданско-правовых дел признаются и исполняются судами общей юрисдикции (ст. 409–415 ГПК РФ). В России создана двойственная, параллельная система признания и исполнения решений иностранных судебных учреждений.

Решение иностранного суда, не требующее принудительного исполнения, признается без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица в течение одного месяца в установленном порядке не поступило возражения против признания такого решения (ст. 413 ГПК РФ). Возражение рассматривается в открытом судебном заседании с вызовом заинтересованной стороны.

Акты иностранных официальных органов, касающиеся безвестного отсутствия, ограничения или лишения дееспособности, регистрации брака, усыновления (удочерения), установления опеки (попечительства), признаются имеющими юридическую силу, если они исходят от компетентных органов иностранного государства. Какие органы компетентны выносить решения по данным делам, определяется законодательством соответствующего иностранного государства. Признание иностранных актов не требует какого-либо решения или распоряжения со стороны официальных органов РФ – признание выражается в том, что российские власти основывают на иностранных актах признание субъективных гражданских прав и обязанностей.

15.14 Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений в международных соглашениях

Двусторонние договоры о правовой помощи устанавливают взаимную обязанность признания и исполнения решений органов юстиции договаривающихся государств. В случаях простого признания решения признаются независимо от времени их вынесения и момента возникновения правоотношений. Признание без принудительного исполнения осуществляется без дальнейшего производства. Только признанию подлежат в основном решения по делам неимущественного характера: расторжение брака и признание его недействительным, установление наличия или отсутствия брака, установление опеки, признание гражданина безвестно отсутствующим или умершим.

Основной принцип принудительного исполнения – применение законодательства страны места исполнения. Порядок исполнения решения и реквизиты ходатайства определяются законодательством места исполнения. Принудительное исполнение осуществляется на основе принципа экзекватуирования.

Основные условия признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений:

– решение вступило в законную силу по праву государства места его вынесения;

– при разрешении дела по существу соблюдены все процессуальные права лица, против которого вынесено решение;

– отсутствует другое вступившее в законную силу решение по данному делу, вынесенное судом в государстве, на территории которого решение должно быть исполнено;

– при рассмотрении дела и вынесении решения соблюдались правила международного договора о разграничении компетенции судов договаривающихся государств;

– исполнение допускается, если по законодательству обоих государств не истек срок давности для принудительного исполнения.

Основания отказа в признании и принудительном исполнении:

– лицо, против которого вынесено решение, не имело возможности участвовать в процессе, так как не было должным образом извещено о рассмотрении дела;

– в производстве суда государства места исполнения находится такое же дело, или местным судом уже вынесено вступившее в законную силу решение по данному делу;

– в соответствии с международным договором или национальным законом места исполнения данное дело входит в сферу его исключительной компетенции;

– если признание и исполнение противоречат суверенитету, безопасности или основополагающим принципам законодательства государства места исполнения.

В Конвенциях СНГ о правовой помощи 1993 и 2002 гг. закреплено, что каждое из договаривающихся государств обязано признавать и исполнять вынесенное на территории других договаривающихся стран решение по гражданским и семейным делам, включая утвержденные судом мировые соглашения и нотариальные акты в отношении денежных обязательств. Решения, не требующие исполнения и вступившие в законную силу на территории одного государстваучастника, признаются без дальнейшего производства на территории других государств-участников, если:

– учреждением юстиции государства места признания ранее не вынесено вступившее в законную силу решение по тому же самому делу;

– дело не относится к исключительной компетенции органов юстиции государства места исполнения.

Основания отказа в признании и исполнении:

– решение по законодательству того государства, на территории которого оно было вынесено, не вступило в законную силу и не подлежит принудительному исполнению;

– ответчик не участвовал в процессе, так как своевременно не получил повестку о вызове в суд;

– судом государства места исполнения возбуждено производство по данному делу; местным судом или судом третьего государства по данному делу вынесено решение, уже вступившее в законную силу;

– дело относится к исключительной компетенции судов государства места исполнения в соответствии с положениями Конвенции и законодательством данного государства;

– отсутствуют документы, подтверждающие соглашение сторон о договорной подсудности;

– истек срок давности для принудительного исполнения по законодательству государства места исполнения.

Гаагская конвенция о признании и исполнении иностранных решений по гражданским или торговым делам (1966 г.) определяет, что не подлежат признанию и исполнению иностранные судебные решения о личном статусе физических и юридических лиц. Сфера действия Конвенции – только гражданские и торговые дела. Условия признания и исполнения:

– если суд, вынесший решение, является компетентным с позиций международной подсудности;

– решение вступило в законную силу и подлежит принудительному исполнению;

– решение не противоречит публичному порядку государства места исполнения;

– соблюдены все процессуальные права ответчика;

– в государстве места исполнения или в третьем государстве-участнике нет вступившего в законную силу судебного решения по данному делу.

Брюссельская конвенция 1968 г. устанавливает принцип отказа от пересмотра иностранных судебных решений по существу. Принудительное исполнение судебных решений, вынесенных в одном государстве-участнике, допускается в других государствах-участниках при условии подачи соответствующего обращения любой заинтересованной стороной в компетентные органы государства места исполнения.

На решение, санкционирующее исполнение иностранного судебного решения, должник может подать апелляцию. В апелляционной инстанции разбирательство производится с перераспределением бремени доказывания: презумпция в пользу выигравшей стороны подлежит опровержению посредством возражений ответчика. Иностранные решения регистрируются в специальном реестре. Для признания решения не требуется особого производства. Перечень условий отказа в признании решений является исчерпывающим:

– нарушение публичного порядка государства места признания;

– должник не был должным образом извещен о времени и месте судебного разбирательства;

– решение противоречит такому же решению компетентных органов государства места признания.

Признанию подлежат не только решения, принятые судом, но и другие решения, например по делам бесспорного производства. Признание не требует особой процедуры. При наличии между государствами-участниками двусторонних соглашений нормы Конвенции имеют преимущественное применение.

Кодекс Бустаманте определяет, что порядок выдачи разрешения на исполнение и само исполнение должны соответствовать законодательству места исполнения. Требования для признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений:

– решение вынесено судом, компетентным в соответствии с Кодексом;

– стороны надлежащим образом были оповещены о судебном разбирательстве;

– решение не противоречит публичному порядку государства места исполнения;

– решение подлежит исполнению по законодательству государства, где оно было вынесено;

– решение снабжено официальным переводом;

– подлинность акта, содержащего решение, не вызывает сомнения.

Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г. определяет узкий круг дел, предполагающих признание и исполнение за границей. Предусмотрен дипломатический путь обращения с просьбой об исполнении решения; установлена возможность и упрощенного порядка обращения. Рассмотрение вопроса о разрешении принудительного исполнения производится компетентными органами государства места исполнения в соответствии с его национальным законодательством. Суд места исполнения не рассматривает иностранное решение по существу, а ограничивается установлением его формальной правильности.

Определение суда о разрешении принудительного исполнения или отказе в нем может быть обжаловано в вышестоящий суд в порядке и сроки, предусмотренные законодательством государства места исполнения. Исполнение решения производится на основе права страны места исполнения.

Гаагская конвенция в отношении соглашений о выборе суда (2005 г.) определяет «судебное решение» как любое решение по существу дела, вынесенное судом. Суд страны обращения должен быть ограничен установленными в результате судебного разбирательства фактическими обстоятельствами, на которых суд страны вынесения судебного акта основывал свою юрисдикцию, если только судебное решение не было вынесено в пользу истца вследствие неявки ответчика.

Признание или принудительное исполнение может быть отсрочено или отклонено, если судебное решение подлежит пересмотру в государстве его вынесения или не истек срок для подачи жалобы по такому решению. Отказ не будет препятствовать последующему заявлению о признании или принудительном исполнении судебного решения.

В признании или принудительном исполнении судебного решения может быть отказано (ст. 9), если:

– соглашение было ничтожным и не имеющим юридической силы в соответствии с законодательством государства выбранного суда;

– любая из сторон не обладала дееспособностью для заключения соглашения по законам государства обращения;

– судебное решение был получено обманным путем в связи с процессуальным вопросом;

– признание или принудительное исполнение будет явно несовместимым с публичным порядком государства суда обращения, включая несовместимость с основными принципами процессуальной справедливости;

– данное судебное решение несовместимо с судебным решением, вынесенным в государстве обращения, в отношении спора между теми же сторонами;

– данное судебное решение несовместимо с судебным решением, ранее вынесенным в другом государстве по делу между теми же сторонами по тем же основаниям;

– документ, возбуждающий рассмотрение дела в суде или эквивалентный документ, в котором излагаются существенные аспекты иска, не был доведен до сведения ответчика.

В признании или принудительном исполнении судебного решения может быть отказано, если судебное решение основывалось на решении по вопросу, исключенному из сферы применения Конвенции. Любое государство вправе заявить, что его суды могут отказать в признании или принудительном исполнении решения, вынесенного судом другого государства, если стороны являлись резидентами государства суда обращения, отношения сторон и все прочие аспекты спора, кроме места нахождения выбранного суда, были связаны только с государством суда обращения.

Тема 16
Международное нотариальное право

Кенсовский, П. А. Легализация и признание документов иностранных государств. СПб., 2003.

Кох, Х., Магнус, У., Винклер фон Моренфельс, П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001.

Медведев, И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005.

Международное частное право: иностранное законодательство. М., 2001.

Нешатаева, Т. Н. Международный гражданский процесс. М., 2001.

16.1
Нотариальные действия в международном частном праве

Нотариат – это система государственных органов и должностных лиц, основной задачей которых является удостоверение бесспорных прав и фактов и совершение других нотариальных действий. Нотариат наиболее тесно связан с судом, поскольку осуществляет охрану субъективных прав физических и юридических лиц. Функция нотариуса – предупреждение гражданских правонарушений и споров в судах, склонение сторон к соглашению. Главное различие между судом и нотариатом заключается в том, что суды в основном разрешают споры о праве; предмет нотариальной деятельности – бесспорные дела (И. Г. Медведев).

Нотариальное производство представляет собой публично-правовую деятельность, осуществляемую от имени государства. Правовой статус нотариуса – это лицо, находящееся на службе государства и общества.

Нотариат играет важную роль в регулировании частно-правовых отношений, связанных с иностранным правопорядком. Функциями нотариата в сфере действия МЧП являются: удостоверение документов, предназначенных для действия за границей; принятие документов, составленных за границей; охрана имущества, оставшегося на территории данного государства после смерти иностранного гражданина; охрана имущества, переходящего по наследству иностранцу после смерти местного гражданина; обеспечение доказательств, требуемых для ведения дела в органах иностранного государства.

Международное нотариальное право – это совокупность норм, регулирующих функционирование национальных нотариальных органов в сфере частно-правовых отношений, связанных с правом двух и более государств. Нормы, регламентирующие нотариальную деятельность, имеют процессуальный характер – «нотариальное производство», нотариальная процедура» (И. Г. Медведев). В отечественной доктрине вопросы «международной» деятельности нотариата рассматриваются в рамках МГП (Т. Н. Нешатаева, В. П. Звеков).

Нотариат применяет нормы иностранного права в соответствии с международными договорами и национальным законодательством. Нотариусы принимают документы, составленные в соответствии с требованиями международных договоров, совершают удостоверительные надписи в форме, предусмотренной иностранным законодательством, если это не противоречит национальному закону.

Специфика нотариальной деятельности в сфере отношений, связанных с иностранным правопорядком:

– определение правового статуса иностранных лиц, участвующих в нотариальном производстве;

– использование документов иностранного производства, т. е. определение международной действительности документов.

Бесспорность – основной императив нотариального производства и его первостепенная цель. Это предопределяет использование письменного документа в качестве главного источника информации. В нотариальном производстве преимущественно используются официальные документы, составленные специально уполномоченными лицами при соблюдении особой процедуры («аутентичные» акты).

Основная функция нотариата – официальное удостоверение документов, оформление отношений представительства.

Коллизионное регулирование отношений представительства определяется на основании автономного статута. Стороны договора поручения могут свободно выбрать применимое к их отношениям право: «При договорном представительстве отношения между представителем и представляемым подчиняются праву, применимому к договору» (ст. 126.1 Закона о МЧП Швейцарии).

В отсутствие соглашения сторон о применимом праве применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан – право страны поверенного: «Добровольное представительство регулируется правом государства, на территории которого представитель имеет место своей деловой деятельности в том случае, когда он действует в профессиональном качестве и это место известно или может быть известно третьему лицу. При отсутствии таких условий применяется право государства, в котором представитель преимущественным образом исполняет свои полномочия в каждом конкретном случае» (ст. 60.1 Закона о реформе МЧП Италии).

Аналогичные правила предусматривает Гаагская конвенция о праве, применимом к отношениям посредничества и представительства (1978 г.). В качестве общего принципа Конвенция закрепляет автономию воли – применимое к отношениям представительства право определяется по соглашению сторон. В отсутствие выбора применимое право определяется в зависимости от места жительства или места профессиональной деятельности поверенного (ст. 5, 6). Конвенция применяется независимо от наличия взаимности и допускает применение права страны, не участвующей в Конвенции (ст. 4).

Соглашения с участием иностранных лиц чаще всего совершаются от их имени представителями, действующими по доверенности, выданной за рубежом. Должна ли доверенность, совершенная за границей, удостоверяться нотариально, если основной акт оформляется у нотариуса? Национальное законодательство придерживается различных позиций: в Австрии нет каких-либо специальных правил в отношении формы доверенности (совершается в простой письменной форме), в других странах (Греция, Венгрия, Бельгия) для нотариального удостоверения основного акта требуется, чтобы доверенность была нотариально удостоверена. ГК РФ прямо устанавливает, что доверенность на совершение сделок, требующих нотариальной формы, должна быть нотариально удостоверена (п. 2 ст. 185).

По общему правилу форма доверенности подчиняется праву места ее совершения: «Порядок выдачи, срок действия, прекращения и правовые последствия прекращения доверенности определяются правом государства, в котором выдана доверенность» (ст. 34 Закона о МЧП Украины). Аналогичная норма содержится в п. 1 ст. 1209 ГК РФ.

Более взвешенное решение предлагает итальянский законодатель: «По форме документ, подтверждающий полномочия представителя, является действительным, если он признается таковым правом, регулирующим существо обязательства, или правом государства, на территории которого данный документ составлен» (ст. 60.2 Закона о реформе МЧП Италии).

На практике постоянно возникает вопрос об эквивалентности иностранных документов форме, установленной местным законодательством. Прежде всего это касается документов квалифицированной юридической формы – нотариальных актов, административных и судебных документов. При решении этого вопроса следует учитывать требования законов места совершения акта и места предъявления акта

Необходимо учитывать, что в разных странах используются различные формы официальных документов:

– аффидевит – письменное торжественное заявление, принимаемое судебными инстанциями как доказательство каких-либо фактов;

– сертификат – документ, удостоверяющий какой-либо факт (сертификат о мореходности судна, о качестве товара);

– декларация – заявление, составленное в соответствии с законодательством (таможенная, почтовая, налоговая);

– ретейнер – предварительное обязательство (согласие) выплатить гонорар адвокату;

– полномочия – вид доверенности.

Принудительное исполнение иностранного официального документа возможно, если он обладает исполнительной силой в государстве своего происхождения. Нотариальные акты вступают в законную силу немедленно и подлежат добровольному исполнению сторонами спора.

Отдельные нотариальные акты имеют исполнительную силу (соглашения об уплате алиментов, исполнительные надписи). Во Франции, Италии и Германии нотариальные акты могут иметь непосредственную исполнительную силу, которая основана на соглашении сторон. Во Франции «исполнительная копия», выданная нотариусом, – основание для совершения исполнительных действий судебным исполнителем без решения суда.

Двусторонние договоры о правовой помощи предусматривают возможность обращения к принудительному исполнению не только судебных, но и иных официальных документов: Договор между Российской Федерацией и Польшей (1996 г.) приравнивает нотариальные акты, имеющие силу исполнительной надписи по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой они совершены, к судебным решениям (ч. 2 ст. 52). Это позволяет обращать отдельные нотариальные акты, совершенные в Польше, к принудительному исполнению на территории РФ (и наоборот).

Регламент Совета ЕС 2004 г. о введении европейского исполнительного листа по бесспорным требованиям устанавливает, что публичный документ по ходатайству заинтересованного лица может быть признан в качестве «европейского исполнительного листа». Такой документ может исполняться в другом государстве – члене ЕС без необходимости приведения его в исполнение и возможности оспаривания его исполнимости.

Отдельные функции нотариата присущи должностным лицам консульских учреждений, которые вправе совершать почти все виды нотариальных действий (исключение: протесты векселей; передача заявлений физических и юридических лиц другим физическим и юридическим лицам; предъявление чеков к платежу и удостоверение неоплаты чеков; наложение и снятие запрещения отчуждения имущества). Правомочия консула в сфере нотариальных действий закреплены в консульских конвенциях:

– удостоверение сделок, кроме сделок об установлении, отчуждении или прекращении вещных прав на строения и земельные участки, находящиеся в государстве пребывания консула;

– свидетельствование завещаний и иных односторонних актов волеизъявления, в том числе доверенностей;

– удостоверение юридических фактов;

– свидетельствование подписи на документах и верности перевода.

Нотариальные полномочия должностных лиц консульских учреждений РФ за рубежом основаны на положениях Консульского устава СССР, утв. Указом Президиума Верховного Совета СССР от 25 июня 1976 г., ст. 38 Основ законодательства РФ о нотариате и международных соглашениях. Должностные лица консульских учреждений совершают в пределах своей компетенции нотариальные действия по просьбе российских и иностранных лиц, если акты предназначены для действия на территории РФ. Нотариальные функции осуществляются российским консулом за рубежом при условии, что это прямо предусмотрено в консульской конвенции между Россией и государством пребывания или не противоречит внутреннему законодательству иностранного государства.

Современное российское законодательство о нотариате представляет собой комплекс нормативных правовых актов, среди которых особая роль принадлежит Основам законода-

тельства РФ о нотариате. Основы были подготовлены при помощи Международного союза латинского нотариата. Определяющее значение для нотариальной деятельности имеют многие нормы ГК РФ, ГПК РФ и СК РФ, международные соглашения РФ.

В законодательстве закреплено право нотариата обращаться к иностранным органам юстиции с поручением о производстве отдельных нотариальных действий в порядке, предусмотренном международными договорами и национальным законом. Условия и порядок исполнения иностранных нотариальных поручений, основания отказа в исполнении перечислены в законодательстве. Органы нотариата исполняют переданные им в установленном порядке поручения иностранных органов юстиции, если исполнение поручения не противоречит публичному порядку Российской Федерации и входит в компетенцию нотариата. Исполнение иностранных поручений о совершении отдельных процессуальных действий нотариатом производится на основе российского законодательства.

Нотариат обеспечивает представление доказательств, необходимых для ведения дел в органах иностранных государств.

Нотариальное производство на территории РФ регулируется российским законодательством (ст. 39 Основ). В виде исключения возможно совершение удостоверительных надписей в форме, предусмотренной законодательством других государств. Возможно совершение нотариальных действий, не предусмотренных российским законодательством (ч. 2 ст. 104, ч. 2 ст. 109 Основ). Если между положениями российского права и нормами международных договоров есть противоречия, при совершении нотариальных действий применяются нормы международного договора.

Нотариус как публичное должностное лицо должен предпринять все необходимые меры для установления содержания иностранного права и практики его применения в соответствующем государстве. Этот подход закреплен в п. 1 ст. 1191 ГК РФ, в ст. 14 АПК РФ и распространяется на нотариальное производство: «Нотариус в соответствии с законодательством Российской Федерации, международными договорами применяет нормы иностранного права» (ч. 1 ст. 104 Основ).

16.2
Латинский нотариат

Деятельность нотариуса относится к узловым сферам гражданского права – земельное право, семейное и наследственное право, торговое право, право компаний (В. Райман). Цель нотариата – предупредить споры, обеспечить правовые гарантии, «разгрузить» суды. В зависимости от понимания целей и функций в мире существуют две принципиально различные системы нотариата – латинская и англо-американская.

Англо-американская нотариальная система. Англосаксонской правовой системе не известен институт «официального документа» в качестве особо веского доказательства в судебных и административных процессах. При исследовании письменных доказательств основное внимание уделяется свидетельским показаниям как средству доказывания. Нотариальные и иные письменные документы не играют определяющей роли.

Предоставление юридической консультации в странах общего права передано «свободным юридическим профессиям», в первую очередь адвокату, который не обязан сохранять беспристрастность, а призван представлять интересы своей стороны. Нотариусу отводится второстепенная, незначительная роль, которая сводится к засвидетельствованию копий и подписей.

В англосаксонской правовой системе существует «notary public» (публичный нотариус – США, Великобритания), который наделен полномочием (часто только временно) свидетельствовать простые процессы. Это может быть владелец аптекарского магазина (drugstore), секретарь адвоката (secretary down stairs), парикмахер, продавец в табачном киоске, т. е. лица, не имеющие юридической компетенции.

Нотариальное удостоверение в том смысле, как оно понимается в странах континентальной правовой семьи, отсутствует. Доверенность совершается в простой письменной форме (допускается устная форма). При этом, однако, обязательно участие юриста: lawyer (США), notary public или solicitor (Англия).

В США организация и порядок деятельности нотариусов регулируются законодательством штатов. Нотариальные функции выполняют две категории лиц: нотариусы, назначаемые законодательными органами штата либо высшими должностными лицами штата, и комиссионеры по вопросам установления факта.

Латинская нотариальная система. Современная модель латинского нотариата была создана французским Законом о принципах организации нотариата (1803 г.) («Закон, содержащий организацию нотариата» – Закон вантоза). Закон вантоза устранил различные категории лиц, правомочных составлять официальные документы, и ввел категорию должностного лица «fonctionnaires publics»: «Наряду с должностными лицами, которые разрешают споры, общественное спокойствие требует наличия и иных должностных лиц, которые… ставят стороны в известность о значении договорных обязательств… придают им характер аутентичного акта и силу судебного решения… препятствуют возникновению конфликтов… Этими незаинтересованными советниками… своеобразными добровольными судьями… являются нотариусы, а этим институтом – нотариат».

Закрепленные в Законе вантоза принципы действуют во многих государствах мира. Основные начала латинского нотариата:

– нотариус – публичное должностное лицо, получающее полномочия от государства, реализующее их от его имени и под его контролем;

– нотариус – лицо свободной юридической профессии; самостоятельно организует свою работу; несет имущественную ответственность за причиненные убытки;

– основная функция нотариуса – придание частным соглашениям аутентичного характера, особой доказательственной и исполнительной силы, защита публичного интереса;

– нотариус за совершение нотариальных актов получает нотариальный тариф, размер и порядок уплаты которого устанавливаются государством;

– нотариусы объединяются в коллективные органы: нотариальные палаты, выполняющие административные и контрольные функции.

Модели латинского нотариата: немецкая, французская и смешанная.

Немецкая модель — незначительная активность нотариуса на всех этапах нотариального производства. Его работа сводится к разработке документа и его последующему удостоверению. Нотариус не играет значительной роли при подготовке нотариального действия: в проведении консультаций и переговоров, в получении необходимых документов. Российский нотариат ближе к немецкой модели.

В Германии действует Федеральное положение о нотариате (1961 г.). Нотариус – носитель публичной должности и орган предупредительного правосудия. Профессия адвоката-нотариуса отличается от основной профессии нотариуса – адвокат-нотариус исполняет эту должность как побочную работу.

Типичные признаки статуса нотариуса в ФРГ:

– нотариат – орган предупредительного правосудия. Официальные документы, заверенные нотариусом, имеют большую доказательную силу, чем документы, подписанные частными лицами;

– нотариус составляет документы: договоры купли-продажи недвижимости; договоры дарения; брачные договоры; завещания и договоры о наследстве; отчуждение долей в деле; продажа предприятий. Нотариус свидетельствует подлинность подписи и верность копий;

– нотариус имеет право выдавать подлежащие исполнению документы. Исполнение такого документа возможно без вмешательства суда;

– нотариус выполняет государственные функции; он наделен «компетенциями, которые по действующему правопорядку должны быть оформлены государством»;

– независимость и беспристрастность нотариуса;

– обязанность сохранения тайны – оглашение сведений в судебном процессе допустимо, если все участники удостоверения освобождают нотариуса от сохранения тайны;

– ответственность за нарушение служебного долга; страхование гражданской ответственности каждого нотариуса;

– нотариусом может быть назначен только немецкий гражданин, который по Закону о судьях пригоден к должности судьи, он должен быть «полным юристом».

Французская модель предполагает инициативность нотариуса с момента обращения к нему заинтересованного лица. Нотариус и его помощники берут на себя все заботы клиентов, начиная от сбора необходимых документов, проведения переговоров, составления документа и заканчивая регистрацией нотариального акта в компетентных органах.

Нотариус – государственная должность, обладатель которой наделен правом удостоверять юридические акты. Нотариусу поручается оформление сделок, которым стороны обязаны или хотят придать аутентичную юридическую форму. Под аутентичностью во Франции понимается удостоверение нотариусом подлинности актов и соглашений. Аутентичный акт считается полностью достоверным в части соглашения, которое он содержит. Система гражданского оборота Франции отдает приоритет письменному доказательству в отличие от свидетельских показаний, которые могут использоваться, но допустимость их использования ограничена законом.

Смешанная модель функционирует в Испании, Нидерландах, Швейцарии. Закон о нотариате Испании (1962 г.) гласит: нотариус – это назначенный государством служащий, призванный удостоверять в соответствии с действующими законами договоры и другие

юридически важные документы. Перед началом выполнения своих обязанностей нотариус должен внести страховой взнос в казну государства в качестве залога. Нотариус гарантирует свою профессиональную деятельность всем своим имуществом в случае, если сумма залога будет недостаточной для покрытия ущерба, нанесенного клиенту вследствие ошибок нотариуса.

Ни один нотариус не имеет права удостоверять сделки в свою пользу или сделки, одной из сторон в которых выступает родственник, находящийся в четвертой степени родства по крови или второй степени родства по браку. Ни один нотариальный документ, ни один реестр или журнал не могут быть изъяты из помещения нотариальной конторы даже по решению суда или вышестоящей инстанции, за исключением их транспортировки в помещение архива или форсмажорных обстоятельств.

Большим авторитетом пользуется Международный союз Латинского нотариата, основанный в 1948 г. как объединение нотариатов латинского типа. Это международная неправительственная организация, международная корпорация национальных нотариатов. В 2005 г. было принято решение о переименовании Союза в Международный союз нотариата (МСН).

Членами МСН являются нотариаты стран в целом и нотариаты административно-территориальных субъектов отдельных государств. В настоящее время члены МСН – 75 государств (все страны континентальной Европы и Латинской Америки, Канада, многие страны Азии и Африки – Буркина-Фасо, Гвинея, Камерун, Марокко, Китай). Система латинского нотариата функционирует в США (Флорида и Луизиана) и в Великобритании (Лондон). Российский нотариат в лице Федеральной нотариальной палаты принят в МСН в 1995 г.

МСН предложил придать нотариальным актам, имеющим непосредственную исполнительную силу, транснациональный характер и включить их в проект Конвенции о признании судебных решений в гражданских и коммерческих делах. В рамках МСН принят Кодекс нотариальной деонтологии (1995 г.). Под эгидой МСН разрабатываются Общие принципы нотариальной этики. Базовые принципы системы латинского нотариата утверждены МСН в 1986 г.:

1) нотариус действует от имени государства, но подчиняется только закону;

2) функция нотариата – государственное служение, которое нотариус осуществляет независимым образом, не входя в иерархию государственных служащих;

3) нотариус обеспечивает беспристрастную квалифицированную юридическую помощь; законность, равную справедливость и публичную достоверность частных актов;

4) акты нотариуса имеют особую доказательственную, а зачастую и исполнительную силу;

5) деятельность нотариуса находится в сфере бесспорной юрисдикции, способствуя предупреждению споров;

6) как советник нотариус выявляет подлинную волю сторон и облекает ее в эталонно-квалифицированный юридический акт;

7) нотариус обязан быть членом централизованной организации – нотариальной палаты; численность должностей нотариусов квотируется;

8) нотариус несет имущественную ответственность за профессиональные ошибки;

9) нотариус обязан застраховать профессиональные риски;

10) нотариус связан не только законом, но и нормами профессиональной этики.

Заповеди латинского нотариуса:

– уважай свое министерство;

– воздержись, даже если малейшее сомнение делает неясными твои действия;

– воздавай должное Правде;

– действуй осмотрительно;

– изучай с пристрастием;

– советуйся с Честью;
– руководствуйся Справедливостью;
– ограничивайся Законом;
– работай с Достоинством;
– помни, что твоя миссия состоит в том, чтобы не было споров между людьми.

Кроме МСН, в становлении и развитии международного нотариального права большую роль играют другие международные неправительственные объединения: Конференция нотариатов ЕС, Международная комиссия по гражданскому состоянию.

В рамках Конференции национальных организаций нотариусов ЕС в 1995 г. принят Этический кодекс нотариусов Европы – «наглядное проявление воли нотариусов гарантировать гражданам европейских стран при оформлении ими прав и сделок, выходящих за национальные границы, такую же правовую защиту, как и внутри страны».

В 1950 г. на II конгрессе Международного союза Латинского нотариата была предложена идея создания национальных реестров завещаний. Первая действующая система регистрации завещаний создана в провинции Квебек в 1961 г. Реестр завещаний действует при нотариальной палате. Порядок его ведения определяется в соответствии с Законом о нотариате. С 1999 г. действует электронная система регистрации завещаний в реестре и поиска информации в нем.

Конвенция о создании системы регистрации завещаний (г. Базель, 16 мая 1972 г.) устанавливает в отношениях между государствами-участниками универсальный режим регистрации завещаний и обмена информацией о них. Конвенция разработана и заключена в рамках Совета Европы (Бельгия, Испания, Нидерланды, Португалия, Турция, Эстония). Конвенция предусматривает создание национальных систем, позволяющих завещателю зарегистрировать завещание и избежать ситуаций, когда о нем не будет известно в другом государстве (например, по месту нахождения наследственного имущества). В каждом государстве назначается орган, компетентный передавать другим государствам информацию о записях в реестре завещаний, а также принимать и передавать запросы от органов, назначенных в других государствах. Система обмена информацией о завещаниях, основываясь на национальных реестрах, облегчает регулирование международного наследования по завещанию.

16.3
Процедуры подтверждения юридической силы иностранных документов

Правовыми режимами подтверждения юридической силы иностранных документов являются:

– национальный режим – принятие документов без каких-либо дополнительных требований при условии их надлежащего и заверенного перевода;

– режим легализации;

– режим апостилирования;

– специальный режим.

Национальный режим – режим, при котором иностранные документы приравниваются к внутренним, если они не требуют принудительного исполнения.

Соглашения между Францией и Германией освобождают официальные документы от всех формальностей (Х. Шак). Брюссельская конвенция об отмене легализации документов между странами ЕС (1987 г.) установила национальный режим для иностранных документов во взаимоотношениях между Францией, Италией и Данией.

В некоторых двусторонних договорах России о правовой помощи закреплено, что официальные документы, происходящие из одного государства, принимаются на территории другого без легализации (Алжир, Венгрия, Испания, Тунис, Эстония). Договор между Россией и Чехией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (1982 г.) содержит норму, согласно которой доверенность, совершенная российским нотариусом, может быть представлена в Чехии без какого-либо дополнительного удостоверения и будет пользоваться на ее территории силой официального документа.

Конвенция СНГ о правовой помощи 1993 г. (ст. 13): «Документы, которые на территории одной из Договаривающихся Сторон изготовлены или засвидетельствованы учреждением или специально уполномоченным лицом… принимаются на территориях других Договаривающихся Сторон без какого-либо специального удостоверения». Такие документы рассматриваются как официальные, пользуются доказательной силой официальных документов.

Легализация (консульское или дипломатическое заверение) – это действие, посредством которого публичное должностное лицо свидетельствует достоверность подписи на официальном или частном документе и качество, в котором действовало лицо, подписавшее акт, подлинность печати или штампа, которыми скреплен этот акт, чтобы он мог считаться достоверным. В Германии, Дании, Великобритании, Швейцарии, Португалии в процессе легализации могут удостоверяться не только подлинность печати, подписи и качество лица, подписавшего документ, но и наличие компетенции подписывать акт.

Конечной целью процедуры легализации является возможность представления документа в официальные органы другой страны. Легализация – это последовательный ряд, цепочка удостоверений подписей должностных лиц и качества, в котором они выступают; удостоверение подлинности печатей и штампов, которыми скреплены документы. Легализация представляет собой административную по своей природе формальность, обязательную для иностранных публичных актов, используемых в нотариальном производстве и имеющих непосредственный правопорождающий эффект (ст. 106 Основ законодательства РФ о нотариате).

Легализация осуществляется на территории страны, в которой документ выдан или оформлен. Неправильная легализация имеет такой же эффект, как ее отсутствие, и ведет к отказу в принятии иностранных документов в нотариальном производстве.

В российских судах признаются документы, выданные, составленные или удостоверенные компетентными органами иностранных государств (ст. 408 ГПК РФ; ст. 255 АПК РФ) при наличии легализации, если иное не установлено международным договором РФ или федеральным законом. Легализация иностранного документа необходима для представления его в качестве доказательства в арбитражном процессе, но легализация не освобождает иностранный документ от проверки со стороны суда, если необходимо установить правильность содержащихся в нем сведений.

Легализация не требуется в отношении документов, переданных в связи с оказанием правовой помощи по международным договорам или на основе взаимности. Судебные и внесудебные документы, направляемые за рубеж на основании Гаагской конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (1965 г.), освобождаются от легализации или других аналогичных формальностей (ст. 3).

Упрощенный порядок легализации – консульская легализация, т. е. специальная надпись консула на документе, удостоверящая подлинность подписи должностного лица иностранного государства. Консульская легализация – это не только установление и засвидетельствование подлинности подписей, но и удостоверение соответствия документов и актов законам государства пребывания.

Основной этап в процедуре консульской легализации – это удостоверение, совершаемое консулом иностранного государства, в котором будут использоваться документы. Консульское удостоверение декларирует признание действительности иностранных нотариальных и иных официальных документов. Документ имеет юридическую силу на территории только той страны, отметка консульства которой на нем стоит.

При наличии консульской легализации нотариус не вправе ставить под сомнение иностранные документы с точки зрения соблюдения тех или иных формальных требований, установленных в государстве происхождения документа. Наличие легализации компенсирует все формальные и содержательные пороки иностранных документов.

Апостилирование (упрощенная легализация) осуществляется уполномоченным органом в стране происхождения документа, который приобретает юридическую силу на территории стран – участников Гаагской конвенции об отмене требования легализации иностранных официальных документов (1961 г.) (Великобритании, Венесуэлы, Германии, Китая, России, США, Франции, Швеции, Японии). Конвенция устанавливает правило: вместо операций по оформлению легализации требуется выполнение единственной формальности – проставление органами, выдавшими документ, апостиля (удостоверительной надписи на документе, одинаковой по форме для всех государств-участников).

Вместо легализации документа к нему прилагается специальный сертификат – апостиль. Сертификат имеет стандартную форму (квадрат со стороной не менее 9 см) и содержит в пронумерованных полях информацию о стране происхождения документа, лице, его подписавшем, об информации: кто, где и когда произвел заверение, его подпись и печать, регистрационный номер. Заголовок апостиля обязательно должен содержать текст на французском языке: в верхней части сертификата имеется надпись на французском языке «Apostille» (Convention de la Haye du 5 octobre 1961).

Апостиль удостоверяет подлинность подписи, качество, в котором выступало лицо, подписавшее документ, подлинность печати или штампа, которыми скреплен этот документ (ст. 5). Содержание документа органом, проставляющим апостиль, не подтверждается и не проверяется. «Апостиль проставляется на самом документе или на отдельном листе, скрепляемом с документом; он должен соответствовать образцу, приложенному к настоящей Кон-

венции» (ст. 4). Эта норма является императивной, отступления от установленной формы предполагают отказ в принятии документа с «неисправным» апостилем.

Замена легализации проставлением апостиля касается только официальных документов (исчерпывающий перечень):

– документы, исходящие от органа или должностного лица, подчиняющихся юрисдикции государства, включая документы, исходящие от прокуратуры, секретаря суда или судебного исполнителя;

– административные документы;

– нотариальные акты;

– официальные пометки: отметки о регистрации; визы, подтверждающие определенную дату; удостоверение подписи на документе, не засвидетельствованном нотариусом.

Гаагская конвенция 1961 г. не распространяется:

– на документы, совершенные дипломатическими или консульскими агентами;

– на административные документы, имеющие отношение к коммерческой или таможенной операции (доверенности на совершение сделок, перемещение товаров через границу; договоры и соглашения о поставке товаров и предоставлении услуг, выполнении работ и расчетов по ним).

Апостилированию не подлежат документы, относящиеся к коммерческой деятельности, но совершенные на этих документах официальные акты должны быть апостилированы.

Государства-участники обязаны назначить органы, компетентные на проставление апостиля (ст. 6). В США корпоративные документы обычно заверяются государственным секретарем штата, хотя на проставление апостиля уполномочены и клерки Верховного суда или окружных судов. В России апостиль проставляют: Федеральная регистрационная служба (Росрегистрация); органы Росрегистрации в субъектах РФ; органы загса администраций субъектов; отдел документально-справочной работы Федерального архивного агентства; архивные органы субъектов РФ.

В российских арбитражных судах документы иностранного происхождения принимаются при условии проставления апостиля (ст. 255 АПК РФ). Арбитражным судам подведомственны споры о признании недействительными актов органов юстиции, содержащих отказ в проставлении апостиля на документы юридических лиц, направляемые в органы иностранного государства. Отказ в проставлении апостиля может быть обжалован и в общем судебном порядке.

Специальный режим. Гаагская конвенция не препятствует применению международных соглашений, которые устанавливают более либеральный режим признания иностранных документов. Проставление апостиля не требуется, если законы, правила или обычаи, действующие в государстве, в котором представлен документ, либо договоренность между договаривающимися государствами отменяют или упрощают данную процедуру или освобождают документ от легализации (ч. 2 ст. 3). Если двусторонний международный договор между государствами-участниками устанавливает более жесткие правила (консульская легализация), то применяется более либеральный режим Конвенции 1961 г. (ст. 8).

По Договору между СССР и Грецией о правовой помощи по гражданским и уголовным делам (1981 г.) освобождаются от легализации только официальные документы, выданные или направляемые в связи с оказанием правовой помощи. Данное правило не может применяться, Россия и Греция – участники Гаагской конвенции 1961 г., которая имеет приоритет по сравнению с двусторонним договором.

Тема 17
Транснациональное банкротство (международное конкурсное право)

Ануфриева, Л. П. Международное частное право: учебник в 3 т. Т. 3: Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. М., 2001.

Кузьмина, А. П. Европейская модель трансграничной несостоятельности// Международное публичное и частное право. 2005. № 4.

Кулешов, В. В. Унификация правового регулирования трансграничной несостоятельности в рамках ЮНСИТРАЛ// Московский журнал международного права. 2001. № 3.

Летин, А. Б. Трансграничная несостоятельность как объект науки международного частного права// Государство и право. 2003. № 8.

Попова, Е. В., Попов, Е. В. Трансграничное банкротство// Законодательство. 2005. № 4.

Попондопуло, В. Ф. Трансграничная несостоятельность/ в кн.: Международное коммерческое право. М., 2004.

Степанов, В. В. Несостоятельность (банкротство) в России, Франции, Англии, Германии. М., 1999.

Ткачев, В. Н. Теоретические и практические проблемы трансграничной несостоятельности// Журнал российского права. 2007. № 4.

17.1
Понятие и специфика транснационального банкротства (трансграничной несостоятельности)

Несостоятельность (банкротство) представляет собой «состояние имущества должника, судебным порядком установленное, которое дает основание предполагать недостаточность его для равномерного удовлетворения всех кредиторов» (Г. Ф. Шершеневич). Наиболее общим образом несостоятельность можно определить как признанную судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов (В. Ф. Попондопуло, Л. Панзани).

Отношения, возникающие в ходе реализации процедур несостоятельности, относятся к числу гражданско-правовых (возникают по поводу имущества субъекта гражданского права). Эти отношения имеют место в ходе реализации процедур несостоятельности, поэтому наряду с материально-правовыми нормами в законодательство о банкротстве традиционно включаются нормы процессуально-правового характера (порядок возбуждения и разрешения дел о банкротстве).

В силу особой сложности законодательства о несостоятельности, которое включает и материально-правовые, и процессуально-правовые нормы, невозможно сделать однозначный вывод о принадлежности законодательства о несостоятельности к той или иной отрасли права (А. Б. Летин). Регулирование отношений несостоятельности сочетает и частно-правовой, и публично-правовой аспекты.

В соответствии с Федеральным законом от 26 октября 2002 г. № 127ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» несостоятельность – это «признанная арбитражным судом неспособность должника в полном объеме удовлетворить требования кредиторов по денежным обязательствам и (или) исполнить обязанность по уплате обязательных платежей».

Национальное правовое регулирование несостоятельности существенно различается. Это касается критерия несостоятельности; круга лиц, которые могут быть признаны несостоятельными; процедуры банкротства; особенностей банкротства отдельных категорий должников. Если несостоятельный должник и кредиторы имеют разную национальную принадлежность либо имущество несостоятельного должника находится в разных странах, возникает проблема транснационального банкротства.

В доктрине используются разные термины: международные, многонациональные, экстерриториальные, трансграничные банкротства, трансграничная и транснациональная несостоятельность, трансграничное производство. Наиболее точным представляется термин «трансграничная несостоятельность (банкротство)» – территориальный характер процедур в рамках национальной правовой системы имеет эффект за границей (Е. Б. Леанович).

Поскольку отношения в связи с несостоятельностью – это прежде всего частные имущественные отношения, можно утверждать, что проблемы транснационального банкротства входят в сферу действия МЧП.

Особый характер норм законодательства о несостоятельности порождает проблему, куда следует включить институт транснационального банкротства: в собственно МЧП или в МГП. Система МЧП включает коллизионные, материальные и процессуальные нормы, объединенные по единому признаку, – наличие связи с иностранным правопорядком. МГП представляет собой самостоятельный элемент системы МЧП. Представляется возможным включить в систему норм МЧП и совокупность материально-процессуальных норм, регулирующих трансграничную несостоятельность (crossborder insolvency).

ЮНСИТРАЛ определяет трансграничную несостоятельность как случаи, когда несостоятельный должник имеет активы в нескольких государствах или когда в числе кредиторов должника имеются кредиторы из другого государства, чем то, в котором осуществляется производство по делу о несостоятельности. Как и во всех других ситуациях, подпадающих в сферу действия МЧП, отношение должно характеризоваться проявлением юридической связи с правопорядками двух и более государств (Л. П. Ануфриева).

Юридическая связь с правопорядками разных государств в процедурах несостоятельности проявлется при наличии нижеперечисленных обстоятельств:

– правовая связь лица с двумя и более государствами через институты гражданства, домицилия, места нахождения, места инкорпорации, места ведения бизнеса;

– должник не является резидентом страны суда;

– кредиторы не являются резидентами страны суда;

– в процедуре банкротства принимает участие иностранный управляющий;

– место нахождения дочерних компаний и предприятий – за границей;

– наличие имущества в разных государствах;

– наличие обязательств перед кредиторами из других государств;

– возникновение обязательств данного лица за рубежом из деликта, договора или какого-либо другого основания, если это обязательство должно регулироваться правом иностранного государства по отношению к должнику;

– в отношении одного субъекта процедуры несостоятельности могут быть возбуждены в нескольких государствах.

Проблемы, возникающие в трансграничной несостоятельности:

– необходимость определить, под юрисдикцию какого государства подпадает конкретное дело;

– определение применимого права;

– признание за рубежом действительности и правовых последствий открытия процедуры несостоятельности;

– сотрудничество и координация производств в судах разных государств;

– международные механизмы признания и исполнения иностранных решений не распространяются на вопросы трансграничных банкротств.

При определении надлежащей юрисдикции трансграничного банкротства предпочтение, как правило, отдается стране, в которой находится основное место деятельности («центр жизненных интересов») должника. Действует территориальный принцип – подсудность «по месту нахождения ответчика». Во многих юрисдикциях подсудность имеет альтернативный характер – компетентны в том числе правоприменительные органы по месту нахождения имущества должника.

17.2
Особенности производства по делам о трансграничной несостоятельности

В доктрине существует два основных метода правового регулирования трансграничной несостоятельности:

– принцип единства и универсальности производства (теория единого производства);

– принцип множественности территориальных производств (теория параллельных производств).

Теория единого производства заключается в том, что все основные процедуры и главные процессуальные действия должны проходить в одном месте (по месту домицилия или ведения основного бизнеса должника). Теория параллельных производств – в отношении одного субъекта проходят независимые территориальные производства параллельно в нескольких государствах.

Система территориальных производств ограничивает действие процедур по банкротству территорией государства суда. Если у должника активы разбросаны по всему миру, то в каждой отдельной стране должна проводиться отдельная процедура банкротства. Каждому кредитору необходимо заявить свои требования во всех странах, где открывается процесс.

Основные преимущества теории единого производства (Ф. Р. Вуд, В. В. Степанов):

– действия всех кредиторов легче проконтролировать;

– увеличивается возможность применения реабилитационных моделей, что позволяет более эффективно сохранять целостность активов;

– низкая стоимость затрат на проведение процедуры;

– все кредиторы принимают участие в процедуре на равном основании, на основании одного применяемого закона;

– все активы должника собираются в одном месте;

– применяются единые правила по ограничению действий кредиторов;

– кредиторы могут предположить, какое право будет применяться в случае несостоятельности их контрагента.

Наиболее существенные преимущества модели единого производства – облегчение контроля за действиями кредиторов, возможность применения реабилитационных процедур в отношении должника.

Основные недостатки модели единого производства (Ф. Р. Вуд):

– различие между законодательством страны открытия процедуры и стран, включающих иностранный элемент производства;

– кредиторам приходится участвовать в процедуре несостоятельности в соответствии с положениями иностранного права, которое им незнакомо;

– кредиторам приходится нести дополнительные расходы в связи с участием в иностранном производстве. Это особенно актуально применительно к кредиторам с небольшими суммами требований;

– проблема определения юрисдикции с учетом критериев домицилия и места основного ведения бизнеса;

– в законодательстве страны единого производства могут существовать ограничения на расчеты с нерезидентами;

– активы, которые находятся на территории других стран и могли бы быть использованы для удовлетворения местных кредиторов, могут пойти на удовлетворение фискальных

претензий и обязательств из трудовых отношений в стране единого производства (привилегированное положение этих требований).

Основной недостаток универсальной процедуры – иностранный суд назначает управляющего, которому делегируются полномочия собственника на имущество должника и который ставит вопрос о выводе всех активов должника с территории других государств под юрисдикцию суда, открывшего производство. В такой ситуации необходимо учитывать интересы кредиторов, находящихся под юрисдикцией государств, на территории которых находится имущество должника. Теоретически все кредиторы равны (принцип равенства кредиторов), но на практике возможность удовлетворения требований кредиторов-нерезидентов forum concursus представляется менее вероятной.

Недостатки теории параллельных производств (А. Флетчер):

– отсутствие скоординированных действий управляющих и ликвидаторов параллельных производств;

– дублирование усилий заинтересованных лиц;

– излишнее расходование ресурсов кредиторов и должника;

– аннулирование законных ожиданий кредиторов в связи с открытием производств в других юрисдикциях;

– различие национальных коллизионных норм в случае необходимости их применения для решения вопросов, возникающих в ходе процедуры несостоятельности.

В доктрине высказывается мнение, что оптимальное решение проблемы правового регулирования трансграничной несостоятельности – механизм, основанный на сочетании основного и вторичного производств по делу о несостоятельности. «Смешанная» процедура трансграничной несостоятельности может заключаться в том, что классификация и удовлетворение требований кредиторов осуществляются по закону территориального производства, а принятие стратегических решений о судьбе предприятия должника – согласно законодательству страны, где открыто универсальное основное производство. Такой подход по существу закреплен в праве ЕС (В. В. Хайрюзов).

Во Франции и Италии для осуществления процедур банкротства признается назначение иностранным судом конкурсного управляющего. Конкурсный управляющий не может непосредственно исполнить решение иностранного суда. Он не может обратить взыскание на имущество иностранного предприятия без судебного приказа национального судьи. Для исполнения решения иностранного суда управляющий должен иметь экзекватуру национального суда. Прежде чем национальный суд выдаст экзекватуру, управляющий смотрит, не подан ли против такого предприятия иск и не открыто ли уже производство по делу о банкротстве (Л. Панзани).

17.3 Коллизионные проблемы трансграничной несостоятельности

Основная проблема регулирования трансграничного банкротства – вопрос о применимом праве (М. В. Телюкина). Процедуры банкротства по большей части представляют собой вопросы процесса, поэтому право страны суда (страны открытия производства – lex fori concursus) регулирует большинство вопросов. Однако lex fori concursus не всегда адекватно может решить проблемы оснований для признания статуса и круг полномочий управляющего, отнесения имущества, находящегося за границей, к конкурсной массе, очередность в удовлетворении кредиторов. Кроме того, есть правоотношения, объективно отделяемые от банкротства, например обязательства должника перед кредиторами (Е. Б. Леанович). Применимое к таким отношениям право определяется на основе коллизионных норм страны суда (lex fori concursus).

В 2005 г. ЮНСИТРАЛ приняла Руководство для законодательных органов по вопросам законодательства о несостоятельности в качестве справочного документа при подготовке новых законов и правил. Рекомендации Руководства не предназначены для включения в национальное законодательство в существующем виде. В Руководстве подчеркивается, что в процессе о несостоятельности наиболее сложные проблемы возникают относительно права, которое будет применяться к вопросам действительности и юридической силы прав в активах должника, к режиму таких активов, прав или требований иностранных сторон. В целом производство по делу о несостоятельности, как правило, регулируется правом государства, в котором оно возбуждено (lex fori concursus), но во многих государствах приняты исключения из применения этого права.

Типичной является ситуация, когда вопросы открытия, ведения, завершения производства и управления им регулируются lex fori concursus. Эти вопросы включают:

– определение должников, к которым могут применяться нормы законодательства о несостоятельности;

– определение сторон, которые могут ходатайствовать об открытии производства по делу о несостоятельности;

– определение условий, которые должны быть удовлетворены;

– последствия открытия производства, включая объем применения моратория;

– организацию управления имущественной массой;

– полномочия и функции участников;

– правила относительно приемлемости требований;

– приоритет и очередность требований;

– правила распределения.

Для определения последствий несостоятельности относительно действительных прав и требований предусматриваются исключения из применения lex fori concursus. Цель исключений состоит не в том, чтобы изменить право, применимое к вопросам о действительности и исковой силе (которое определяется на основе коллизионных норм суда), а изменить право, применимое к последствиям несостоятельности. Вместо lex fori concursus последствия о несостоятельности могут регулироваться правом, применимым к вопросу о действительности и юридической силе. Последствия о несостоятельности для права на зачет могут определяться не lex fori concursus, а законом, применимым к праву на зачет.

В некоторых законодательствах устанавливаются исключения из применения lex fori concursus для охраны прав или интересов, особо защищаемых иностранным законодатель-

ством. Например, в отношении трудовых договоров предусматриваются специальные (часто императивные) защитные меры в виде создания финансовой системы безопасности для работников, установления ограничений на расторжение или изменение трудовых договоров в случае несостоятельности. Обоснование таких положений – защита разумных ожиданий работников в отношении их трудового контракта, принцип «защиты слабой стороны».

Гаагская конвенция о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (2006 г.), разграничивает право Конвенции (lex causae) и применимое право о несостоятельности (lex concursus) в контексте процедуры несостоятельности. Возникшие до инициирования процедуры несостоятельности права, которые являются действительными и были оформлены в соответствии с Конвенцией, должны соблюдаться в рамках процедуры несостоятельности. Однако такие права не исключаются из сферы действия общих норм о несостоятельности, касающихся, например, очередности удовлетворения требований, принудительного соблюдения прав и признания недействительными сделок, совершенных с целью обмана кредиторов.

Конвенция 2006 г. применяется ко всем вопросам, касающимся событий, имевших место до открытия процедуры несостоятельности (прямая продажа или предоставление обеспечительного интереса). Суд по делам о несостоятельности или управляющий конкурсной массой не могут отказать в признании применимого права просто потому, что данное право не было установлено или окончательно оформлено в соответствии с lex concursus.

Lex concursus определяет, в какой мере правами можно воспользоваться в рамках процедуры несостоятельности. Например, обеспечительный интерес, окончательно оформленный в соответствии с Конвенцией в течение «подозрительного периода», может быть признан недействительным в качестве «предпочтения» или «мошеннической передачи». Приоритет такого интереса, существовавший до открытия процедуры несостоятельности в соответствии с Конвенцией 2006 г., может быть заменен нормой законодательства о несостоятельности страны суда, которая регулирует очередность удовлетворения требования, в той же степени, что и применительно к обеспечительному интересу.

Последствия производства по делу о несостоятельности для расторжения, продолжения или изменения трудовых договоров могут регулироваться правом, применимым к трудовому договору.

В некоторых законодательствах исключение из действия lex fori concursus предусматривается применительно к обеспечительным интересам. Это решение предполагает, что право, регулирующее вещные права, будет определять их юридическую силу в случае производства о несостоятельности. Статус вещного обеспечительного интереса в производстве о несостоятельности, открытом за границей, определяется нормами о несостоятельности, закрепленными в праве, применимом к обеспечительному интересу.

Во многих законодательствах о несостоятельности предусматривается, что правом, регулирующим расторжение сделок, должен быть lex fori concursus даже в тех случаях, когда согласно коллизионным нормам страны суда сделки, подлежащие расторжению, регулируются иностранным правом. В других юрисдикциях применяется подход, согласно которому право, регулирующее сделку, регулирует и действия по расторжению этой сделки.

Наиболее взвешенным представляется подход, сочетающий lex fori concursus и общий статут сделки:

– сделка не подлежит расторжению при несостоятельности, если она не подлежит расторжению согласно праву государства, в котором открыто производство о несостоятельности, и праву, регулирующему сделку;

– сделка может быть расторгнута, если такое расторжение может быть произведено либо согласно праву государства суда, либо согласно праву, регулирующему сделку.

Принципиальные соображения, лежащие в основе исключений из применения lex fori concursus, должны оцениваться с учетом других соображений, являющихся ключевыми для производства по делу о несостоятельности (максимальное повышение стоимости имущественной массы в интересах всех кредиторов; равный режим для всех кредиторов, находящихся в одинаковом положении). Применение права государства суда в производстве о несостоятельности позволяет избежать дорогостоящих и длительных судебных тяжб. Во многих случаях применение lex fori concursus к вопросам последствий несостоятельности может сократить издержки и расходы, т. е. максимально повысить стоимость имущественной массы в интересах всех кредиторов.

17.4
Национально-правовое регулирование отношений трансграничного банкротства

Практика транснациональных банкротств в странах ЕС показывает, что «основная идея всех современных систем правового регулирования несостоятельности заключается в том, что гораздо целесообразнее сохранить действующее предприятие, чем распродать его по частям». Страны ЕС можно разделить на две группы, каждой из которых свойственна своя модель правового регулирования: рыночно-ориентированная и социально-ориентированная.

Законодательство стран, придерживающихся рыночно-ориентированной модели регулирования, подходит к проблеме несостоятельности как к проблеме всех участников рынка в целом. Роль правового регулирования – предотвратить снижение ценности имущественного комплекса должника вследствие односторонних действий кредиторов по взысканию долгов. Данная модель воспринята Германией, Данией, Северной Ирландией, Англией.

Законодатель в странах, придерживающихся социально-ориентированной модели регулирования, видит в несостоятельности проблему распределения убытков и потерь среди членов общества (не только лиц, участвующих в производстве по делу, но и тех, кто прямо не принимает участия). Интересы кредиторов подчиняются общей политике, проводимой в отношении несостоятельного должника. Эта модель воспринята Францией, Италией, Португалией, Швецией.

МЧП Великобритании придерживается прагматической позиции в отношении регулирования трансграничной несостоятельности – в целях обеспечения справедливого отношения к участвующим в процедуре лицам, руководствуясь понятием здравого смысла, считается допустимым отказаться от принципа единства и универсальности производства по делам о трансграничной несостоятельности. «В таких случаях допускается открытие параллельных ликвидационных процедур, хотя целью английского законодательства является стремление по крайней мере способствовать сотрудничеству соответствующих ликвидаторов, если это возможно на практике».

Английское право признает, что принципы единства и универсальности производства по делам о несостоятельности «представляют собой если не идеал, то по крайней мере идеализированное решение проблемы». С другой стороны, в английском праве проводится различие между признанием иностранного судебного решения, затрагивающего юридический статус компании, и признанием иностранного решения, затрагивающего правовой титул на активы должника, их предназначение или предусматривающего освобождение должника от обязательств.

Английское законодательство о компаниях предусматривает верховенство права страны инкорпорации компании в вопросах ее создания, деятельности и ликвидации тем или иным способом. Страна инкорпорации компании признается надлежащей юрисдикцией для осуществления контроля за процедурами несостоятельности, инициированными в отношении должника, поэтому английское право признает действительность иностранного судебного акта, объявляющего несостоятельную компанию банкротом.

Принципы единства и универсальности производства уступают место юрисдикции английских судов по делам о несостоятельности, если должным образом прекратившая свое существование компания имеет активы на территории Англии, которые остались нераспределенными. В такой ситуации в соответствии с английским правом возникает необходимость дополнительной ликвидационной процедуры, в рамках которой прекратившая существова-

ние компания может быть ликвидирована повторно в Англии. Активы, находящиеся под юрисдикцией английских судов, могут быть распределены в рамках ликвидационной процедуры в соответствии с английским законодательством.

В США дела о банкротстве регулируются Кодексом законов о банкротстве (титул 11 Свода федеральных законов). Отдельные штаты не имеют законодательных полномочий в части банкротства. Надзор и судебное производство по процедурам банкротства в США осуществляют федеральные суды по делам о банкротстве – специализированные суды, входящие в состав федеральных окружных судов США.

Конгресс США в 1978 г. ввел в действие разд. 304 Кодекса, который в 2005 г. был пересмотрен и заменен гл. 15 «Вспомогательные процедуры и другие международные дела». Нововведения увеличили количество возможностей, применяемых в поддержку иностранных процедур банкротства. Предусматривается взаимное признание иностранных судебных процедур и возможность возбуждения производства о несостоятельности в отношении иностранных компаний.

Глава 15 инкорпорировала Типовой закон о трансграничной несостоятельности ЮНСИТРАЛ (Н. Дж. Салтзман). Американские суды могут оказывать содействие в поддержке иностранных процедур банкротства, включая санкционирование судом запроса на информацию, изъятие активов, приостановку рассматриваемых исков и другие действия.

Иностранное право (закона места рассмотрения дела о банкротстве) применяется, если его применение не будет нарушать законы и публичный порядок США и если иностранные суды действуют в соответствии с правилами процессуальной открытости и справедливости. Американские суды должны оценить законодательство иностранной юрисдикции, для которой испрашивается процессуальная поддержка, и рассмотреть вопросы:

– насколько справедливо иностранная юрисдикция относится к кредиторам;

– насколько иностранная юрисдикция препятствует мошенническому сокрытию собственности должника;

– являются ли американские кредиторы защищенными против предвзятого рассмотрения их требований;

– способ, которым производится распределение активов должника.

В ФРГ решения иностранных судов по делам о банкротстве могут быть признаны на началах взаимности – «германские суды могут признавать иностранные судебные решения в отношении активов, находящихся на территории Германии». Признание иностранных производств не исключает открытия в Германии отдельного производства о банкротстве, которое будет ограничено активами, находящимися в Германии.

Указанное правило не подлежит применению, если дело неподсудно судам государства по месту возбуждения производства, или признание иностранного производства ведет к результату, явно не совместимому с основными принципами германского права. Если за границей против должника возбуждено производство по делу о банкротстве, для возбуждения такого производства в ФРГ не требуется доказывать его неплатежеспособность (Е. А. Колиниченко).

Проблема трансграничного банкротства подробно урегулирована в Закон о МЧП Швейцарии (ст. 166–175). Иностранное решение о несостоятельности, вынесенное в государстве места жительства должника, признается в Швейцарии по заявлению конкурсного управления или кредитора при условии, что:

– решение вступило в законную силу в государстве его вынесения;

– отсутствуют основания для отказа в признании, предусмотренные швейцарским правом;

– государство, в котором вынесено решение, обеспечивает взаимность.

Заявление о признании иностранного решения о несостоятельности должника подается в швейцарский суд по месту нахождения имущества, а если оно находится в разных местах, суд, первым принявший дело к производству, обладает исключительной компетенцией.

Местом нахождения прав требования несостоятельного должника считается место жительства его должника. Если у должника есть филиал в Швейцарии, то до окончания составления реестра требований кредиторов может проводиться «процедура преследования за долги». С момента подачи заявления о признании иностранного решения о несостоятельности суд вправе по просьбе заявителя принять обеспечительные меры.

Решение о признании иностранного решения о несостоятельности должника подлежит опубликованию, сообщается в службу по делам несостоятельности и преследований за долги, хранителю земельного реестра, уполномоченному торгового реестра по месту нахождения имущества и в подлежащих случаях в Федеральный институт интеллектуальной собственности. Признание иностранного решения о несостоятельности имеет для находящегося в Швейцарии имущества должника правовые последствия, которые швейцарское право связывает с признанием должника несостоятельным. К искам о признании недействительными сделок несостоятельного должника по распоряжению имуществом применяется швейцарское право.

В Швейцарии признается мировое соглашение или аналогичная ему процедура, утвержденная компетентным иностранным органом. Суд обязан заслушать кредиторов, имеющих место жительства в Швейцарии.

В России легальное понятие «правовое регулирование трансграничной несостоятельности» отсутствует. Правовую основу регулирования составляют международные договоры о правовой помощи. Федеральный закон «О несостоятельности (банкротстве)» предусматривает, что российским и иностранным кредиторам, участвующим в производстве по делу о банкротстве, предоставляются равные права. При отсутствии международных договоров решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории РФ на началах взаимности, если иное не предусмотрено федеральным законом.

В доктрине разработан комплекс рекомендаций по приведению российского конкурсного законодательства в соответствие с мировыми стандартами, по урегулированию вопросов трансграничной несостоятельности (В. Ф. Попондопуло):

– регулирование должно осуществляться путем принятия федерального закона на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности;

– присоединение России к Европейской конвенции 1990 г. о некоторых международных аспектах банкротства (ETS № 136) (г. Стамбул, 5 июня 1990 г.);

– заключение двусторонних соглашений;

– необходимо урегулировать отношения трансграничного банкротства в ГК РФ (определить право, подлежащее применению к отношениям трансграничного банкротства) и в Федеральном законе «О несостоятельности (банкротстве)» (определить исключения из правила о взаимности; установить возможность и условия открытия отдельного производства; предусмотреть меры обеспечения требований российских кредиторов при банкротстве иностранного должника).

17.5 Международно-правовое регулирование трансграничной несостоятельности

Попытки разработать универсальное международное регулирование вопросов трансграничной несостоятельности предпринимаются в течение более 100 лет. Гаагской конференцией по МЧП в 1925 г. была подготовлена Конвенция о банкротстве (в силу не вступила); на региональном уровне известна Конвенция северных стран о банкротстве (1933 г.); в течение многих лет разрабатывается Конвенция о банкротстве стран Бенилюкса; Организацией по гармонизации коммерческого права стран Африки (ОГАДА) принят Единообразный закон о несостоятельности (1999 г.).

Проект Европейской конвенции о трансграничной несостоятельности (1960 г.) основан на принципе единого производства. Предполагалось, что возбуждение производства о несостоятельности в одном из договаривающихся государств исключает открытие аналогичных производств в других государствах. Конвенция 1960 г. даже не была открыта для подписания. В 1980 г. была подготовлена Брюссельская конвенция о банкротстве, мировых соглашениях и аналогичных процедурах. За основу принят принцип параллельных производств. Конвенция в силу не вступила.

Действующее унифицированное регулирование транснационального банкротства имеет место на региональном уровне. Кодекс Бустаманте (разд. IX) закрепляет смешанную систему конкурсного производства: «Если неплатежеспособный должник, по делам которого назначен конкурс или объявлена несостоятельность, имеет только один домициль, может быть только одно охранительное производство по несостоятельности, только одна приостановка платежей, одно соглашение об отсрочке для всех его имуществ и обязательств в договаривающихся государствах. Если одно и то же лицо имеет больше чем в одном из договаривающихся государств различные предприятия, раздельные экономически, то может быть столько охранительных процедур по несостоятельности, сколько торговых предприятий» (ст. 414, 415).

Объявление банкротства или несостоятельности, произведенное в одном государстве, подлежит исполнению в других государствах по формам, установленным для судебных решений; оно влечет в отношении лиц, против которых произведено, все последствия решения, вступившего в законную силу (ст. 417). Полномочия и функции синдиков (управляющих), назначенных в одном из договаривающихся государств, имеют внеземельные (экстерриториальные) последствия в прочих государствах без необходимости выполнения каких-либо местных формальностей. Обратная сила объявления банкротства или несостоятельности и аннулирование некоторых актов в силу этих решений определяются законом данной процедуры и признаются на территории других государств.

Любое производство ведется на основе lex fori concursus. Вещные иски и вещные права подчинены, невзирая на объявление банкротства или несостоятельности, закону места нахождения вещей, и компетенции суда места нахождения вещи (ст. 420). Соглашение между кредиторами и банкротом или несостоятельным должником имеет внеземельные последствия, за исключением права на вещный иск кредиторов, которые не приняли этого соглашения. Восстановление банкрота в правах (реабилитация) имеет внеземельные последствия, считая со дня окончательного вступления в силу судебного решения, которым определено восстановление в правах.

В 1990 г. принята Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства (в силу не вступила). Конвенция не опирается на принцип единого производства.

Ее основные идеи – взаимное признание полномочий ликвидатора (конкурсного управляющего), особенно в отношении сбора активов; возможность параллельных (вторичных) производств в государствах по месту нахождения активов должника. Основное правило подсудности – преимущество отдается судам и другим органам государства-участника, где должник имеет центр деловой активности (место нахождения руководящих органов). Дополнительное правило подсудности – суды и другие органы государства-участника, на территории которого должник осуществляет ведение хозяйственной деятельности, также обладают компетенцией возбуждать производство по делу о банкротстве.

В рамках параллельных производств подлежат удовлетворению требования, обеспеченные имуществом должника, и иные требования приоритетных кредиторов (требования работников, налоговых органов). Вторичное банкротство регулируется правом того государства-участника, в котором открыто основное банкротство.

Положения данной Конвенции составили основу Конвенции ЕС о процедурах банкротства (1995 г.), Регламента Совета ЕС № 1346/2000 о производстве по делам о несостоятельности, Типового закона ЮНСИТРАЛ по трансграничным банкротствам (1997 г.).

ЮНСИТРАЛ в сотрудничестве с Международной ассоциацией специалистов по вопросам несостоятельности (ИНСОЛ) был подготовлен Типовой закон о трансграничной несостоятельности (г. Вена, 30 мая 1997 г.) – законодательный текст, который государствам рекомендуется принять в качестве части своего национального законодательства.

Типовой закон рассчитан на ситуации, когда большинство кредиторов находятся в одном государстве, а активы – в нескольких. При равномерном распределении активов и кредиторов в нескольких государствах Закон может регулировать только информационный обмен между судами и иными компетентными органами, предоставление информации иностранным кредиторам (В. Ф. Попондопуло).

Основная цель Типового закона – взаимодействие между судами различных государств, защита интересов всех кредиторов и должника. Производство по делу о банкротстве считается основным, если оно было инициировано в государстве, где находится центр деловой активности должника. В государстве по месту нахождения активов должника может быть возбуждено параллельное производство.

По месту нахождения центра деловой активности должника инициируется «основное производство». Это положение, как и положения о признании полномочий иностранного представителя или судебной помощи, свидетельствует о признании метода единого производства. Однако Типовой закон все же основан на методе параллельных производств.

Трансграничная несостоятельность имеет место, если:

– должник обладает активами в нескольких государствах;

– в числе кредиторов присутствуют иностранные лица.

В основе процедуры трансграничной несостоятельности лежит ее деление на основную и неосновную (ст. 2), включение в нее всех судебных и административных процедур, имеющих место в нескольких странах. Лицо, уполномоченное вести реорганизацию или ликвидацию должника, получает право напрямую обращаться к компетентным органам иностранных государств (ст. 5). Иностранное лицо, уполномоченное вести реорганизацию или ликвидацию должника, может напрямую обращаться в суд страны, принявшей Типовой закон (ст. 9). Такое иностранное уполномоченное лицо имеет право возбуждать процедуру в суде, участвовать в уже начатом процессе (ст. 11, 12). Суд имеет право напрямую обращаться в суды или к уполномоченным лицам иностранных государств (ст. 25).

Типовой закон уравнивает в правах иностранных и местных кредиторов, обязывая суды принимать меры, необходимые для уведомления иностранных кредиторов. Иностранное уполномоченное лицо имеет право обратиться в суд с иском о признании иностранной

процедуры. Суд выносит решение о признании иностранной процедуры в качестве основной либо неосновной (п. 2 ст. 17).

В результате решения о признании иностранной процедуры иностранное уполномоченное лицо может получить право распоряжаться активами должника, находящимися в этой стране (ст. 21). Иностранное уполномоченное лицо имеет право участвовать во всех процедурах, одной из сторон которых является должник (ст. 24).

Типовой закон не запрещает возбуждение процедуры несостоятельности (банкротства) в государстве, суд которого признал иностранную процедуру основной. Для этого достаточно соблюдения требований национального законодательства, касающихся начала такой процедуры. Типовой закон рассматривает признание иностранной процедуры в качестве основной как доказательство того, что должник является несостоятельным (ст. 31).

При параллельном производстве требования кредиторов, обеспеченные залогом имущества должника, а также другие требования или приоритетные кредиторы (работники, налоговые органы) могут быть удовлетворены. Кредиторы, проживающие в государстве, в котором возбуждено параллельное производство, могут обратиться за удовлетворением своих требований за счет активов и кредитов должника, собранных в параллельном производстве. Эти кредиторы могут предъявить свои требования и в основном производстве (Л. Панзани).

Статус управляющего, правовое положение должника, порядок формирования конкурсной массы, другие процессуальные моменты определяются согласно lex fori concursus. Признание основного производства влечет автоматическое приостановление рассмотрения в судах признавшего государства всех требований в отношении имущества должника и исполнительных производств; устанавливается запрет на отчуждение активов должника. При признании основного производства параллельный конкурсный процесс ограничивается активами должника, находящимися в данном государстве.

Статья 31 Типового закона устанавливает презумпцию банкротства – возбуждение конкурсных процессов возможно даже тогда, когда на территории признающего государства должник не обладает признаками несостоятельности.

Проект Соглашения о трансграничной несостоятельности (1995 г.) подготовлен комитетом J (Конкордат по международной неплатежеспособности Международной ассоциации адвокатов) и построен на идее комбинированного подхода – использование методов единого и параллельных производств. «Центральный форум» (компетентный суд), юрисдикция которого определяется местом ведения основной деятельности должника, призван координировать сбор и управление активами несостоятельного должника.

В рамках параллельных (вторичных) производств по правилам национального законодательства о банкротстве удовлетворяются только требования кредиторов, обеспеченные залогом имущества должника, и иные приоритетные требования. Оставшиеся активы должника переводятся в центральный форум. Производство в центральном форуме осуществляется по правилам государства центрального форума и признается во всех договаривающихся государствах.

В области банкротства действуют двусторонние соглашения о регулировании вопросов несостоятельности юридических и физических лиц: франко-швейцарская конвенция (1869 г.); бельгийско-голландское соглашение (1925 г.); франко-итальянская конвенция (1930 г.); германо-голландское соглашение (1962 г.); франко-австрийская конвенция (1979 г.). Общее в этих конвенциях – концепция единого производства. Подчеркивается, что осложнение судебного производства открытием параллельного разбирательства в суде другого государства не должно иметь места в связи с удвоением судебных расходов, увеличением длительности процесса и отсутствием возможности быстрого и результативного сотрудничества между судебными органами.

Судебная процедура, возбужденная в государстве по месту основного места нахождения должника, распространяется и на территорию стран, являющихся сторонами в договоре, но запрещает возбуждение в этих странах другой процедуры. Соглашения закрепляют признание юрисдикции домицилия или места основного ведения бизнеса, полномочий иностранного ликвидатора (управляющего).

17.6
Институт трансграничной несостоятельности в праве Европейского союза

Наиболее детально институт трансграничной несостоятельности регламентируется в праве ЕС. Конвенция ЕС о трансграничной несостоятельности (1995 г.) относится к сотрудничеству по вопросам банкротства в рамках ЕС и не распространяется на отношения государств – членов ЕС с третьими государствами. Конвенция максимально совмещает методы единого производства и вторичных производств, обеспечивает систему взаимодействия этих производств при трансграничной несостоятельности. Любое производство, открытое судом на территории ЕС, автоматически признается на территории остальных его членов.

Основное производство открывается в месте центра деловой активности должника. Признание основного производства на территории всех членов ЕС означает распространение действия этого производства на другие государства – члены ЕС. Признание основного производства на всей территории ЕС не исключает возможности открытия вторичных производств в государствах, в которых должник имеет свое учреждение или ведет деятельность.

Вторичное производство ограничивается активами, находящимися в соответствующем государстве. Оно может быть возбуждено раньше основного, если по праву государства вторичного производства условия для открытия производства наступили, а в государстве основного ведения бизнеса (возможного основного производства) такие условия еще не наступили. После возбуждения основного производства конкурсный управляющий имеет право требовать приостановления вторичного производства, если это будет способствовать увеличению активов или необходимо для заключения мирового соглашения.

Подчиняя вторичные производства основному, Конвенция обеспечивает координацию между ними. Вторичное производство не является специальным типом производства, это обычное производство по делу о банкротстве, к которому применяется национальное законодательство о несостоятельности.

Применимым правом является право государства, возбудившего соответствующее производство. Активы должника, находящиеся за пределами государства, в котором возбуждено производство, этим производством не затрагиваются. Конвенция 1995 г. допускает во вторичное производство только тех кредиторов, чьи требования признаны в основном производстве. В каждом вторичном производстве конкурсная масса распределяется в очередности, предусмотренной национальным законодательством. Оставшееся имущество передается в конкурсную массу основного производства.

Регламент ЕС № 1346/2000 о производстве по делам о несостоятельности вступил в силу в 2002 г. Частично он основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ (положение об основном и вторичном производстве). Регламент содержит многие положения Конвенции ЕС 1995 г. В преамбуле указано, что эффективная процедура трансграничной несостоятельности необходима для надлежащего функционирования единого рынка. Предприятия не должны иметь возможность переводить активы из одного государства – члена в другое в целях выбора наиболее благоприятного режима процедур банкротства (forum shopping).

Место рассмотрения дела о банкротстве в суде основного (первичного) производства определяется по принципу приоритета суда государства, в котором должник имеет центр основных интересов. Центр основных интересов – это страна, в которой расположена наибольшая часть имущественного комплекса или сконцентрирована экономическая активность должника. Если такой центр определить не удается, местом рассмотрения спора будет

место нахождения зарегистрированного офиса, для физического лица – место его проживания.

Условие применения Регламента – нахождение «центра основных интересов» несостоятельного должника на территории любого договаривающегося государства. Ключевое понятие Регламента – «центр основных интересов лица». Толкование этого понятия – компромисс между теориями оседлости и инкорпорации, но больше тяготеет к теории оседлости.

При открытии производства суд рассматривает ходатайство кредиторов, в котором они должны обосновать, почему в суд именно этого государства были заявлены требования о признании должника неплатежеспособным. Если суд сочтет обоснование кредиторов убедительным, документально подтвержденным и правомерным, он открывает производство по соответствующему делу. Если доводы кредиторов расценены судом как неосновательные, он должен передать дело в суд другой страны в рамках правила о домицилии.

Кредитор может обратиться с ходатайством об участии как в основной, так и в дополнительной процедуре. Управляющий (синдик), назначенный в рамках дополнительной процедуры, может попросить об участии в основной процедуре кредиторов, требования которых рассматриваются в дополнительной процедуре. В этом случае применяется «hotchpot rule», т. е. кредитор сохраняет имущество, которое он получил по одной из процедур, даже если другие кредиторы той же очереди не получили в другой стране соответствующего возмещения (Л. Панзани).

Процедура несостоятельности протекает на двух уровнях: универсальном и территориальном. Универсальная модель предполагает единую процедуру несостоятельности, объединяющую все активы должника, находящиеся в разных странах, взаимное признание государствами – членами ЕС последствий такой процедуры. Территориальная модель охватывает только активы должника, находящиеся на территории конкретного государства ЕС; последствия несостоятельности наступают лишь на его территории. Допускаются параллельные процедуры несостоятельности одновременно в нескольких государствах в соответствии с их национальным законодательством.

Применимое право – законодательство государства, в котором возбуждена как основная, так и вторичная процедуры. Право, применимое во вторичном производстве, определено Регламентом как синтез единых правил и норм национального законодательства страны места вторичного производства. Национальное законодательство определяет:

– очередность кредиторских требований;

– правовые последствия заключения сделок и контрактов;

– способы реализации имущества должника, составляющего конкурсную массу.

В рамках вторичного производства реализуется та часть имущества должника, которая расположена на территории государства места конкурсного производства.

Решение суда или иного компетентного органа государства о возбуждении основной процедуры несостоятельности подлежит немедленному признанию во всех договаривающихся государствах с момента его вынесения без каких-либо формальностей. Под признанием решения иностранного суда понимается признание его компетенции на вынесение данного решения и правовых последствий решения на территории других государств. Решение суда об открытии вторичного производства признается только на территории государства места вторичного производства; с его изданием действие правовых последствий основного производства на территории данного государства прекращается.

Любое государство – член ЕС может отказать в признании производства по делу о банкротстве, открытого в другом государстве, или отказать в исполнении постановления суда, принятого в связи с таким производством, если последствия такого признания или исполне-

ния явным образом противоречат государственной политике страны, ее основополагающим принципам или конституционным правам и свободам граждан.

Тема 18
Международный коммерческий арбитраж

Ануфриева, Л. П. Международное частное право. В 3 т. Т. 3: Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. М., 2001.

Богуславский, М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2006.

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

Канашевский, В. А. Международное частное право. М., 2006.

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

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М.: Статут, 2001.

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

18.1
Правовая природа международного коммерческого арбитража, его понятие и виды

Международный коммерческий арбитраж (МКА) – особый механизм рассмотрения международных коммерческих споров. Стороной спора может быть государство, но спор по своему содержанию имеет частно-правовой характер и второй стороной обязательно выступает лицо частного права: «Предметом арбитражного разбирательства может быть любой спор имущественного характера. Если в качестве одной из сторон арбитражного соглашения выступает государство, государственное предприятие или подведомственная государству организация, эта сторона не вправе ссылаться на свой закон с целью оспаривания подведомственности спора арбитражу или своей способности участвовать в арбитражном процессе в качестве стороны» (ст. 177 Закона о МЧП Швейцарии).

МКА (третейский суд) – это суд, избранный в соответствии с волей сторон для разрешения спора между ними. Спор рассматривается независимым арбитром, избранным сторонами на основе его профессиональных качеств в целях вынесения окончательного и обязательного для сторон решения. МКА изымает споры по вопросам толкования и исполнения коммерческих контрактов из компетенции национальных судов общей и специальной юрисдикции.

Отличительная особенность МКА – его характер как третейского суда, т. е. суда, создаваемого на основе автономии воли сторон и имеющего негосударственную природу. Термины «МКА» и «третейский суд» являются синонимами.

Термин «МКА», точно так же, как термины МЧП и МГП, имеет условный характер. «Международный» означает наличие в деле связи с иностранным правопорядком и относится к характеру рассматриваемых споров – возникающих из международной коммерческой сделки. МКА имеет третейский характер и учреждается в соответствии с национальным правом. Его деятельность – это деятельность национального правоприменительного органа на основе норм национального законодательства.

Указание «третейский суд» подчеркивает негосударственную природу МКА: это негосударственная, общественная организация, несмотря на то что она создается и функционирует на основе национального права. МКА – особое, специфическое явление правовой реальности. МКА имеет смешанную (материально-процессуальную) природу (Л. П. Ануфриева).

МКА – самостоятельная отрасль в системе МЧП; одновременно МКА в наибольшей степени связан с МГП. МГП – это рассмотрение гражданско-правовых споров, связанных с иностранным правопорядком, в государственных правоприменительных органах. МКА – это рассмотрение определенной категории гражданско-правовых споров (международных коммерческих споров) в негосударственных третейских судах. Исполнение решений МКА находится в компетенции государственных судебных органов.

Кроме МКА международные коммерческие споры могут рассматриваться:

– в системе специализированных государственных (хозяйственных, торговых) судов;

– в национальных (внутренних) третейских судах;

– национальными государственными судами общей юрисдикции.

Принципиальное отличие разбирательства споров в МКА от всех остальных способов рассмотрения подобных споров заключается в том, что МКА специально создан для разбирательства споров из международных коммерческих отношений, а потому в наибольшей степени компетентен по данным вопросам. Его преимущества:

1) обращение в МКА дает сторонам возможность не подчиняться строго регламентированному национальному правопорядку в отношении юрисдикции определенных правоприменительных органов, применимого права и процедуры рассмотрения споров;

2) процедура арбитражного разбирательства отличается простотой, она не урегулирована многочисленными процедурными нормами, регламентирующими судебную процедуру. Для МКА характерно относительно быстрое разбирательство;

3) арбитраж относительно дешев. В судах многих государств расходы на ведение процесса очень высоки (обязательное адвокатское представительство, институт судебного залога);

4) рассмотрение споров в МКА происходит в закрытом заседании, что гарантирует соблюдение коммерческой тайны. Арбитры обязаны сохранять тайну информации о рассмотренных спорах;

5) арбитраж – демократичный институт. Стороны могут влиять на все стадии арбитражного разбирательства: согласие сторон – обязательное условие обращения в арбитраж. Стороны имеют право на свободный выбор арбитров, процедуры, места и языка арбитражного разбирательства. Стороны могут изъять спор из сферы действия «писаного» права и потребовать решить его на основе принципов справедливости и доброй совести (ex aequo et bono);

6) арбитраж более компетентен, поскольку арбитры не должны иметь юридическое образование, а избираются из числа квалифицированных специалистов в различных областях коммерческой деятельности;

7) фундаментальный принцип арбитража – окончательный и обязательный характер арбитражного решения (res judicata). Арбитражное решение не подлежит изменению, не может быть пересмотрено по существу и должно исполняться в принудительном порядке. В Руководстве по арбитражу, изданном МТП, подчеркивается, что арбитражные решения обязательны для сторон, имеют силу закона и могут быть принудительно исполнены сходным с принудительным исполнением судебных решений путем.

МКА не является элементом государственной судебной системы и в своей деятельности не зависит от нее. Обращение сторон в арбитраж исключает рассмотрение спора в государственных судах. Если при наличии арбитражного соглашения одна из сторон обращается в суд, то суд либо по собственной инициативе, либо по требованию другой стороны должен отказать в принятии искового заявления или прекратить начатое производство по делу.

Государственные правоприменительные органы не вправе вмешиваться в деятельность МКА. Однако нельзя говорить о его изоляции от государственной судебной системы. В законодательстве предусмотрены процессуальные действия, связанные с исполнением арбитражных решений и выполняемые государственными судами:

– осуществление принудительных мер по предварительному обеспечению иска;

– принудительное исполнение арбитражного решения. Если арбитражное решение не исполняется сторонами добровольно, только национальные судебные органы имеют полномочия по его принудительному исполнению.

Основные источники права, регулирующие вопросы МКА, – международные договоры и национальное законодательство.

Единственный универсальный международный договор – Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (г. Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.). В основном правовой статус МКА регулируется на региональном уровне: Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (г. Женева, 21 апреля 1961 г.); Европейская конвенция о введении Единообразного закона об арбитраже (ETS № 56) (г. Страсбург, 20 января 1966 г.), Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже (1975 г.).

В системе источников права, регулирующих деятельность МКА, необходимо отметить документы, включаемые в состав lex mercatoria: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (1985 г.), Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (1976 г.), Арбитражный регламент Европейской экономической комиссии ООН (1966 г.).

Основной источник права в сфере МКА – автономия воли сторон, затрагивающая и материальные, и процессуальные аспекты арбитража.

Виды МКА: институционный и изолированный.

Институционный, или постоянно действующий, арбитраж создается при торговых (торгово-промышленных) палатах, биржах, ассоциациях, союзах. Это постоянно действующие организации, выполняющие административно-технические, консультативные и контрольные функции. Создаваемые при них МКА работают постоянно, имеют свой устав и правила процедуры. Основа функционирования институционного арбитража – специальный национальный закон и регламент МКА.

Арбитражное разбирательство основано на процедуре, установленной в регламенте. Есть список постоянных арбитров. Этот вид МКА наиболее предпочтителен при разбирательстве сложных дел, связанных с запутанными и трудно разрешимыми разногласиями, проблемами применимого права. В мире функционирует более 100 институционных арбитражей (Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты, Американская арбитражная ассоциация, Лондонский международный третейский суд).

Изолированный (разовый) арбитраж или арбитраж ad hoc (третейский суд ad hoc) создается сторонами для рассмотрения конкретного дела; после окончания разбирательства и вынесения решения прекращает свое существование. Стороны выбирают место проведения арбитража, устанавливают правила избрания арбитров и арбитражную процедуру. Изолированный арбитраж основан на практически неограниченной автономии воли сторон. Это наиболее эффективное средство разбирательства споров, связанных с фактическими обстоятельствами (проверкой качества товаров, определением их цены).

В изолированном арбитраже часто применяются типовые арбитражные регламенты: Арбитражный регламент Европейской экономической комиссии ООН, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ. Они имеют факультативный характер и применяются при наличии ссылки на них в соглашении сторон. Стороны вправе договориться о внесении любых изменений в правила регламентов.

В настоящее время наиболее широко распространенной является концепция МКА как института, не связанного ни национальным правом какого-либо государства, ни международными договорами; свободного решать споры на основе принципов морали и справедливости, общих принципов права, международного коммерческого права или правовых обычаев. Доктрина МКА как внегосударственного образования, свободного от применения национального и международного права и основанного только на автономии воли сторон, поддерживается МТП.

18.2
Арбитражное соглашение

Арбитражное соглашение представляет собой согласованную волю сторон о передаче спора между ними на рассмотрение в МКА. Специфика МКА заключается в добровольности обращения в арбитраж и одновременно – в обязательности арбитражного соглашения. Арбитраж может принять дело к производству только при наличии соглашения сторон. Особенность арбитражного соглашения: оно строго обязательно для сторон, которые не могут уклониться от передачи спора в арбитраж. Суд общей юрисдикции не вправе ни отменить арбитражное соглашение, ни пересмотреть решение арбитража по существу.

Арбитражное соглашение – это соглашение, выражающее волю сторон о передаче споров в арбитраж. Соглашение может иметь в виду все или только определенные споры; споры, которые уже возникли или которые могут возникнуть в будущем: «Арбитражное соглашение – это соглашение сторон о подчинении всех или отдельных споров, которые возникли или возникнут на основании отношений договорного или недоговорного характера» (ст. 1029.1 ГПК ФРГ).

Арбитражные соглашения могут быть нескольких видов:

– арбитражная оговорка – соглашение сторон контракта, непосредственно включенное в его текст, об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть потенциально из данного контракта. Это условие о передаче дела в арбитраж в случае возникновения спора в будущем, которое предусматривает юрисдикцию определенного арбитража. Арбитражная оговорка является наиболее распространенным видом арбитражного соглашения, своеобразным обеспечительным средством выполнения договорных обязательств;

– третейская запись – отдельное от основного контракта соглашение сторон об арбитражном разбирательстве уже возникшего спора. Наиболее предпочтительный вид арбитражного соглашения, так как соглашение сторон об арбитраже заключается, когда разногласия уже возникли и стороны представляют характер спора. На практике заключение третейской записи является трудно достижимым, поскольку интересы сторон, как правило, являются противоположными;

– арбитражный договор – самостоятельное соглашение между сторонами об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть в будущем в связи с данным контрактом или группой контрактов, или в связи с совместной деятельностью в целом. На практике арбитражный договор встречается довольно редко, – в основном если этого требует национальное законодательство (арбитражный договор по одному контракту) либо если между сторонами существуют устойчивые и разнообразные внешнеэкономические связи.

Все три вида арбитражного соглашения по сути ничем не отличаются, имеют одинаковую юридическую силу: это формы одного и того же явления – соглашения сторон об арбитражном разбирательстве. Национальные законы и международные договоры не проводят различий между отдельными видами арбитражных соглашений и используют для них единый термин «арбитражное соглашение». В Нью-Йоркской конвенции 1958 г. упоминаются все три вида арбитражных соглашений, которые имеют одинаковую юридическую силу.

Арбитражные соглашения делятся на безотзывные и зависимые (И. Кирилюк). Если государственный суд, в который поступил иск, обнаружив наличие действительного арбитражного соглашения, по собственной инициативе обязан прекратить производство по делу и направить стороны в арбитраж, то арбитражное соглашение имеет безотзывный характер (США). Если арбитражное соглашение является зависимым, государственный суд обязан принять дело к производству даже при наличии действительного арбитражного соглашения. Чтобы исключить компетенцию государственного суда, сторона в споре должна совершить

процессуальное действие – заявить отвод государственному суду (Закон РФ о МКА, Нью-Йоркская и Европейская конвенции).

Юрисдикция арбитража может быть основана на правилах международного договора – арбитражном соглашении между государствами. Межгосударственный договор обязателен и для национальных участников коммерческих споров, и для арбитражных органов, указанных в договоре. При наличии международного договора стороны не могут уклониться от передачи спора в арбитраж, и именно в тот, который указан в договоре. Арбитраж, в свою очередь, не может отказать в рассмотрении спора, ссылаясь на отсутствие специального соглашения сторон.

Арбитражное разбирательство международных коммерческих споров без наличия арбитражного соглашения предусмотрено в двусторонних договорах РФ с другими государствами о взаимном поощрении и защите инвестиций. В Договоре между Россией и Венгрией (1995 г.) закреплено правило: споры между инвестором и принимающей стороной, возникающие в связи с капиталовложениями, рассматриваются путем переговоров. Если в течение шести месяцев спор не будет решен таким образом, инвестор имеет право передать дело на рассмотрение:

– в арбитраж принимающего государства (арбитраж понимается в широком смысле – не только МКА, но и государственный арбитраж или даже компетентный суд общей юрисдикции);

– в Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты;

– в арбитраж ad hoc, созданный в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

Сходные положения закреплены в Договоре между Российской Федерацией и Швецией (1995 г.), но инвестору предоставлен только один способ разрешения споров: создание арбитража ad hoc. Эти международные договоры не ставят передачу инвестором спора в арбитраж в зависимость от наличия арбитражного соглашения между сторонами.

Общие основания для признания арбитражного соглашения действительным:

– надлежащая правосубъектность сторон;

– добровольность волеизъявления сторон;

– допустимость спора в качестве предмета арбитражного разбирательства;

– надлежащая форма арбитражного соглашения.

Принципиальная особенность арбитражного соглашения – его юридически автономный, самостоятельный характер по отношению к основному контракту, в связи с которым у сторон возникли разногласия. Арбитражное соглашение обладает правовой самостоятельностью, автономностью, поэтому его судьба и юридическая действительность не зависят от действительности основного контракта. Особое значение это положение имеет, если юрисдикция арбитража оговорена в тексте контракта в виде арбитражной оговорки, т. е. арбитражное соглашение – составная часть договора.

Исходя из общих принципов теории договорных обязательств, признание основного контракта недействительным автоматически может привести к признанию недействительности любой из его частей (в том числе арбитражной оговорки). Стороны лишаются права на независимое арбитражное разбирательство, включая рассмотрение вопроса о действительности контракта и вытекающих из него обязательств. Однако основополагающим принципом МКА выступает юридическая автономность арбитражного соглашения и принципиальная добровольность арбитражного разбирательства.

Признание контракта недействительным не приводит к аннулированию арбитражного соглашения, не лишает арбитров права рассматривать вопросы, связанные с недействительностью контракта. Этот принцип закреплен в большинстве национальных законов, в международных соглашениях, в арбитражной практике: «Действительность арбитражного согла-

шения не может быть оспорена на том основании, что основной договор недействителен или что арбитражное соглашение касается еще не возникшего спора» (ст. 178.3 Закона о МЧП Швейцарии).

Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) при Торгово-промышленной палате РФ придерживается практики, что действительность арбитражного соглашения не может быть опорочена недействительностью основного контракта. Арбитражное соглашение представляет собой материально-процессуальный договор, не зависимый от основного материально-правового договора. Вопрос о действительности или недействительности материально-правового договора не затрагивает материально-процессуального соглашения, которое юридически действительно само по себе. Арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависимое от других условий договора. Решение третейского суда о ничтожности договора не влечет недействительности арбитражной оговорки.

Признание юридической самостоятельности арбитражного соглашения приводит к формированию коллизионных норм, определяющих, по закону какого государства должны рассматриваться спорные вопросы, связанные с арбитражным соглашением. Генеральная коллизионная привязка – право, избранное сторонами, субсидиарные – закон существа отношения (lex causae), право места проведения арбитража (lex arbitri), закон места жительства суперарбитра, закон государства места вынесения решения (lex loci arbitri): «При отсутствии указания сторон арбитражное соглашение регулируется правом, применимым к основному договору или, если по такому праву арбитражное соглашение является недействительным, правом страны места осуществления арбитражного разбирательства» (ст. 3121 ГК Квебека).

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. и Европейская конвенция 1961 г. устанавливают специальные коллизионные правила для определения действительности арбитражного соглашения (автономия воли сторон и право места вынесения арбитражного решения). Те же коллизионные привязки закреплены в Законе РФ о МКА (ст. 36): недействительность арбитражного соглашения может быть признана по закону, которому стороны подчинили это соглашение, а при отсутствии такого указания – по закону государства, где решение было вынесено. Закон о МЧП Швейцарии (ст. 182.2) предусматривает три коллизионные привязки для решения вопроса о действительности арбитражного соглашения – автономию воли, закон существа отношения, право места проведения арбитража (закон суда – швейцарское право): «Арбитражное соглашение действительно по существу, если оно отвечает требованиям права, избранным сторонами, либо права, применимого к спорному правоотношению, в частности – права, применимого к основному договору, либо швейцарского права».

Арбитражное соглашение – это материально-правовой договор с процессуальным содержанием и процессуально-правовыми последствиями. Арбитражное соглашение обязательно для сторон, и они не могут уклониться от передачи спора в арбитраж. Это правило исключает юрисдикцию государственного суда по данному делу, т. е. арбитражное соглашение лишает суд его юрисдикции (ст. 134, 135 ГПК РФ; ст. 148 АПК РФ). Государственный суд не вправе ни отменить, ни пересмотреть арбитражное решение по существу.

Исключение юрисдикции государственного суда – основное процессуально-правовое последствие арбитражного соглашения. Если одна из сторон в нарушение арбитражного соглашения обратилась в государственный суд, он должен либо по собственной инициативе, либо по заявлению ответчика отказать в приеме искового заявления или прекратить начатое производство по делу и направить стороны в арбитраж (ст. 220 ГПК РФ; ст. 150 АПК РФ).

В данном случае используется формула об отводе государственного суда по неподсудности. Виды некомпетентности государственного суда:

– абсолютная некомпетентность – суд по своей инициативе должен признать себя некомпетентным и отказать в возбуждении судопроизводства в случае обращения в суд при наличии действительного арбитражного соглашения (Китай, Венгрия, Чехия);

– относительная некомпетентность – суд признает себя некомпетентным только при заявлении отвода (Великобритания, ФРГ, Россия).

Государственный суд связан соглашением сторон о третейском разбирательстве дела (т. е. соглашением сторон о подсудности) и о возможности рассмотрения дела по существу. Одновременно везде действует принцип эстоппеля – стороны теряют право ссылаться на прежнее соглашение (арбитражное соглашение), если молчаливо соглашаются на изменение подсудности и рассмотрение дела в государственном суде.

Правило об отказе в приеме и рассмотрении искового заявления применяется и в том случае, если стороны арбитражного соглашения обратились с иском в арбитраж, но не в тот, компетенция которого была согласована в контракте. Например, арбитражная оговорка была сделана в пользу МКАС, а истец обратился в Арбитражный суд г. Москвы. В такой ситуации Арбитражный суд г. Москвы должен признать себя некомпетентным и отказать в приеме искового заявления. Однако на практике российские государственные арбитражные суды не всегда принимают во внимание волю сторон, выраженную в арбитражном соглашении, и принимают к рассмотрению дела, которые им неподсудны в соответствии с условиями договора. Между тем ст. 148 АПК РФ прямо устанавливает, что государственный арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения, если:

– имеется соглашение участвующих в деле лиц о передаче данного спора в третейский суд, если любая из сторон, возражая против рассмотрения дела в государственном арбитражном суде, не позднее своего первого заявления по существу спора заявит ходатайство о передаче спора на рассмотрение третейского суда;

– стороны заключили соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда во время судебного разбирательства до принятия судебного акта, которым заканчивается рассмотрение дала по существу, и если любая из сторон заявит возражение в отношении рассмотрения дела в арбитражном суде.

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. закрепляет принцип, согласно которому суд при наличии арбитражного соглашения должен направить стороны в арбитраж, если:

– иск касается вопросов, по поводу которых стороны заключили арбитражное соглашение;

– любая из сторон ходатайствует об арбитражном рассмотрении спора;

– у суда нет оснований признать арбитражное соглашение недействительным, утратившим силу или неисполнимым.

Европейская конвенция 1961 г. формулирует правило об отводе государственного суда по неподсудности (ст. 6): «Отвод государственного суда по неподсудности, основанный на наличии арбитражного соглашения и заявленный в государственном суде одной из сторон арбитражного соглашения, должен быть заявлен под угрозой утраты права на отвод за пропуском срока до или в момент представления первого возражения по существу иска, в зависимости от того, рассматривает ли закон страны суда такой отвод как вопрос материального или процессуального права».

При вынесении решения о наличии или действительности арбитражного соглашения суды должны руководствоваться:

– по вопросам правоспособности сторон – законом, применимым к регулированию этих вопросов;

– по всем иным вопросам:

законом, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;

при отсутствии выбора сторон – законом страны, в которой должно быть вынесено решение;

при отсутствии выбора права и если в момент, когда вопрос представлен на разрешение суда, невозможно установить, в какой стране должно быть вынесено арбитражное решение, – законом, применимым в силу коллизионной нормы суда, в котором возбуждено дело.

Государственный суд должен отложить вынесение решения по вопросу компетенции арбитража до тех пор, пока арбитражный суд не вынесет решения по существу дела (п. 3 ст. VI).

Типовой закон о международном коммерческом арбитраже (1985 г.) содержит существенное дополнение – решение судом этих вопросов не препятствует арбитражу начинать арбитражное разбирательство, продолжать и заканчивать его, выносить решение по существу спора.

В российской доктрине высказывается практически единая точка зрения: если имеется соглашение о передаче спора на рассмотрение третейского суда и одна из сторон обратилась с иском в государственный суд, а ответчик до своего первого заявления по существу спора не возразил против этого, то государственный суд имеет право и обязан рассматривать спор. Если ответчик до своего первого заявления по существу спора ссылается на арбитражное соглашение, заключенное в законной форме и являющееся действительным, то государственный суд должен оставить иск без рассмотрения.

Правовое регулирование арбитража допускает параллельное рассмотрение дела по существу в арбитраже и в государственном суде (Л. П. Ануфриева). Это положение закреплено в законодательстве отдельных государств: «В случае, когда стороны, участвующие в судебном разбирательстве, заключили арбитражное соглашение, на которое одна из сторон ссылается в судебной инстанции, данный судебный орган рассматривает вопрос о своей компетенции. Судебная инстанция продолжает судебное разбирательство с целью принятия решения, если:

a) ответчик представил возражения по существу дела без какой-либо оговорки, основанной на арбитражном соглашении; либо

b) арбитражное соглашение недействительно; либо

c) арбитражный суд не может быть сформирован по причинам, которые с очевидностью вменяются ответчику по арбитражу в вину» (ст. 180 Закона о МЧП Румынии).

Процессуальные последствия арбитражного соглашения связаны с проблемой компетенции арбитража – МКА не может выходить за рамки полномочий, определенных для него сторонами арбитражного соглашения. При рассмотрении конкретного спора арбитраж должен вынести решение о своей компетенции рассматривать данный спор. Основа такого решения – установленная законом общая компетенция арбитража и арбитражное соглашение сторон: «Арбитражный суд самостоятельно решает вопрос о своей компетенции. Заявление об отсутствии у арбитражного суда компетенции может быть сделано только до представления возражений по иску. По общему правилу арбитражный суд выносит решение о своей компетенции путем принятия процессуального постановления» (ст. 186 Закона о МЧП Швейцарии).

Это решение выносится по инициативе арбитража или при наличии возражения сторон относительно существования, содержания и действительности арбитражного соглашения. Вопрос о компетенции арбитража может быть рассмотрен в ходе арбитражного разбирательства по заявлению любой стороны о выходе какого-либо вопроса за пределы компетенции арбитража. Решение арбитража о компетенции не является окончательным.

Мировая арбитражная практика показывает:

– любая сторона может обжаловать решение арбитража о компетенции в суде общей юрисдикции того государства, на территории которого вынесено решение. Обращение в суд

не останавливает арбитражного разбирательства, – арбитраж вправе продолжать процесс и выносить решение по существу;

– выход арбитража за пределы его полномочий, определенных в арбитражном соглашении, является общепринятым основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения.

По общему правилу требуется письменная форма арбитражных соглашений: «Арбитражное соглашение действительно с точки зрения формы, если оно заключено в письменной форме путем составления одного документа или обмена телеграммами, телексами или факсимильными сообщениями либо при помощи любого другого средства связи, позволяющего в доказательство наличия соглашения предъявить его текст» (ст. 178.1 Закона о МЧП Швейцарии). Имеющим силу арбитражным соглашением может быть признана часть письменного документа, на который делается ясно выраженная ссылка в договоре, либо коносамент, в котором имеется ссылка на имеющееся в договоре чартера арбитражное соглашение (ст. 1031.1 ГПК ФРГ).

В соответствии с Нью-Йоркской конвенцией 1958 г. признаются только письменные арбитражные соглашения. Термин «письменное соглашение» подразумевает арбитражную оговорку, включенную в контракт, или арбитражное соглашение, подписанное сторонами, либо содержащееся в обмене письмами и телеграммами. Европейская конвенция 1961 г. подтверждает норму Нью-Йоркской конвенции, но содержит добавление: в отношениях между государствами, законодательство которых не требует письменной формы арбитражных соглашений, признаются всякие соглашения, заключенные в форме, установленной соответствующими законами.

В законодательстве некоторых государств допускается устная форма арбитражного соглашения – Закон Швеции об арбитраже (1999 г.) не устанавливает требований относительно письменной формы арбитражного соглашения (Л. П. Ануфриева). Подобные различия являются источником многочисленных проблем, связанных с толкованием и признанием действительности арбитражного соглашения.

Попытка разрешить противоречия национальных законов относительно формы арбитражных соглашений предпринята в Типовом законе о международном коммерческом арбитраже (1985 г.). Статья 7 устанавливает общее правило: арбитражное соглашение заключается в письменной форме. Условия, при соблюдении которых соглашение считается заключенным в письменной форме:

– соглашение содержится в документе, подписанном сторонами;

– соглашение заключено путем обмена письмами, телеграфными, телетайпными и иными сообщениями, обеспечивающими фиксацию такого соглашения;

– соглашение заключено путем обмена исковыми заявлениями и отзывами на иск, в которых одна сторона утверждает наличие такого соглашения, а другая не возражает против этого;

– в контракте имеется ссылка на документ, содержащий арбитражную оговорку, но при условии, что договор заключен в письменной форме и соответствующая ссылка делает оговорку частью контракта.

Содержание арбитражного соглашения зависит от воли сторон, которые самостоятельно определяют его элементы:

– выбор арбитражного способа рассмотрения споров;

– выбор вида арбитража. Если определена компетенция институционного арбитража, необходимо указать его точное наименование. Без этого соглашение будет недействительным;

– выбор места проведения арбитража. При установлении компетенции институционного арбитража место его нахождения указывать не обязательно. Разбирательство будет про-

ходить по месту официальной резиденции институционного арбитража, если арбитры с учетом обстоятельств дела не выберут иного места. Для изолированного арбитража необходимо точное указание места его проведения;

– выбор языка арбитражного разбирательства. Для институционного арбитража этот элемент не обязателен. При отсутствии специальных указаний арбитраж рассматривает дело на своем родном языке. Для изолированного арбитража желательно указать язык разбирательства. Общепринятое правило – если стороны не владеют языком, на котором ведется арбитражное разбирательство, они обеспечиваются переводчиками за свой счет;

– установление числа арбитров (один или три). В институционном арбитраже при отсутствии указаний сторон этот вопрос решается в соответствии с регламентом арбитража. В изолированном арбитраже указание числа арбитров имеет существенное значение;

– определение порядка арбитражной процедуры (выбор, назначение и отвод арбитров, начало разбирательства и его процедура, порядок представления документов и других доказательств, форма разбирательства – устная или на основе письменных документов). Институционный арбитраж, как правило, разбирает спор по законам своей страны и в соответствии со своим регламентом.

Отличительная особенность арбитража заключается в почти неограниченном праве сторон на самостоятельное установление процедуры разрешения спора, поэтому большинство норм, определяющих процесс третейского разбирательства, имеют диспозитивный характер и применяются только тогда, если стороны не предусмотрели иного. В практике арбитража господствует «теория процессуальной делокализации» – процессуальное право страны места проведения арбитража не может связывать процедуру арбитражного разбирательства, поведение сторон и арбитров.

В арбитражном соглашении стороны вправе предусмотреть любые правила арбитражной процедуры, даже если они обращаются в институционный арбитраж. Пределы этой свободы – императивные нормы национального права и оговорка о публичном порядке государства, на территории которого арбитраж осуществляет свою деятельность: «Стороны могут урегулировать арбитражную процедуру непосредственно или путем отсылки к арбитражному регламенту; кроме того, они могут подчинить арбитражную процедуру избранному ими процессуальному закону. Если стороны не урегулировали арбитражную процедуру, она при необходимости устанавливается арбитражным судом непосредственно или путем отсылки к закону или арбитражному регламенту. Независимо от избранной процедуры арбитражный суд должен обеспечить сторонам процессуальное равенство и возможность излагать свою позицию в ходе состязательного процесса» (ст. 182 Закона о МЧП Швейцарии).

При выборе изолированного арбитража стороны обязаны установить правила арбитражной процедуры. Возможные варианты: подробное установление арбитражной процедуры в самом арбитражном соглашении; обращение к одному из типовых регламентов; обращение к регламенту какого-либо институционного арбитража.

Если стороны не решили процедурные вопросы в арбитражном соглашении, это не лишает их права на третейское разбирательство. Назначенные арбитры будут руководствоваться теми процессуальными нормами, какие они сами определят. В законодательстве некоторых государств предписывается применение процессуальных правил места рассмотрения спора: «Арбитражный процесс регулируется правом страны места осуществления арбитражного разбирательства, если только стороны не избрали право другой страны либо институционный или специальный арбитражный регламент» (ст. 3133 ГК Квебека).

Арбитры назначаются, отзываются и заменяются в соответствии с соглашением сторон. При отсутствии такого соглашения арбитры могут назначаться, отзываться и заменяться

судом по месту арбитража (ст. 179 Закона о МЧП Швейцарии). Арбитру может быть заявлен отвод, если:

– он не отвечает требованиям, о которых договорились стороны;

– налицо основание отвода, предусмотренное принятым сторонами арбитражным регламентом;

– имеются обстоятельства, дающие основания сомневаться в его независимости.

Сторона вправе заявить отвод арбитру, назначенному ею или с ее участием, только по основаниям, о наличии которых она узнала после назначения арбитра. Арбитражный суд и другая сторона должны быть незамедлительно информированы об основаниях отвода.

18.3
Право, применимое арбитражем

В арбитражное соглашение может быть включена оговорка о применимом праве, которому подчиняется контракт. Выбор права адресован не столько арбитрам, сколько самим сторонам. Это указание, по закону какого государства будут определяться права и обязанности сторон, независимо от того, возникнет ли необходимость арбитражного разбирательства дела (Л. П. Ануфриева).

Иногда оговорка о применимом праве подчиняет контракт не законам конкретного государства, а «праву справедливости» (ex aequo et bono), общим принципам права, международному коммерческому праву (lex mercatoria), международным торговым и деловым обычаям. В российском законодательстве закреплено положение – особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливается в законе о международном коммерческом арбитраже (абз. 2 п. 1 ст. 1186 ГК РФ).

Принцип автономии воли сторон – основополагающее начало арбитражного разбирательства. Третейский суд рассматривает спор в соответствии с теми нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых. Рассмотрение спора в МКА исключает применение отсылок обеих степеней. Любое указание на право какого-либо государства должно толковаться как отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

Во всех случаях МКА принимает решение в соответствии с условиями контракта и с учетом международных торговых обычаев: «Арбитражный суд выносит решение на основании правовых норм, избранных сторонами, а при отсутствии такого выбора – на основании правовых норм, с которыми дело имеет наиболее тесную связь. Стороны могут разрешить арбитражному суду выносить решение по справедливости» (ст. 187 Закона о МЧП Швейцарии).

Если стороны не выбрали применимого права, третейский суд сам определяет применимое право в соответствии с коллизионными нормами, которые арбитраж считает нужными применить. По вопросу коллизионного регулирования МКА в доктрине отражены принципиально разные подходы, основанные на различном определении юридической природы арбитража:

1) договорная теория рассматривает арбитраж во всех его стадиях как единый процесс, основанный на воле сторон. В основе арбитражного соглашения лежит воля сторон передать спор на разрешение в арбитраж. Договорный характер такого соглашения определяет договорную природу самого арбитража. Предмет договора – выбор вида арбитража, времени и места проведения разбирательства, определение процедуры арбитражного разбирательства и материального права, подлежащего применению. По своей юридической природе арбитраж в целом аналогичен гражданско-правовому договору. Наличие связи с иностранным правопорядком порождает коллизионный вопрос, который разрешается на основании общих коллизионных принципов договорных обязательств. Все стадии арбитража представляют собой звенья единого процесса, должен быть установлен единый статус арбитража, чтобы все коллизионные вопросы определялись единой коллизионной привязкой.

Противники договорной теории утверждают, что единство воли сторон, являющееся существом любого соглашения, не находит выражения ни в арбитражной процедуре (спор между сторонами), ни в арбитражном решении (арбитр не выступает в качестве полномочного представителя сторон). В законодательстве большинства государств нет единой коллизионной привязки для различных стадий арбитражного разбирательства;

2) процессуальная теория: арбитраж – это особая форма правосудия, осуществляемая от имени государства. Элементы государственности – признание арбитражного соглашения юридически действительным, определение компетенции арбитража, признание и исполнение арбитражного решения. Арбитражное соглашение имеет процессуальное содержание – это акт, направленный на то, чтобы по конкретному делу исключить компетенцию государственного суда и привести в действие институт третейского разбирательства (разновидность национального гражданского процесса). Для признания и принудительного исполнения иностранных арбитражных решений должен применяться порядок, установленный для признания и исполнения иностранных судебных решений. В вопросах арбитражной процедуры в принципе не может применяться иностранное право. Применяется право того государства, на территории которого происходит арбитражное разбирательство или к суду которого сделано соответствующее обращение. Такая квалификация влечет за собой невозможность применения иностранного права, что априорно исключает коллизионный вопрос;

3) смешанная доктрина (наиболее корректная) – арбитраж представляет собой сложный институт, сочетание гражданско-правовых и гражданско-процессуальных категорий, где объединены и договорные (арбитражное соглашение), и процессуальные (вопросы юрисдикции) элементы. Это самостоятельный институт, включающий и материально-правовые, и процессуально-правовые элементы. Такой подход позволяет применять не только национальное право государства места проведения арбитража, но и иностранное право. К арбитражному соглашению должен применяться комплекс коллизионных норм – форма соглашения, условия его действительности, правосубъектность сторон (расщепление коллизионной привязки). Вопросы взаимоотношений арбитража и государственного суда (предмет арбитражного разбирательства, обеспечительные меры, исполнение арбитражного решения) решаются на основе процессуального права государства места проведения арбитража или государства места исполнения арбитражного решения.

Выбор коллизионной нормы, определяющей применимое материальное право, зависит от места проведения арбитража. Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (1961 г.) устанавливает правило: МКА применяет коллизионное право места проведения арбитража (специальная презумпция «кто выбрал арбитраж, то выбрал право»). Данное положение имплементировано в Законе РФ о МКА (ст. 28).

Место проведения арбитража определяется соглашением сторон, местом нахождения институционного арбитража, местом жительства суперарбитра (общая презумпция «кто выбрал суд, тот выбрал право» – qui elegit juridice elegit jus). Швейцарский законодатель устанавливает, что место арбитража определяется сторонами или арбитражным органом, на который они укажут, а в остальных случаях – арбитрами (ст. 176.3 Закона о МЧП Швейцарии).

Применение коллизионных норм права места проведения МКА может привести к разрешению спора на основе материального права иностранного государства. Классическим примером «удачного» использования коллизионных норм страны места арбитражного разбирательства считается практика Арбитражного института Стокгольмской торговой палаты по спорам между советскими и западногерманскими предприятиями. Советская сторона регулярно выигрывала процессы благодаря коллизионным нормам шведского права, по которым предпочтение практически всегда отдавалось советскому материальному праву. Назначенные сторонами советский и немецкий арбитр никогда не могли договориться по поводу выбора председательствующего, поэтому его назначала Шведская торгово-промышленная палата. Шведский арбитр, не имевший представления о советском праве, доверял суждениям того арбитра, право страны которого применялось (И. Александров).

Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты является самым авторитетным из всех национальных МКА. Стороны многих коммерческих контрактов, не имеющих

фактической связи с территорией Швеции, в арбитражной оговорке подчиняют свои споры МКА Швеции. Шведская доктрина уделяет особое внимание вопросам права, применимого арбитражем. Шведские специалисты определяют различные ситуации *выбора применимого коллизионного права*:

1) место проведения арбитража избрано сторонами. И практика, и принцип «разумности» предполагают применение коллизионного права места проведения арбитража. Если стороны по соглашению избрали определенное государство в качестве места арбитражного разбирательства, но не договорились о применимом праве, арбитрам следует обратиться к местным коллизионным нормам для установления применимого материального права. При решении коллизионного вопроса приоритет должно иметь право того государства, с которым сделка имеет наиболее тесную связь. Этот подход должен использоваться и институционными, и изолированными арбитражами;

2) место проведения арбитража определяется не сторонами, а арбитрами, независимыми учреждениями или организациями, назначающими арбитров. Это более сложная ситуация. Например, в отдельных контрактах предусматривается, что при неизбрании арбитрами суперарбитра он назначается Торговой палатой в Стокгольме из числа определенных лиц. В этом случае местом проведения арбитража будет место жительства суперарбитра, и арбитраж должен исходить из предписаний коллизионного права государства места жительства суперарбитра.

В международной арбитражной практике отсутствует единый подход, какие коллизионные нормы следует использовать для определения примененимого материального права. Одни арбитражные суды продолжают применять коллизионные нормы страны места нахождения арбитража, другие прибегают к кумулятивному применению коллизионных норм правовых систем, связанных с конкретным спором, третьи основывают выбор права на общих принципах коллизионного права, характерных для большинства стран.

Самым современным решением вопроса о порядке определения применимого права международным арбитражем называют положения арбитражных регламентов «последнего поколения», принятых в последние годы крупными арбитражными центрами. Арбитрам предоставляется полная свобода в выборе применимого права, и они могут не прибегать к коллизионным нормам – в п. 1 ст. 24 Арбитражного регламента Стокгольмской торговой палаты предусмотрено, что в отсутствие соглашения сторон о применимом праве арбитраж применяет закон или правовые нормы, которые он считает наиболее подходящими (М. П. Бардина).

18.4
Признание и принудительное исполнение иностранных арбитражных решений

Разбирательство дела в МКА оканчивается вынесением решения или определением о прекращении разбирательства дела. Арбитраж обязан рассмотреть спор по существу и вынести решение, которое по своей значимости соответствует решениям государственных судов. Арбитраж может вынести промежуточное решение о существовании предъявленного по существу дела требования; о предварительных процессуальных вопросах; по продолжающемуся правоотношению. Арбитраж может вынести частичное решение относительно некоторых из предъявленных в рамках дела требований – для более оперативного исполнения всех требований по очередности (ст. 301 ГПК ФРГ). Третейское решение с оговоркой может выноситься при наличии возможности взаимного зачета требований.

Определение о прекращении разбирательства дела выносится, если:

– истец отказывается от своего требования, ответчик не выдвигает возражений против прекращения разбирательства дела, состав арбитража не признает законной заинтересованность ответчика в получении окончательного решения по спору;

– стороны договариваются о прекращении дела;

– арбитраж приходит к выводу, что продолжение разбирательства дела стало по каким-либо причинам невозможным;

– стороны не являются на разбирательства, несмотря на все попытки суда их вызвать.

В международных договорах и национальном законодательстве содержатся нормы, предусматривающие признание и исполнение арбитражных решений: «Решение является окончательным с момента его сообщения сторонам. Решение может быть оспорено только в случаях:

a) если был нарушен порядок назначения единоличного арбитра или порядок формирования арбитражного суда;

b) если арбитражный суд ошибочно объявил себя компетентным или некомпетентным;

c) если в своем решении арбитражный суд вышел за пределы исковых требований либо не выразил своего отношения к какому-либо из исковых требований;

d) если в ходе арбитражного разбирательства было нарушено равенство сторон или их право излагать свою позицию в состязательном процессе;

e) если решение несовместимо с публичным порядком» (ст. 190 Закона о МЧП Швейцарии).

Стороны, ни одна из которых не имеет в Швейцарии ни места жительства, ни места обычного пребывания, ни места делового обзаведения, могут путем прямого указания в арбитражном соглашении полностью исключить возможность оспаривания арбитражных решений; исключить оспаривание по какому-либо из перечисленных оснований (ст. 192).

Во Франции для принудительного исполнения иностранного арбитражного решения необходимо распоряжение французского суда по месту исполнения решения. В ФРГ иностранные арбитражные решения исполняются в том же порядке, что и решения немецкого арбитража; требование взаимности не предъявляется. Решение не подлежит исполнению, если в соответствии с законом, которому оно подчинено, решение считается недействительным; если признание противоречит публичному порядку; если сторона не была надлежащим образом представлена или не имела возможности присутствовать при рассмотрении дела.

Одно из преимуществ МКА – наличие разработанной на национальном и международном уровнях системы признания и принудительного исполнения арбитражных решений,

вынесенных на территории иностранного государства. Основа этой системы заложена в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Нормы о признании и исполнении иностранных арбитражных решений есть и в других международных договорах: в Европейской конвенции 1961 г., Межамериканской конвенции о МКА 1975 г., Арабской конвенции о МКА 1987 г.

Нью-Йоркская конвенция закрепляет, что каждое государство-участник обязано признавать иностранные арбитражные решения и приводить их в исполнение на своей территории в соответствии со своим процессуальным правом. Это положение подтверждено в национальном законодательстве: «К признанию и приведению в исполнение иностранных арбитражных решений применяется Нью-Йоркская конвенция от 10 июня 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений» (ст. 194 Закона о МЧП Швейцарии).

Иностранное арбитражное решение – это решение третейского суда, вынесенное на территории государства, иного, чем государство, на чьей территории испрашивается признание решения и приведение его в исполнение. Территориальный критерий – основа для определения иностранного характера арбитражного решения. В законодательстве встречаются иные подходы для определения «иностранности» арбитражных решений – в ФРГ иностранными считаются и решения, вынесенные на территории ФРГ в соответствии с иностранным процессуальным правом. В Конвенции 1958 г. содержится дополнительный критерий: под понятие «иностранные» подпадают и те решения, которые не считаются внутренними в государстве места их исполнения. Сфера применения Конвенции – только иностранные арбитражные решения.

Особенность Конвенции – ее территориальная сфера действия шире формального круга государств-участников. Фактически создана возможность исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории любого государства мира. Арбитражные решения подлежат исполнению независимо от того, является ли государство, на территории которого решение вынесено, участником Конвенции, если признание и исполнение испрашиваются на территории государства-участника.

Общее правило – при признании и исполнении арбитражных решений, вынесенных на территории государств-участников, условие взаимности не обязательно. Взаимность презюмируется.

Основное содержание Нью-Йоркской конвенции заключается в установлении обязанности государств признавать иностранные арбитражные решения как обязательные и приводить их в исполнение. Признание арбитражных решений возможно только при наличии письменного арбитражного соглашения. При решении вопроса, может ли спор быть предметом арбитражного разбирательства, решающее значение имеют право государства, где испрашиваются признание и исполнение, и право государства, которому стороны подчинили арбитражное соглашение.

Государства признают и исполняют иностранные арбитражные решения в соответствии со своим национальным процессуальным правом. Принудительное исполнение решений требует дополнительной процедуры, – заинтересованная сторона должна предоставить соответствующее ходатайство, оформленное надлежащим образом. К признанию и исполнению арбитражных решений, входящих в сферу действия Конвенции, не должны применяться более обременительные условия или более высокие пошлины и сборы, чем существуют для признания и исполнения внутренних арбитражных решений.

Конвенция закрепляет исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и исполнении арбитражных решений. Основания отказа делятся на группы:

1) основания отказа по просьбе стороны, против которой вынесено решение:

– одна из сторон недееспособна по своему личному закону;

– арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, либо закону государства места вынесения решения;

– отсутствие надлежащего уведомления стороны о времени и месте арбитражного разбирательства;

– арбитраж вышел за пределы своей компетенции;

– нарушения арбитражной процедуры.

Бремя доказывания наличия оснований для отказа в исполнении лежит на заинтересованной стороне;

2) основания отказа со стороны компетентных органов государства места исполнения решения:

– объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону государства, где испрашивается признание и исполнение;

– признание решения и приведение его в исполнение противоречат публичному порядку этого государства.

Нью-Йорская конвенция не содержит требования, чтобы исполнение арбитражного решения полностью соответствовало всем требованиям процессуального права страны места исполнения. Установление такого требования могло бы привести к тому, что, например, решения английского арбитража, которые иногда не содержат мотивировочной части, не могли бы получить принудительного исполнения в государствах, законодательство которых требует обязательной мотивировки арбитражного решения (Т. Н. Нешатаева).

В российском законодательстве порядок признания и исполнения решений иностранных судов и арбитражей определяется Законом РФ о МКА, ст. 416 и 417 ГПК РФ, гл. 31 АПК РФ. Просьба о признании и исполнении иностранного арбитражного решения может быть основана на нормах международного договора, на условии взаимности или международной вежливости. Возможность признания и исполнения иностранных арбитражных решений на основе взаимности или международной вежливости прямо не закреплена в отечественном законодательстве, но вытекает из его положений. Если международный договор, на основании которого испрашивается признание и исполнение решения, не содержит перечня необходимых документов или оснований для отказа в признании и исполнении, такой перечень и основания определяются по правилам Нью-Йорской конвенции 1958 г.

Закон РФ о МКА воспроизводит правила Нью-Йоркской конвенции. Арбитражное решение, независимо от того, в каком государстве оно вынесено, признается обязательным и при соблюдении необходимых формальностей может быть приведено в исполнение. Закреплен исчерпывающий перечень оснований отказа в признании и исполнении иностранных арбитражных решений, практически полностью совпадающий с соответствующей нормой Нью-Йоркской конвенции.

Закон РФ о МКА не предусматривает наличие международного договора как обязательного условия для признания и исполнения иностранного арбитражного решения. Статья 241 АПК РФ устанавливает, что признание и исполнение иностранных арбитражных решений на территории России производится в соответствии с международным договором и федеральным законом. При наличии международного соглашения признание и исполнение осуществляются в соответствии с его положениями. В отсутствие международного договора решение подлежит исполнению, условия его признания и исполнения регулируются Законом РФ о МКА.

Признание решения, т. е. признание прав и обязанностей сторон, вытекающих из него, не требует дополнительной процедуры. Для принудительного исполнения решения необходима дополнительная процедура: обращение с ходатайством в компетентный суд РФ. Компетентный суд, порядок рассмотрения ходатайства и процедура исполнения решения определены в ст. 38, 242–246 АПК РФ.

В ГПК РФ закреплена компетенция российских судов общей юрисдикции в отношении признания и исполнения иностранных арбитражных решений. За некоторыми изъятиями процедура признания и исполнения аналогична признанию и исполнению иностранных судебных решений. Статьи 416, 417 ГПК РФ устанавливают общий порядок признания и исполнения, исчерпывающий перечень оснований для отказа. Положения ГПК РФ менее детализированы и подробны, чем соответствующие нормы АПК РФ. Это объясняется тем, что основным компетентным органом по признанию и исполнению иностранных арбитражных решений в России является государственный арбитражный суд, а не суд общей юрисдикции.

Наиболее сложная проблема – решение вопроса о мерах по предварительному обеспечению иска. Закон РФ о МКА содержит положение, что третейский суд по просьбе любой стороны может распорядиться о принятии этой стороной обеспечительных мер в отношении предмета спора, которые суд считает необходимыми. В основе данного положения Закона лежит институт римского преторского права – missio in bona (поступление имущества должника под контроль кредитора). Сторона в коммерческом споре вправе обратиться и в суд общей юрисдикции, и в государственный арбитражный суд (ст. 90 АПК РФ) с просьбой о принятии мер по предварительному обеспечению иска. Закон РФ о МКА закрепляет положение, что обращение в такой суд и вынесение судом определения о принятии обеспечительных мер полностью совместимо с арбитражным соглашением.

18.5
Национально-правовое регулирование международного коммерческого арбитража

В национальных законах о международном коммерческом арбитраже большинства государств закреплен общепризнанный принцип – самостоятельность арбитражных соглашений, их автономный характер. В большинстве государств арбитраж сам избирает правила процедуры рассмотрения споров. В континентальном праве арбитраж в начале процесса имеет досье, состоящее из необходимых документов. Официально установлен приоритет письменных доказательств; устные свидетельские показания только восполняют пробелы в документах. Вызов свидетелей и экспертов производится по инициативе арбитров. Процессом руководят сами арбитры. В странах континентальной Европы широко распространен арбитраж в виде дружеских посредников. Институт дружеских посредников закреплен в Европейской конвенции 1961 г.

Дружеский посредник не является посредником в собственном смысле слова (в плане достижения компромисса, мирового соглашения). Дружеский посредник – это вид правосудия, направленный на решение вопросов права. Он обязан решать спор по праву справедливости, не вправе нарушать нормы публичного права страны, где происходит разбирательство и где должно быть исполнено решение.

В странах общего права в соответствии с одним из основных принципов доказательственного права «адвокаты – хозяева процесса», обязанность по приглашению свидетелей и экспертов лежит на адвокатах. Письменные доказательства играют вспомогательную роль. Установлен официальный приоритет устных свидетельских показаний. В процессе сбора доказательств арбитраж играет пассивную роль.

В большинстве государств мира функционируют национальные международные коммерческие арбитражи: Польша – с 1949 г., Болгария – с 1952 г., Чехия – с 1952 г., Венгрия – с 1953 г., Китай – с 1954 г., Южная Корея – с 1956 г., Вьетнам – с 1963 г. Для развития национальных законов в области арбитража большинство государств используют рекомендации Типового закона ЮНСИТРАЛ 1985 г. Типовой закон является основой законодательства об арбитраже Австралии, Индии, Канады, Мексики, Туниса, Финляндии.

Международный коммерческий арбитраж Франции действует с 1925 г. Деятельность третейских судов, в том числе международного коммерческого арбитража, урегулирована в ГПК. После разработки Типового закона ЮНСИТРАЛ в ГПК внесены некоторые изменения и дополнения.

Законодательно установлено признание арбитражных оговорок по торговым делам. Иностранное арбитражное соглашение дает основание сделать во французском суде отвод, направленный на прекращение судебного рассмотрения спора. Суд обязан признать свою некомпетентность. Действительность арбитражного соглашения определяется по закону того государства, которому стороны подчинили свое соглашение, или по закону государства места проведения арбитража. Тенденция французской арбитражной практики – применение закона страны, чьи правила арбитражной процедуры были избраны сторонами. Наиболее острая проблема для французского правосудия – признание действительности арбитражных соглашений, не подчиненных никакому национальному праву.

В ФРГ Немецким арбитражным обществом был разработан Модельный арбитражный регламент 1998 г. В том же году вступила в силу новая редакция книги 10 ГПК ФРГ, реламентирующая некоторые вопросы коммерческого арбитража. Признается юридическая сила и третейской записи, и арбитражных оговорок. Арбитражное соглашение представ-

ляет собой основание для отвода суда и прекращения судебного разбирательства. Принудительное исполнение иностранных арбитражных решений осуществляется в том же порядке, который установлен для внутренних арбитражных решений. Соблюдение взаимности не является условием предоставления принудительной силы иностранным арбитражным решениям. В ГПК ФРГ закреплен исчерпывающий перечень оснований для отказа в признании и исполнении. Германский суд может не признать иностранное арбитражное решение, но не вправе его отменить.

Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты (действует с 1917 г.) – институционный международный коммерческий арбитраж Швеции. В 1999 г. вступил в силу Закон об арбитражном разбирательстве. В шведском законодательстве компетенция МКА установлена в самом общем виде: гражданско-правовые споры договорного характера. Арбитрами могут быть назначены граждане любого государства. Императивное требование к арбитрам – быть независимыми и беспристрастными. Арбитражный институт может отозвать назначенного арбитра, если он недобросовестно выполняет свои обязанности.

Арбитражное соглашение является обязательным условием третейского разбирательства дела. Признаются и арбитражные оговорки, и арбитражные договоры; их самостоятельный и автономный по отношению к основному контракту характер. Арбитражный институт разработал типовую арбитражную оговорку: любые разногласия, споры или претензии, вытекающие или связанные с настоящим договором, его нарушением, исполнением или недействительностью, должны рассматриваться в соответствии с правилами Института. Желательно, чтобы стороны определили число арбитров, язык разбирательства и применимое право.

Установлена практически неограниченная автономия воли сторон в выборе правил арбитражной процедуры: можно определить собственные процедурные правила, применить Регламент Института, Регламент ЮНСИТРАЛ или любой другой действующий арбитражный регламент. Однако императивные нормы шведского процессуального права применяются при разбирательстве спора всегда, независимо от избранного иностранного права.

Суды общей юрисдикции имеют право признать арбитражное соглашение недействительным. Законодательство определяет пределы компетенции арбитража и стадии арбитражного разбирательства. Выбор применимого права обусловлен основополагающим принципом шведского коллизионного права: применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Большинство норм арбитражного законодательства имеют диспозитивный характер и применяются только тогда, когда стороны не договорились об ином.

Стадии арбитражного разбирательства:

– предварительное слушание – на основе материалов, представленных в письменном виде, устанавливаются взаимные претензии сторон, формулируются вопросы, подлежащие рассмотрению;

– основное слушание – стороны в устной форме доказывают свои требования и возражения, выслушиваются свидетели и эксперты;

– окончательное слушание – каждая сторона обобщает все факты, представляет необходимый законодательный материал того государства, на право которого она ссылается.

В Великобритании нормативной основой деятельности международного коммерческого арбитража являются акты об арбитраже 1950, 1979 и 1996 гг. Арбитражный акт 1996 г. привнес в английскую правовую систему многие положения, содержащиеся в Типовом законе ЮНСИТРАЛ. Признаются арбитражные соглашения, их самостоятельный и автономный характер. Иностранные арбитражные решения подлежат принудительному исполнению при помощи английской судебной системы. Если решение вынесено на основе действительного арбитражного соглашения, такое решение подлежит принудительному исполнению в Англии.

Условия исполнения иностранных третейских решений на территории Англии:
– вступление третейского решения в законную силу;
– соблюдение срока исковой давности;
– соблюдение процессуальных прав сторон;
– требование компетентности суда;
– отсутствие тождественного спора;
– соответствие публичному порядку.

Иностранное арбитражное решение может быть использовано в качестве средства защиты в суде против иска. В законодательстве перечислены требования к иностранным арбитражным решениям и основания для отказа в их признании и исполнении. Особенность английского арбитража – по требованию кого-либо из арбитров из дела можно выделить спорные правовые вопросы для рассмотрения их в судебном порядке. Институционный арбитраж Великобритании – Лондонский международный третейский суд. Действует на основе постоянного Регламента.

В США с 1925 г. функционирует институционный международный коммерческий арбитраж – Американская арбитражная ассоциация. Федеральный закон об арбитраже (1925 г.) закрепляет действительность, безотзывность и исполнимость через суд письменных соглашений об арбитражном разбирательстве споров. При наличии арбитражного соглашения суд обязан приостановить производство по делу. Суды имеют право выдавать приказы, обязывающие стороны к производству арбитража в порядке, предусмотренном арбитражным соглашением.

Принцип признания юридической силы арбитражных соглашений установился в законодательстве и практике США к концу 50-х гг. XX в. Общее значение для решения этой проблемы имело решение Верховного Суда США 1974 г.: в международных коммерческих контрактах существует неопределенность в отношении применимого права, поэтому договорное условие о порядке разрешения потенциальных споров является необходимой предпосылкой в таких сделках. Арбитражные соглашения сторон должны приводиться в исполнение в соответствии с прямыми предписаниями контракта и Закона 1925 г. Современная практика США – полное и безусловное признание арбитражных соглашений.

18.6
Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации

Основными органами рассмотрения международных коммерческих споров в России являются Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) и Морская арбитражная комиссия (МАК) при Торгово-промышленной палате (ТТП) РФ. Система государственных арбитражных (хозяйственных) судов не имеет отношения к российскому МКА; эти суды входят в общую государственную судебную систему. Деятельность арбитражных судов регламентируется АПК РФ.

Положения ст. 247 АПК РФ содержат перечень критериев для установления компетенции государственных арбитражных судов по делам, связанным с иностранным правопорядком. Соглашение сторон, определившее, что возникший или могущий возникнуть спор подсуден арбитражному суду РФ, устанавливает исключительную компетенцию данного суда по рассмотрению этого спора при условии, что такое соглашение не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда (ст. 249 АПК РФ).

В России предусмотрена возможность создания внутренних третейских судов в соответствии с Федеральным законом от 24 июля 2002 г. № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации». Такие суды широко распространены в современной России: они образованы при Газпроме, Ассоциации банков РФ, Союзе юристов РФ, Межбанковской валютной бирже. Внутренние третейские суды в соответствии со своими регламентами компетентны рассматривать коммерческие споры, связанные с иностранным правопорядком. Некоторые из них (Третейский суд при Международном независимом институте международного права) предусматривают рассмотрение международных коммерческих споров как профильную деятельность.

В 2003 г. было принято Положение о спортивном арбитраже при ТПП РФ и создан Спортивный арбитраж – самостоятельный постоянно действующий третейский суд, рассматривающий споры, возникающие в сфере физической культуры и спорта. В 2004 г. при ТПП РФ создан Третейский суд – негосударственный правоприменительный орган, компетентный рассматривать внутренние коммерческие споры, отнесенные к его компетенции по соглашению сторон.

Деятельность МКАС регулируется Законом РФ о МКА, Положением о Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ (приложение I к Закону РФ о МКА), Регламентом МКАС. Основу Закона РФ о МКА составляют Типовой закон о международном коммерческом арбитраже 1985 г. и положения международных договоров РФ. Созданная по Закону модель арбитража соответствует международным стандартам и современным тенденциям рассмотрения международных коммерческих споров.

В рамках МКАС разработана концепция согласительного урегулирования споров и принят Согласительный регламент МКАС.

С 1 марта 2006 г. вступила в силу новая редакция Регламента МКАС. Основные положения новой редакции воспроизводят действовавшие нормы, однако она включает и ряд новелл, направленных на повышение эффективности арбитражного разбирательства. При разработке новой редакции Регламента учтены современные тенденции развития нормативного регулирования международного коммерческого арбитража, в том числе вступивший в силу в 1998 г. Арбитражный регламент МТП.

В компетенцию МКАС входит рассмотрение споров из международных коммерческих контрактов при наличии арбитражного соглашения. МКАС принимает к рассмотрению

споры без соглашения сторон, если его компетенция установлена международным договором РФ. Признаются все три вида арбитражных соглашений. Закреплена обязательность их письменной формы (в широком смысле). Закон РФ о МКА предусматривает типовую арбитражную оговорку.

Наличие арбитражного соглашения исключает юрисдикцию государственных судов – и общей юрисдикции, и арбитражных (хозяйственных). Соглашение сторон о третейском разбирательстве спора обязывает государственные суды отказать в приеме искового заявления или прекратить производство по делу (ст. 134, 135 ГПК РФ; ст. 148 АПК РФ). В Законе установлены случаи, предусматривающие исключения из этого правила. Юрисдикция МКАС обусловлена его компетенцией.

Компетенция МКАС – это МКА общей компетенции, правомочный рассматривать две группы споров (ст. 1 Закона):

1) споры из договоров и других гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговой деятельности, т. е. международные коммерческие споры. Субъектный критерий имеет дополнительный характер и уточняет, какие споры являются международными: если коммерческие предприятия сторон находятся на территории разных государств. При наличии нескольких коммерческих предприятий во внимание принимается то, которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению. Если сторона не имеет коммерческого предприятия (индивидуальный предприниматель), во внимание принимается ее постоянное место жительства.

Положение о МКАС конкретизирует гражданско-правовые отношения, споры из которых являются предметом разбирательства: отношения по купле-продаже (поставке), выполнению работ, оказанию услуг, обмену товарами или услугами, перевозке грузов и пассажиров, торговому представительству и посредничеству, аренде (лизингу), научно-техническому обмену, обмену результатами интеллектуальной деятельности, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным отношениям, страхованию, совместному предпринимательству. Перечень имеет открытый характер; на основании федеральных законов в компетенцию МКАС могут входить споры и из других гражданско-правовых отношений;

2) споры предприятий с иностранными инвестициями, международных организаций и объединений, созданных на территории РФ (между этими субъектами, между их участниками, их споры с другими субъектами российского права). Характер таких споров в Законе не определен. Можно предположить, что МКАС компетентен рассматривать любые споры между такими субъектами.

МАК действует на основе приложения II к Закону РФ о МКА. Новый Регламент МАК был утвержден приказом ТПП РФ от 21 декабря 2006 г. № 93 и вступил в силу с 1 января 2007 г. МАК вправе разрешать споры на основе соглашения сторон о передаче их в этот третейский суд. МАК отличается узким, специальным характером компетенции – споры из гражданско-правовых отношений, связанных с торговым мореплаванием. Отличие от МКАС – при определении компетенции МАК субъектный состав спора не имеет значения (юрисдикция МАК распространяется на лиц, коммерческие предприятия которых находятся как в одной стране, так и в разных).

Положение о МАК устанавливает примерный перечень отношений, споры из которых входят в ее компетенцию (ст. 2): по фрахтованию судов, морской перевозке грузов, перевозке грузов в смешанном плавании (река – море), по морскому страхованию, по лоцманской и ледовой проводке, агентскому и иному обслуживанию морских судов, по спасанию на море, по купле-продаже и залогу морских судов.

Специфика арбитражного разбирательства и его особенность заключаются в почти неограниченном праве сторон по установлению процедуры рассмотрения споров. Автоно-

мия воли является принципиальной основой Закона РФ о МКА и регламентов МКАС и МАК. Большинство норм, определяющих арбитражную процедуру, применяются только при отсутствии соглашения сторон и имеют диспозитивный характер. Автономия воли является решающим моментом при формировании состава арбитража, определении процедуры разбирательства.

Закон РФ о МКА закрепляет несколько императивных положений, направленных на беспристрастное и справедливое разрешение спора. Это своеобразные принципы арбитражного разбирательства:

– требования, которым должны отвечать арбитры;

– императивные нормы об обеспечении равноправия сторон в процессе;

– обязанности арбитража по отношению к сторонам.

Во всех остальных вопросах стороны сами определяют процедуру арбитражного разбирательства. При отсутствии соглашения сторон МКА использует свой Регламент либо разбирает спор так, как считает необходимым. Закон РФ о МКА не предусматривает обязанности МКА обращаться к действующему гражданско-процессуальному законодательству.

Регламент МКАС закрепляет правила арбитражной процедуры, применяемые при отсутствии соглашения сторон об ином. Правила Регламента: наличие списка арбитров, который не является обязательным (арбитром может быть назначено лицо, не включенное в список, в том числе иностранец). Регламент определяет состав арбитража, назначение суперарбитра, назначение арбитров Председателем МКАС, наличие запасных арбитров. В Регламенте содержатся диспозитивные нормы о месте проведения арбитражного разбирательства (г. Москва) и его языке (русский).

Слушание дела производится в устной форме. Возможно заочное разбирательство. Регламент закрепляет обязанность истца обосновать компетенцию МКАС. Один из основных принципов деятельности МКАС – обеспечение сохранения коммерческой тайны. Расходы по арбитражному разбирательству: регистрационный и арбитражный сборы, дополнительные расходы, издержки сторон. В процессе применяются правила Регламента и положения российского права.

МКАС обладает правомочием выносить постановление о своей компетенции. Закон РФ о МКА впервые в российской истории закрепил общепринятое в мировой практике правило об автономности и юридической самостоятельности арбитражной оговорки, т. е. прямую зависимость компетенции арбитража от арбитражного соглашения.

В Законе содержатся правила, касающиеся заявления сторон об отсутствии компетенции, варианты такого заявления и правила, касающиеся постановления арбитража о своей компетенции. Постановление арбитража о своей компетенции не имеет окончательного характера и может быть обжаловано в государственном суде, решение которого окончательно и обжалованию не подлежит. Постановление арбитража о его компетенции может выноситься и в предварительном порядке.

Арбитражное разбирательство прекращается либо вынесением решения по существу спора, либо вынесением постановления о прекращении арбитражного разбирательства. Постановление о прекращении может быть вынесено по исчерпывающему перечню оснований. В Регламенте МКАС закреплено правило – решения МКА исполняются добровольно в установленные в решении сроки. Если срок не установлен, решение подлежит немедленному исполнению. Решение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению.

Отмена арбитражного решения может быть произведена по ограниченному перечню оснований, которые не связаны ни с существом спора, ни с вопросами применимого права. В Законе содержится исчерпывающий перечень оснований для отмены решения МКА. Группы таких оснований: по инициативе сторон и по инициативе суда. Основания для отмены прак-

тически совпадают с основаниями для отказа в принудительном исполнении арбитражных решений. Исключительное средство оспаривания арбитражного решения – ходатайство заинтересованной стороны о его отмене.

Функции государственных судов общей юрисдикции и государственных арбитражных судов в отношении международного коммерческого арбитража определены в российском процессуальном законодательстве (разд. VI ГПК РФ, гл. 30, 31 АПК РФ). Существует две параллельные юрисдикции по делам об оспаривании решений МКА: в судах общей юрисдикции (в соответствии со ст. 6 и 34 Закона РФ о МКА в порядке, предусмотренном гл. VI ГПК РФ) и в государственных арбитражных судах (ст. 230 АПК РФ). По делам об оспаривании компетентен государственный суд, на территории которого было принято решение МКА.

Иностранные арбитражные решения, при вынесении которых были применены нормы российского законодательства, могут быть оспорены только в государственных арбитражных судах (ст. 230 АПК РФ). Оспаривание возможно в случаях, предусмотренных международными договорами РФ. Данная норма имплементирована в российское законодательство из Европейской конвенции 1961 г.: ст. IX устанавливает правовые основы для отмены арбитражного решения: отмена производится в государстве, где решение было вынесено, либо в государстве, по закону которого решение было вынесено.

Стороны имеют право представить в государственный суд заявление о компетенции третейского суда, о наличии или действительности арбитражного соглашения. Рассмотрение такого заявления производится судом соответствующей инстанции по месту проведения арбитража. При предъявлении ходатайства об отмене арбитражного решения заинтересованная сторона обязана доказать наличие в арбитражном процессе серьезных нарушений: выход арбитража за пределы его компетенции, недееспособность одной из сторон, недействительность арбитражного соглашения.

Отмена решения международного коммерческого арбитража возможна по исчерпывающему перечню оснований, предусмотренных международным договором или федеральным законом (ст. 233 АПК; ст. 421 ГПК). Определение государственного суда об оспаривании решения может быть обжаловано в кассационном порядке.

18.7
Международно-правовое регулирование международного коммерческого арбитража

Важным направлением международно-правового регулирования МКА является создание правовой основы для признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений. Возможность принудительного исполнения арбитражного решения имеет особую значимость для международного торгового оборота, но на практике сталкивается со значительными сложностями.

Наиболее значимым и представительным универсальным международным соглашением является Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (1958 г.). Конвенция устанавливает механизм гарантий для исполнения иностранных арбитражных решений, вынесенных не только в государствах-участниках, но и в любых других странах. Ее нормы гарантируют признание арбитражных соглашений, исключающих споры из юрисдикции государственных судов.

Конвенция обязывает государства признавать и исполнять иностранные арбитражные решения так же, как и решения собственных арбитражей.

Среди региональных международных соглашений наибольший интерес вызывает Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже (1961 г.). Конвенция выходит за региональные рамки, поскольку открыта для присоединения и неевропейским государствам. Применяется ко всем видам МКА при условии, что стороны, передавшие спор на арбитражное разбирательство, имеют место нахождения на территории разных государств-участников. Условия применения Конвенции:

– арбитражное соглашение должно быть заключено между лицами, имеющими на момент его заключения постоянное место жительства или место пребывания в разных государствах-участниках. Арбитражные соглашения могут заключать и те юридические лица, которые по своему национальному закону являются юридическими лицами публичного права;

– арбитражное соглашение должно быть совершено в письменной форме. Однако в отношениях между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, допускается всякое соглашение, заключенное в форме, соответствующей данным национальным законам;

– для разбирательства спора стороны могут избрать как арбитраж ad hoc, так и постоянный арбитражный орган. При передаче спора на рассмотрение постоянного арбитражного органа спор рассматривается в соответствии с его регламентом. При рассмотрении спора в арбитраже ad hoc стороны могут сами назначить арбитра, установить способ его назначения, определить место нахождения арбитражного суда и правила процедуры, которых должен придерживаться арбитраж.

Основное внимание в Конвенции уделяется деятельности изолированного арбитража. Сам термин «арбитраж» понимается как разбирательство спора арбитрами, назначенными по каждому отдельному делу (ст. 1). Конвенция определяет порядок формирования арбитража ad hoc, место его проведения и правила производства, если стороны в арбитражном соглашении не договорились по этим вопросам или если одна из сторон уклоняется от участия в формировании арбитража.

В Конвенции установлены правила функционирования МКА:

– арбитром может быть не только гражданин государства места рассмотрения спора, но и гражданин любого другого государства;

– основой деятельности арбитража является принцип неограниченной автономии воли сторон по вопросам применимого права. Если стороны не выбрали применимое право, арбитр сам выбирает его в соответствии с коллизионными нормами, которые сочтет нужным применить;

– арбитр на основе договора сторон может вынести решение в качестве дружеского посредника.

Особое место в Конвенции занимают нормы о повышении эффективности арбитражных соглашений. Нормы Конвенции применяются к арбитражным соглашениям как физических, так и юридических лиц. Конвенция перечисляет случаи, когда стороны могут обратиться в «специальные» органы:

– одна из сторон не назначила своего арбитра;

– стороны не смогли договориться о назначении единоличного арбитра;

– стороны не смогли договориться о месте проведения арбитража и о мерах, необходимых для его проведения;

– стороны договорились о рассмотрении спора в институционном арбитраже, но не договорились о конкретном арбитражном органе;

– в арбитражном соглашении не указано, какой арбитраж – институционный или изолированный – компетентен рассматривать спор.

Органами, к которым могут обратиться стороны, являются председатель компетентной торговой палаты и специальный комитет. Компетентной торговой палатой является торговая палата места проживания ответчика или места проведения арбитража. Специальный комитет состоит из торговой палаты одного из государств-участников и двух членов. Избирается на четыре года торговыми палатами государств-участников (ст. 10).

Европейская конвенция закрепляет правила отвода арбитража по неподсудности (отсутствие или недействительность арбитражного соглашения, утрата им силы, поставленные вопросы превышают правомочия данного арбитража). Арбитраж сам решает вопрос о своей компетенции, наличии или действительности арбитражного соглашения или самой сделки, составной частью которой является арбитражное соглашение. Решение арбитража может быть обжаловано в компетентный государственный суд по праву страны суда (ст. 5).

Конвенция устанавливает правила отвода по неподсудности государственного суда. Государственный суд обязан отказаться от рассмотрения спора, по которому стороны заключили арбитражное соглашение, т. е. отвод основан на наличии арбитражного соглашения. Суд имеет право не признать арбитражное соглашение, если по закону страны суда стороны не имели права передавать данный спор на арбитражное рассмотрение. Вопрос о недействительности арбитражного соглашения решается судом:

– когда вопрос касается правоспособности одной из сторон – по праву, применимому к данной стороне (личный закон);

– во всех других случаях – по закону, которому стороны подчинили арбитражное соглашение;

– при отсутствии автономии воли сторон – по материальному праву, на которое указывают коллизионные нормы права страны суда.

Применимое в арбитражном разбирательстве право определяется согласно автономии воли сторон, а при отсутствии соглашения сторон арбитраж сам решает вопрос о выборе права. В отношении выбора права, которое должно служить основанием для решения дела по существу, предусмотрен принцип неограниченной автономии воли сторон.

Предусмотрена презумпция необходимости мотивировать арбитражное решение (ст. 8), если стороны не оговорили иного или если не избрана арбитражная процедура страны, в которой не принято мотивировать арбитражное решение (например, Великобритания). Госу-

дарственный суд имеет право объявить решение МКА недействительным путем отказа в его признании и исполнении (ст. 9).

Нью-Йоркская и Европейская конвенции не затрагивают действия других международных соглашений в отношении признания и исполнения иностранных арбитражных решений, заключенных между государствами-участниками. По многим вопросам конвенции не содержат унифицированного материального или процессуального регулирования, а отсылают к национальному праву.

Европейская экономическая комиссия ООН и Экономическая комиссия ООН для Азии и Дальнего Востока разработали арбитражные регламенты и правила международного торгового арбитража (1966 г.). Данные акты имеют факультативный характер, они применяются только при наличии соглашения сторон. Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) разработала Арбитражный регламент (1976 г.) и Типовой закон о МКА (1985 г.).

Арбитражный регламент и Типовой закон ЮНСИТРАЛ не являются международными договорами и не обладают обязательной силой для государств. Это унификация правил арбитражной процедуры для изолированного третейского суда. Юридическая природа Регламента: он является резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН, рекомендацией государствам для использования в международных торговых контрактах. Применяется только в случае наличия письменного соглашения сторон. Стороны имеют право вносить изменения в Регламент. Юридически профессиональный уровень этого документа чрезвычайно высок – даже институционные арбитражи применяют его в дополнение к своим собственным регламентам.

Основные положения Регламента: порядок формирования разового арбитража и его состав; место проведения арбитражного разбирательства; автономность арбитражной оговорки; процедура рассмотрения спора. В Регламенте разработана типовая арбитражная оговорка, воспринятая арбитражным законодательством многих стран. Регламент ЮНСИТРАЛ предусматривает гибкость и многовариантность решения всех аспектов арбитражной процедуры.

В рамках ЮНСИТРАЛ разработан Согласительный регламент 1980 г., регулирующий согласительную процедуру рассмотрения международных коммерческих споров. Эта процедура может применяться только в случае согласия сторон. Отличие согласительной процедуры от арбитражной: арбитражная завершается вынесением решения, а согласительная направлена на достижение компромисса, устраивающего обе стороны. Условия согласительной процедуры:

– участие посредников, рекомендации которых имеют характер совета;

– право сторон отказаться следовать рекомендациям посредников;

– передача спора в арбитраж, если согласительная процедура не увенчалась успехом.

Арбитражный суд МТП является одним из ее постоянных органов. Его специфика проявляется в наиболее ярком выражении всех основных качеств МКА: отстраненность от национальных судебных и правовых систем; неограниченное право сторон по собственному усмотрению определять все аспекты арбитражной процедуры. Эта специфика делает Арбитражный суд чрезвычайно привлекательным для участников международной коммерческой деятельности и одним из наиболее авторитетных центров по рассмотрению торговых споров.

Арбитражный суд МТП функционирует на основе Регламента и компетентен рассматривать коммерческие споры международного характера. Широкое толкование признака международности – любой спор, каким-то образом связанный с международной коммерческой деятельностью. Суд имеет право рассматривать и внутренние коммерческие споры. Обязательное условие юрисдикции Арбитражного суда – наличие арбитражного соглашения

о передаче спора на его рассмотрение. Форма соглашения – свободная, но ссылка на компетенцию Суда должна быть недвусмысленно и детально определена. В Регламенте предусмотрены типовая арбитражная оговорка и принцип неограниченной автономии воли сторон.

Регламент устанавливает принцип строгой конфиденциальности при разбирательстве дела. Закреплено сочетание принципа свободы арбитров с определенными контрольными функциями со стороны Арбитражного суда в отношении арбитражной процедуры. Наличие арбитражного соглашения устанавливается в порядке неопровержимой презумпции. Предусматривается возможность принятия решения об отводе некомпетентного или недобросовестного арбитра. В этих целях принимается акт о компетентности. Окончательное решение арбитража о компетенции принимается после проверки акта Арбитражным судом.

Специфика Арбитражного суда МТП – наличие двухуровневой системы. Первый уровень – разрешение конкретных споров составом арбитров в соответствии с Регламентом и вынесение соответствующего решения. Второй, свойственный только Арбитражному суду МТП, – контроль над арбитражным процессом для обеспечения исполнения вынесенного арбитрами решения. Суд полностью контролирует процесс: от заявления об арбитраже и до окончательного решения по делу.

Какого-либо списка арбитров в Суде не существует – стороны самостоятельно, с помощью Национального комитета своей страны и Секретариата избирают арбитров. После формирования своего состава арбитраж с участием сторон должен составить Акт о полномочиях арбитров, где излагаются требования сторон, перечень требующих разрешения вопросов и определяются временные рамки арбитражного разбирательства.

Контрольные функции Арбитражного суда: проект решения до его окончательного подписания арбитрами проверяется Судом в целях обеспечения выполнения этого решения в соответствующем государстве. Арбитражный суд не вправе вмешиваться в решение по существу, он проверяет только процедуру принятия решения. После утверждения Судом решение окончательно подписывается арбитрами и выдается сторонам. Эта функция Арбитражного суда очень эффективна – только 0,5 % всех вынесенных Арбитражным судом решений были отвергнуты национальными судами.

При МТП функционирует механизм для рассмотрения споров в порядке согласительной процедуры – Административная комиссия по согласительной процедуре. Ее деятельность основана на Согласительном регламенте МТП. Задача Комиссии – выработать взаимоприемлемый для спорящих сторон вариант решения. Если согласительная процедура не увенчалась успехом, стороны имеют право передать спор в арбитраж.

18.8
Специфика рассмотрения инвестиционных споров

Особенность инвестиционных отношений заключается в неравенстве партнеров: отношения между суверенным властным субъектом – государством-реципиентом – и иностранным инвестором – лицом частного права. По отношению к иностранному инвестору государство выступает как властная структура. Инвестор обязан подчиняться правовому режиму, установленному принимающим государством (М. М. Богуславский).

Государство-реципиент не может самостоятельно осуществлять страхование иностранных инвесторов от некоммерческих рисков, так как это было бы страхование от его собственных действий. При рассмотрении инвестиционного спора государство может отклонить претензии иностранных инвесторов при помощи ссылки на свой иммунитет.

Способы разрешения этих проблем:

– государство в национальном законодательстве или в международных соглашениях принимает на себя обязанность не предпринимать к иностранному инвестору никаких мер, ущемляющих его имущественные права. В случае вынужденного принятия подобных мер государство-реципиент обязано выплатить иностранному инвестору быструю, адекватную и эффективную компенсацию в любой приемлемой для инвестора валюте;

– государство признает юрисдикцию и подчиняется компетенции МКА для разрешения инвестиционных споров, отказываясь от своих иммунитетов;

– государство-реципиент участвует в межгосударственной системе страхования иностранных инвестиций от некоммерческих рисков.

Вашингтонская конвенция 1965 г. была разработана под эгидой МБРР. Цель Конвенции – защита интересов частного капитала. Нормы Конвенции предусматривают изъятие инвестиционных споров из юрисдикции национальных судов и передачу их в специальный международный арбитраж.

Основное содержание Конвенции – создание специального международного арбитража с компетенцией в сфере рассмотрения инвестиционных споров: Международного центра по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС). МЦУИС – одно из структурных подразделений МБРР, постоянно действующий арбитражный орган, созданный в форме международной организации, обладающий международной правосубъектностью и специальной юрисдикцией. Его цель – разрешение посредством примирения и арбитража инвестиционных споров между государством и частным лицом другого государства.

Организационная структура МЦУИС: Административный совет, Секретариат, Посредники и Арбитры (включенные в особые списки). Посредники и Арбитры – это лица, обладающие достаточной квалификацией, назначаемые в соответствии с Вашингтонской конвенцией и выразившие желание исполнять возложенные на них обязанности. Лица, включенные в списки, должны обладать высокими моральными качествами, достаточной компетентностью в области права, коммерции, экономики и финансов. При включении в список Арбитров особое значение придается компетентности таких лиц в области права. Председатель должен обеспечить представительство в списке всех основных правовых систем мира и основных форм экономической деятельности (М. М. Богуславский).

Компетенция МЦУИС:

– споры между государством – участником Конвенции и частными лицами другого государства-участника;

– только инвестиционные споры, т. е. правовые споры, вытекающие непосредственно из инвестиционных отношений;

– наличие письменного соглашения сторон о передаче спора на рассмотрение в МЦУИС.

Вашингтонская конвенция не содержит императивного положения об обязанности непременно передавать инвестиционные споры в МЦУИС. Она предусматривает два механизма разрешения споров – примирительная и арбитражная процедуры. Эти процедуры не соподчинены между собой – стороны вправе выбрать любую или применить обе: примирение или арбитраж, либо примирение с последующим арбитражем, если попытка примирения окончилась неудачей. Инициатором выбора процедуры может выступать любая сторона спора.

Государства независимо от того, являются ли они стороной спора, обязаны признавать юридическую силу арбитражных решений, вынесенных в соответствии с Вашингтонской конвенцией, и принимать меры для принудительного исполнения таких решений.

Согласно ст. 42(1) Вашингтонской конвенции МЦУИС рассматривает спор в соответствии с нормами права, которые согласованы сторонами. Если соглашение сторон отсутствует, МЦУИС должен применить право государства – стороны в споре (включая его коллизионные нормы), а также «такие нормы международного права, которые могут быть применимы». В докладе исполнительных директоров МБРР о Вашингтонской конвенции 1965 г. подчеркивается, что термин «международное право» следует понимать в значении ст. 38 Статута Международного суда ООН.

Вашингтонская конвенция указывает, что ни право принимающего государства, ни нормы международного права не могут применяться на исключительной основе. МЦУИС должен применять и те и другие нормы в следующей последовательности:

– нормы национального права;

– нормы международного права:

в случае пробела в национальном праве;

при противоречии между соответствующей нормой внутригосударственного и международного права.

В решениях МЦУИС часто встречаются ссылки на обычное международное право и «общие принципы международного права» (С. Войтович).

Цель Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций (1985 г.) – создание межгосударственной организации, которая должна осуществлять страхование инвестиционных рисков. Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций (МИГА), созданное в соответствии с Конвенцией, – международная межправительственная организация, которая предоставляет гарантии от некоммерческих рисков в отношении инвестиций в государствах – участниках Сеульской конвенции.

Конвенция устанавливает круг инвесторов, подпадающих под условия гарантий МИГА:

– физические лица, не являющиеся гражданами государства-реципиента;

– юридические лица, основные учреждения которых расположены на территории государства-участника, или большая часть капиталов которых принадлежит государству-участнику, не выступающему в качестве государства-реципиента;

– юридические лица, действующие на коммерческих основаниях в государстве-реципиенте.

Виды некоммерческих рисков, от наступления которых страхует МИГА: ограничение на перевод валюты государством-реципиентом (кроме страхования от девальвации валют), экспроприация или национализация, нарушение договора со стороны принимающего государства (если инвестор не может защитить свои интересы в суде или арбитраже), война и гражданские беспорядки. Необходимое условие для предоставления гарантий МИГА – эко-

номическая обоснованность капиталовложений, их соответствие законодательству государства-реципиента (М. М. Богуславский).

Институционная система страхования некоммерческих рисков иностранных инвесторов, созданная в соответствии с Конвенцией, представляет собой трехступенчатую схему: государственные частные компании, государственные страховые органы, межгосударственные органы по страхованию инвестиционных рисков.

Инвестор обязан заключить гарантийное соглашение с МИГА. После наступления страхового случая и выплаты компенсации к МИГА в порядке цессии переходят все права и требования, связанные с гарантированием капиталовложений. Это меняет характер инвестиционных отношений: из частно-правовых (между государством-реципиентом и частным иностранным инвестором) они превращаются в публично-правовые (между государством-реципиентом и международной организацией – МИГА).

Тема 19
Международное частное право и Интернет

Барановский, П. Д. Международно-правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет: дисс… канд. юрид. наук. М., 2005.

Бреус, С. Б. Защита авторских прав в Интернет: дисс… канд. юрид. наук. М., 2005.

Горшкова, Л. В. Правовые проблемы регулирования частно-правовых отношений международного характера в сети Интернет: дисс… канд. юрид. наук. М., 2005.

Зажигалкин, А. В. Международно-правовое регулирование электронной коммерции: автореф. дисс… канд. юрид. наук. СПб., 2005.

Иванов, А. В. Интеллектуальная собственность в Интернете: дисс… канд. юрид. наук. М., 2006.

Леанович, Е. Б. Проблемы правового регулирования интернет-отношений с иностранным элементом // http://evolutio. info/index. php? option=com_content&task=view&id=385Itemid=51

Мальцев, А. С. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных правоотношений, возникающих в процессе электронного взаимодействия: дисс… канд. юрид. наук. М., 2007.

Наумов, В. Б. Право и Интернет: Очерки теории и практики. М., 2002.

19.1
Проблемы правового регулирования сети Интернет

Сеть Интернет – это глобальная телекоммуникационная сеть передачи данных. Глобальность означает распределение серверов Сети по всему миру. Различные участки сети Интернет подпадают под юрисдикцию разных государств, но в целом сеть является экстерриториальной. Интернет-отношения не только пересекают государственные границы, но и во многих случаях не могут быть локализованы в рамках той или иной территории. Интернет имеет внетерриториальный характер; его технические возможности позволяют осуществлять все традиционные аспекты социальной жизни без привязки к определенной территории (Л. В. Горшкова).

Процесс правового регулирования Интернета на международном уровне начался в 90-х гг. XX столетия. Унификация проводится в рамках ЮНСИТРАЛ, УНИДРУА, ВОИС, МТП, Центра ООН содействия торговле и электронному бизнесу.

ЮНСИТРАЛ разработала и приняла Типовой закон об электронной коммерции (1996 г.), Типовой закон об электронных подписях (2001 г.), Правовое руководство по электронному переводу средств 1987 г., рекомендации о правовой ценности компьютерных записей 1985 г.

В рамках Совета Европы приняты Конвенция о защите физических лиц в отношении автоматической обработки персональных данных (1981 г.) (с Дополнительным протоколом 2001 г.), Конвенция об информационном и правовом сотрудничестве, касающемся «услуг информационного общества» (2001 г.); Конвенция о борьбе с киберпреступностью (2001 г.); Декларация о свободе общения в Интернете.

В рамках МТП приняты Общие обычаи для удостоверенной цифровым способом международной коммерции (1997 г.); Общие принципы рекламы и маркетинга в Интернет (1998 г.).

Европейской экономической комиссией ООН и Центром ООН содействия торговле и электронному бизнесу приняты Типовое соглашение обмена при международном коммерческом использовании электронного обмена данными (1995 г.); Соглашение об электронной коммерции (2000 г.).

В рамках ЕС приняты Директивы Европейского парламента и Совета:

– о защите потребителей в отношении дистанционных договоров (дистанционная продажа) (1997 г.):

– о правовых основах Сообщества для электронных подписей (1999 г.);

– о некоторых правовых аспектах услуг информационного общества, в том числе электронной коммерции, на внутреннем рынке (Директива об электронной коммерции) (2000 г.);

– о новых правилах и порядке налогообложения интернет-торговли (2004 г.).

Выработку общих правил присвоения адресов и доменных наименований осуществляет ICANN (Интернет-корпорация по присвоению имен и номеров).

В 2003 г. Генеральным секретарем ООН была учреждена Рабочая группа по управлению Интернетом (РГУИ). В настоящее время планируется создать международное управление Интернетом в лице Глобального форума по управлению Интернетом (ГФУИ), Глобального совета по Интернету (ГСИ), Совета по глобальной политике в отношении Интернета (СГПИ), Всемирной корпорации по присвоению имен и номеров в Интернете (ВИКАНН).

Во многих государствах принято специальное «интернет-законодательство»: Законы США об авторском праве в цифровом тысячелетии (1998 г.), об электронных подписях в глобальной и национальной коммерции (2000 г.); Закон ФРГ о регулировании информаци-

онных и телекоммуникационных услуг (1997 г.), Закон Франции о доверии к электронной коммерции (2004 г.).

19.2
Проблемы международного частного права в сети Интернет

Сеть Интернет между собой объединяет множество компьютеров (серверов). Сервер – это компьютер, постоянно соединенный каналами связи с сетью Интернет. В Интернете пользователи, провайдеры, собственники информационных ресурсов, собственники серверов и линий передачи данных вступают между собой в разнообразные отношения. В основном это информационные отношения, возникающие при осуществлении процессов создания, сбора, обработки, накопления, хранения, поиска, распространения и потребления информации. Элементы таких отношений: пользователь (потребитель) – провайдер 1 – информационный ресурс – провайдер 2 – собственник (создатель информационного ресурса). Следует подчеркнуть, что каждый из этих элементов может принадлежать иностранному государству (А. Мережко).

Гражданско-правовые отношения, возникающие в Интернете, связаны с информационно-правовыми отношениями. Специфика электронных гражданско-правовых отношений:

– участник этих отношений – любой субъект гражданского права, имеющий доступ в Интернет (в том числе государство). Особенности субъектов электронных гражданских правоотношений:

трудность в установлении право и дееспособности лиц, участвующих в правоотношении;

появление «виртуальных» организаций, которые создаются пользователями Интернета с целью осуществления коммерческой деятельности в киберпространстве;

использование программ-роботов, позволяющих вступать в правоотношения автоматически;

появление большого количества третьих лиц в структуре отношений (провайдеры, владельцы интернет-площадок, центры сертификации ключей электронных подписей);

трудность в определении физического места нахождения участников правоотношения.

Интернет-пространство можно представить в виде совокупности интернет-адресов, технических устройств, между которыми осуществляется электронный обмен данными. Пользователями сайтам присваиваются доменные адреса (www.hse.ru). Система безразлична к физической локализации, связь между адресом компьютера в Интернете и юрисдикцией определенного государства отсутствует.

Виды гражданско-правовых интернет-отношений:

– отношения, возникающие при предоставлении доступа в Интернет;

– отношения, возникающие между провайдерами различных уровней и операторами связи;

– отношения между операторами связи различных государств;

– авторские правоотношения, возникающие по поводу информации, размещенной в Интернете;

– отношения сферы права промышленной собственности, возникающие по поводу информации, размещенной в Интернете;

– отношения, возникающие при заключении сделок посредством Интернета;

– отношения, возникающие по поводу информационных ресурсов Интернета (предоставление информации из баз данных, предоставление адреса электронной почты).

Первая стадия участия пользователя в информационном обмене в сети Интернет – предоставление доступа в Сеть. Все разновидности предоставления доступа – это услуги.

Некоторые разновидности предоставления доступа содержат элементы договора услуг, подряда, купли-продажи. Основная суть договора о предоставлении доступа – владелец соответствующего оборудования, подключенный к Интернету (исполнитель), оказывает пользователю (заказчику) услугу, выражающуюся в предоставлении доступа в Интернет (И. Н. Бачило). Место оказания интернет-услуги – место жительства или место пребывания потребителя услуги физического лица, место государственной регистрации потребителя услуги юридического лица.

В интернет-отношениях присутствует специфический субъект – сервисный провайдер (производитель сетевых услуг). Сервисный провайдер – необходимое звено субъектного состава интернет-правоотношения. Доступ пользователя к информационному ресурсу осуществляется путем обращения к сервисному провайдеру, с которым пользователь состоит в договорных отношениях. Провайдер должен обладать специальной правоспособностью – быть либо юридическим лицом, либо индивидуальным предпринимателем, имеющим лицензию на ведение данной деятельности. Деятельность по предоставлению услуг доступа в Интернет практически всегда является предпринимательской.

Правовой статус интернет-сайта базируется на законодательстве, обычаях делового оборота и аналогичен правовому режиму сложной вещи; аудиовизуального произведения; предприятия как имущественного комплекса. Интернет-сайт относится к числу целокупных объектов (В. Наумов). Это – самостоятельный и целостный объект, состоящий из независимых частей, которые могут быть использованы отдельно от него. В состав интернет-сайта как инструмента бизнеса или иной деятельности входит комплекс обязательств, обеспечивающих его обслуживание. Все объекты, составляющие интернет-сайт, охраняются субъективными гражданскими правами.

Пользователь обычно получает доступ к интернет-сайту через двух или более «посредников» – сервер клиента, сервер интернет-сайта, сервер доменных имен. «Посредниками» между пользователем и конкретным интернет-сайтом (как и его правообладетелем) могут быть и другие интернет-сайты (В. Наумов).

Интернет выступает как средство заключения сделок, с помощью которого участники вступают в гражданско-правовые отношения. Договор, заключенный в электронном виде посредством Интернета, не может быть признан недействительным только на том основании, что он заключен в Сети.

При заключении договора посредством Интернета соблюдение простой письменной формы невозможно по определению, поскольку информация в Интернете передается посредством цифровых данных. Презюмируется соглашение сторон на использование электронно-цифровых аналогов собственноручной подписи.

Любое правоотношение в Интернете изначально имеет трансграничный характер в связи с глобальным и трансграничным характером самой Сети. Даже если правоотношение целиком и полностью имеет место в пространстве RU, это отношение реализуется посредством всемирной информационной сети, и тем самым автоматически имеет в своем составе иностранный элемент. Любое интернет-отношение, имеющее частно-правовой характер, является объектом регулирования МЧП. «Фактически любое интернет-правоотношение имеет иностранный элемент и тем или иным образом связано с правопорядками разных государств» (Л. В. Горшкова). В связи с развитием интернет-отношений в современной литературе появились новые определения иностранного элемента (П. Д. Барановский):

– осуществление или планирование пользователем средства индивидуализации коммерческой деятельности в определенном государстве;

– связь между предложением товаров или услуг к продаже в Интернете и государством (возможность доставки и продажи товара в определенном государстве, указание цен в официальной валюте такого государства);

– связь способа использования средства индивидуализации в Интернете с определенным государством;

– существование субъективных прав на средство индивидуализации в определенном государстве.

Принципы МЧП, основанные на связи с физической территорией, не применимы в Интернете в силу отсутствия территориальных границ и невозможности физической локализации правоотношения. Объект в сети Интернет может быть размещен на интернет-сайте, доменное имя которого говорит о его принадлежности одному государству, а сервер, поддерживающий данный сайт, находится на территории другого государства. Лицо может осуществлять коммерческую деятельность на интернет-сайте своего государства и продавать цифровой товар с сервера в иностранном государстве. Доменное имя интернет-сайта может быть зарегистрировано в любом государстве, не обязательно по месту нахождения его владельца или webсервера. Стороны могут вступать в правоотношение по поводу объекта, находящегося на иностранном интернет-ресурсе, использовать услуги иностранного сервисного провайдера.

Иностранные характеристики интернет-правоотношения могут быть созданы искусственно самими субъектами в целях размещения webсервера в странах с наиболее благоприятным законодательством и подчинения правоотношения «наиболее благоприятному» правопорядку.

Концепция «связи частно-правового отношения с правопорядком двух и более государств» представляет собой оптимальный вариант для локализации интернет-отношений, иностранные характеристики которых могут быть обнаружены фактически во всех структурных элементах правоотношения. Международный характер интернет-правоотношения целесообразно определять посредством его связи с правопорядками двух или более государств. Интернет-правоотношение имеет международный характер, если обстоятельства его возникновения, изменения или прекращения вызывают наступление правовых последствий, предусмотренных нормами нескольких правопорядков. Связь правоотношения с правопорядками двух и более государств отражает юридический факт, являющийся основанием возникновения соответствующего правоотношения, юридическое значение которому придается в рамках правопорядков соответствующих государств. Юридический факт должен играть «роль квалифицирующего признака правоотношения международного характера в сети Интернет» (Л. В. Горшкова).

В западной доктрине установление наиболее тесной связи интернет-отношения с правом какого-либо государства основано на концепции «целенаправленной деятельности». Способы передачи информации подразделяются на «активные» (электронная почта, ICQ, CMC/MMC рассылка) и «пассивные» (webсайт, ftpсайт). Деятельность может считаться «направленной», если для передачи информации использовались «активные» способы. При «пассивном» способе передачи информации (webсайт, ftpсайт) «направленность» деятельности может проявляться: язык сайта, валюта платежа, регистрация сайта в национальных поисковых системах или национальной зоне адресации доменных имен, размещение рекламы сайта или помещение ссылки на сайт в национальных публикациях (А. С. Мальцев).

Концепция «целенаправленной деятельности» представляет интерес, но критерий определения целенаправленности предлагается иной – «национальность правовых последствий». Практически любое интернет-отношение (в особенности в случае возникновения судебного спора, для целей разрешения которого и определяется иностранный элемент) имеет правовые последствия в реальном мире. Как правило, «национальность последствий» установить можно – личный закон провайдера, пользователя, собственника ресурса; место нахождения сервера, место наступления вредоносных последствий, закон страны суда.

Определение связи интернет-отношения с иностранным правопорядком по критерию «национальности правовых последствий» может облегчить разрешение интернет-споров.

Любое отношение частно-правового характера, имеющее какую бы то ни было связь с иностранным правопорядком, априорно находится в сфере действия МЧП. Интернет по определению представляет собой трансграничную среду, поэтому все частно-правовые интернет-отношения – сфера действия МЧП. Другой вопрос – есть ли необходимость в зависимости от конкретных обстоятельств дела устанавливать применимое право, решать коллизионный вопрос. Может иметь место ситуация, когда связь интернет-отношения с иностранным правопорядком является «невидимой», на применении иностранного права не настаивает ни один из участников спора, все обстоятельства дела связаны с территорией государства суда. В этом случае решение коллизионного вопроса не имеет никакого смысла; суд должен применять свое собственное право (можно говорить об имплицитной отсылке к праву страны суда).

Подавляющее большинство интернет-отношений имеют частно-правовой характер, в связи с чем поведение участников этих отношений необходимо рассматривать с точки зрения МЧП, т. е. прежде всего с позиций определения применимого права. На практике установить связь интернет-отношения с правом иностранного государства бывает весьма затруднительно. Можно предложить следующие решения:

1) если связь с иностранным правопорядком является явной, «видимой» (нарушены иностранные права на средство индивидуализации) или стороны настаивают на применении иностранного правопорядка, необходимо решать вопрос о применимом праве на основе коллизионных норм страны суда, раскрывающих содержание принципа тесной связи применительно к конкретному отношению;

2) если связь с иностранным правопорядком «видимо» не проявляется, следует решать вопрос с точки зрения прагматического подхода:

– решение суда потенциально должно быть признано и исполнено на территории иностранного государства – суду следует решать коллизионный вопрос и устанавливать применимое право;

– решение суда априорно исполняется на территории данного государства – следует применять право страны суда.

Интернет – новая правовая среда, опровергающая традиционные представления о действии правовых норм в пространстве. Интернет принципиально меняет существующую правовую реальность. Применительно к интернет-отношениям возникают две основные проблемы МЧП:

– юрисдикции какого государства подчинено интернет-правоотношение;

– право какого государства подлежит применению.

В настоящее время на законодательном уровне не разрешена ни одна из этих проблем. Правовое регулирование интернет-отношений только формируется и пути его развития не определены (Е. Б. Леанович).

Самый простой способ предотвращения коллизий законов и коллизий юрисдикций – институт автономии воли сторон. Как правило, в интернет-отношениях стороны почти всегда имеют возможность выбрать применимое право и место рассмотрения спора.

19.3
Коллизионные привязки в интернет-отношениях

В доктрине разработаны модели решения коллизионных проблем в Интернете:

– унификация материальных норм «киберправа»;

– признание Интернета в качестве особой юрисдикции и создание системы специальных интернет-арбитражей для решения соответствующих споров;

– унификация коллизионных норм.

Доктрина предлагает варианты создания системы единообразных материальных норм «киберправа»:

– постепенное формирование на основе национальной судебной практики своеобразного «общего интернет-права» по аналогии с lex mercatoria;

– принятие универсального международного соглашения наподобие Венской конвенции 1980 г. или Принципов УНИДРУА.

Ввиду принципиальных различий в подходах к Интернету в законодательстве и судебной практике, разногласий между развитыми и развивающимися странами относительно защиты прав интеллектуальной собственности разработка универсальной международной конвенции представляется неосуществимой задачей. Формирование «общего интернет-права» по аналогии с lex mercatoria – процесс во многом неупорядоченный и длительный, а правовое регулирование интернет-отношений актуально уже сегодня.

Всеобщее признание Интернета особой юрисдикцией и создание универсальной системы «киберсудов» может иметь место только в отдаленной перспективе. Одновременно необходимо подчеркнуть, что в некоторых государствах «электронный арбитраж» уже закреплен законодательно (США, Швейцария).

Унификация коллизионных норм – оптимальный вариант решения коллизионных проблем в Интернете. Однако и в этой области существуют проблемы:

1) способ унификации – создание принципиально новых интернет-привязок либо приспособление существующих коллизионных норм к интернет-отношениям. В доктрине существуют два противоположных подхода:

– специфика сети требует разработки специальных правил, непосредственно предназначенных для определения права, подлежащего применению к интернет-отношениям;

– закрепленные в международном и национальных правопорядках критерии определения применимого права и разграничения юрисдикции применимы и к интернет-отношениям;

2) определение принципа наиболее тесной связи применительно к интернет-отношениям;

3) приоритетный подход – гибкое коллизионное регулирование либо применение жестких коллизионных норм.

Традиционно используемые в МЧП привязки для определения применимого права «закон места нахождения», «закон места заключения», «закон места причинения» в интернет-отношениях приобретают иное звучание и используются в сочетании с критерием «место нахождения сервера» (Е. Б. Леанович). Нахождение сервера – это место расположения коммуникационной системы (оборудования и программного обеспечения). Физическое место нахождения сервера, на котором размещена информация (webсайт), не может рассматриваться в качестве критерия этой привязки. Место расположения оборудования квалифицируется как место нахождения сервера, если оборудование или расположенное на нем программное обеспечение находятся во владении определенного лица и с их помощью совершаются действия, имеющие решающее значение для интернет-отношения.

Директива ЕС об электронной коммерции 2000 г. упоминает коллизионную привязку «место учреждения провайдера» (п. 19 Преамбулы). Организация-провайдер может быть зарегистрирована в одном государстве, оказывать услуги в другом государстве или на территории нескольких государств, экономические и правовые последствия оказания услуг могут иметь место во всем мире. Определение места учреждения провайдера необходимо для установления юрисдикции по делу с его участием и во многом сходно с определением личного статута юридического лица.

При определении места учреждения провайдера наряду с местом регистрации должна учитываться фактически осуществляемая провайдером экономическая деятельность. Местом учреждения компании, оказывающей услуги с использованием интернет-сайта, является не место нахождения технологической инфраструктуры и не место, откуда возможен доступ к сайту, а то место, где компания осуществляет свою экономическую деятельность. Если провайдер зарегистрирован в нескольких местах, следует определить, в каком именно оказывается услуга. Если это определить невозможно, местом учреждения провайдера считается место, в котором провайдер осуществляет основную деятельность, связанную с оказанием профессиональных услуг.

Для определения места учреждения провайдера Директива использует не только формальный признак места регистрации, но и принцип места осуществления экономической деятельности, и принцип наиболее тесной связи с правоотношением. Место учреждения провайдера не должно определяться по месту нахождения технологической инфраструктуры, обеспечивающей функционирование интернет-сайта, и по месту, из которого можно получить доступ к сайту. Сайт может быть создан и управляться лицом, не имеющим отношения к владельцу технологической инфраструктуры (серверов, кабелей). Провайдеры могут состоять в договорных отношениях, при которых один провайдер предоставляет другому необходимую технологическую инфраструктуру и обеспечивает ее функционирование. Провайдер-пользователь предоставленной инфраструктуры может располагать ею для оказания услуг по хостингу.

Для определения права, применимого к форме сделки, необходимо выяснить, что считается местом совершения сделки в Интернете. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле устанавливает:

– местом отправления электронного сообщения является место жительства или место нахождения коммерческого предприятия отправителя;

– местом получения электронного сообщения является место жительства или место нахождения коммерческого предприятия получателя сообщения.

Место заключения интернет-договора – это место жительства физического лицаоферента или основное место деятельности юридического лицаоферента. Место совершения односторонней интернет-сделки – место жительства физического лица или основное место деятельности юридического лица, совершившего сделку (А. С. Мальцев).

Генеральной коллизионной привязкой к правам и обязанностям сторон интернетсделки должна быть автономия воли. При отсутствии выбора сторонами применимого права к правам и обязанностям контрагентов применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Как правило, в интернет-договорах – это право страны основного места деятельности услугодателя (провайдера услуг электронной почты, услуг хостинга – как право основного места деятельности стороны договора, осуществляющей характерное исполнение).

Наиболее тесная связь договорного отношения с определенным правопорядком может быть установлена посредством использования иных презумпций (А. С. Мальцев):

– договор, заключенный в режиме он-лайн, но исполненный в реальном мире (поставка «физических» товаров, выполнение работ, оказание услуг), должен регулироваться правом места исполнения договора;

– договор о распространении рекламы в Интернете должен регулироваться правом страны, на граждан или жителей которой направлена реклама;

– договор об уступке права на доменное имя должен регулироваться правом страны регистратора доменного имени.

«Основное место деятельности» применительно к интернет-отношениям – это место нахождения коммерческого предприятия лица, ведущего «виртуальный бизнес». При отсутствии у лица коммерческого предприятия под основным местом деятельности «виртуального бизнеса» необходимо понимать место жительства физического лица, ведущего такую деятельность. Если место жительства или место нахождения коммерческого предприятия не связаны с той деятельностью, которую лицо ведет в Интернете, под основным местом деятельности «виртуального бизнеса» следует понимать место проживания или основное место деятельности лиц – потребителей услуг «виртуального бизнеса».

Применительно к «потребительским интернет-сделкам» электронная оферта или реклама считается полученной потребителем в стране его проживания, если контрагент потребителя довел оферту или рекламу до сведения потребителя целенаправленным образом. Потребитель должен считаться совершившим действия, необходимые для заключения договора, в стране своего места жительства.

При определении права, применимого к обязательствам вследствие причинения вреда, необходимо различать «внесетевой» (проявляющийся физически – нарушение нормальной работы в результате «заражения» компьютерным вирусом) и «внутрисетевой» (полностью нематериальный – распространение в Интернете порочащих и не соответствующих действительности сведений) вред. Эффект «внутрисетевого» вреда можно делить на «простой» (действия причинителя затрагивают конкретного потерпевшего) и «сложный» (действия причинителя затрагивают третьих лиц, знакомящихся с вредоносной информацией).

Место вреда, причиненного в сети Интернет, необходимо определять альтернативно – и как «место действия» (основное место деятельности или место жительства причинителя вреда), и как «место результата» (основное место деятельности или место жительства потерпевшего при «простом» эффекте; место жительства третьих лиц при «сложном» эффекте причинения вреда) (А. С. Мальцев).

К обязательствам из причинения вреда при нарушении прав на результаты интеллектуальной деятельности должно применяться lex protectionis – законодательство государства, предоставившего защиту соответствующему праву на результаты интеллектуальной деятельности.

Наиболее известная форма недобросовестной конкуренции в сфере использования информационных технологий – это «кибер-сквоттинг» («захват доменов»), т. е. регистрация доменных имен, совпадающих с чужими товарными знаками или фирменными наименованиями. К «кибер-сквоттингу» как форме недобросовестной конкуренции, связанной с нарушением прав на результаты интеллектуальной деятельности, подлежит применению право страны, предоставившей защиту соответствующему праву на результаты интеллектуальной деятельности.

Другая форма недобросовестной конкуренции в сфере использования информационных технологий – ненадлежащая электронная реклама (практика «оплаченных ссылок» или «купленных ключевых слов»), вводящая пользователей в заблуждение относительно релеватности результатов поиска (А. С. Мальцев). Понятие «рынка, затронутого недобросовестной конкуренцией» применительно к интернет-правоотношениям следует понимать как сферу реализации товаров и услуг потребителям, проживающим в определенной стране. К

обязательствам, возникающим вследствие ненадлежащей электронной рекламы, подлежит применению право страны, потребители которой введены в заблуждение такой рекламой.

Неосновательное обогащение в сети Интернет выражается в приобретении безналичных денежных средств («электронных денег») и имущественных прав без соответствующего правового основания. В литературе приводятся определения понятия «место неосновательного обогащения» (А. С. Мальцев):

1) место нахождения денежных средств или «электронных денег» – предполагается, что «электронные деньги» физически находятся в соответствующем учреждении. К правоотношению из неосновательного обогащения будет применимо право страны места нахождения банка (либо оператора иной платежной системы). Однако для внедоговорных отношений вследствие неосновательного обогащения, складывающихся между другими субъектами, право страны банка не является близким;

2) место совершения действия, приведшего к неосновательному обогащению. В Интернете место совершения действия следует отождествлять с основным местом деятельности или местом жительства лица, совершившего действие. К обязательству возвратить средства, неосновательно полученные или сбереженные вследствие ошибочного платежа, применяется право страны основного места деятельности или места жительства потерпевшего, произведшего платеж;

3) место неосновательного обогащения, установленное на основании принципа тесной связи (обстоятельства, вызвавшие неосновательное обогащение);

4) основное место деятельности или место жительства приобретателя в момент, когда он получил возможность распоряжаться объектом неосновательного обогащения.

В системе действующих коллизионных норм практически все обязательственные отношения (и договорного, и внедоговорного характера) предполагают возможность выбора права сторонами отношения. Этот выбор может быть неограничен (договоры) или ограничен (деликты, неосновательное обогащение, потребительские договоры). В интернет-отношениях господствующей коллизионной привязкой следует признать автономию воли сторон.

В интернет-отношениях стороны, принадлежащие к одному государству и совершающие интернет-сделку, все обстоятельства которой связаны только с данным государством, должны иметь право выразить автономию воли в пользу применения иностранного правопорядка. Сам факт заключения сделки в Интернете автоматически связывает ее с правопорядками других государств. Эта связь может быть невидимой, но она присутствует в любом случае. Любая интернет-сделка находится в сфере действия МЧП, и свободное право сторон избрать иностранный правопорядок на основе их волеизъявления – генеральная коллизионная привязка международных договорных отношений.

В отсутствие выбора права коллизионное регулирование должно быть основано на принципе наиболее тесной связи, которая устанавливается судом в каждом конкретном случае исходя из условий сделки и фактических обстоятельств дела.

Правоотношения по использованию объектов интеллектуальной собственности в Интернете зачастую связаны с территорией многих государств. В Сети территориальная локализация отношений является чрезвычайно затруднительной. Например, произведение, созданное во Франции, без согласия автора загружается на сайт, поддерживаемый немецким провайдером. На данный сайт можно зайти в любой стране. Право какого государства следует применять в данной ситуации – немецкое, французское или всех тех государств, в которых можно загрузить либо скачать данное произведение? Если следовать принципу lex loci protectionis, предусмотренному в Бернской конвенции по охране литературных и художественных произведений (1886 г.), то в вопросах защиты авторских прав в связи с использованием Интернета суды вправе применить национальные законы всех государств, в которых это произведение можно загрузить в Интернет.

Доктрина

В доктрине высказывается мнение, что к отношениям по использованию объектов авторских и смежных прав в Интернете должны применяться традиционные «жесткие» коллизионные привязки. Самым предпочтительным представляется применение права страны суда. Данная формула прикрепления зафиксирована действующими международными договорами, наилучшим образом учитывает территориальный характер авторских прав и принцип национального режимам их охраны. Нормы законов разных государств об авторском и смежных правах схожи между собой, следовательно, суды часто будут приходить к одинаковым выводам вне зависимости от места рассмотрения спора и применяемого закона (П. Д. Барановский).

Территориальная локализация отношений по использованию в Интернете объектов права промышленной собственности (средств индивидуализации – доменных наименований) представляется более простой задачей, чем территориальная локализация отношений по использованию объектов авторских и смежных прав. Это обусловлено регистрационным способом охраны доменных наименований.

Оптимальный вариант коллизионного регулирования интернет-отношений из права интеллектуальной собственности – применение принципа наиболее тесной связи. Однако сразу же возникает вопрос: по каким критериям должен устанавливаться правопорядок, с которым интернет-отношение наиболее тесно связано?

В настоящее время Рабочая группа ВОИС активно занимается проблемами МЧП, связанными с охраной авторских прав в Интернете. В качестве одного из возможных вариантов исследуется возможность применения права страны, на территории которой автор считается имеющим постоянное место жительства. Данная привязка должна применяться не на основе lex domicilii, а на основе lex loci delicti commissi, поскольку вредоносные последствия наступили в данной стране, независимо от места совершения вредоносного деяния.

Рабочая группа считает, что местом совершения правонарушения должно считаться место наступления вредоносного результата, так как вред будет «почувствован» в стране проживания автора. Однако данный вариант противоречит общему принципу определения юрисдикции из деликтных исков (место жительства ответчика). Проблема может еще более усложниться, если произведение создано соавторами, которые проживают в разных государствах. В этом случае возникнет проблема приоритета места жительства.

Рассматривается вопрос и о применении права страны, где происходит первоначальное действие (начало процесса передачи информации). В интернет-отношениях это страна места нахождения сервера, который незаконно поддерживает произведение в Интернете. Такой подход воспринят в Директиве ЕС о спутниковом вещании и кабельной ретрансляции для определения права, применимого к регулированию вопросов охраны работ, передаваемых через спутники: «Передача информации общественности через спутник происходит на территории того государства-участника, где под контролем и ответственностью радиовещательной организации несущие программы сигналы внедряются в непрерывную сеть связи, идущую к спутнику и от него обратно вниз на Землю».

Применение права страны места нахождения сервера упрощает работу судов и обеспечивает определенный уровень предсказуемости. Однако этот коллизионный принцип сложно применить в интернет-отношениях:

1) создание «убежищ от наказаний за нарушения авторских прав». Если незаконная загрузка какого-либо объекта в Интернет не считается нарушением по законодательству хотя бы одного государства, данное деяние не будет считаться нарушением по всему миру;

2) в различных странах существует несколько точек загрузки или серверов, через которые одновременно осуществляется загрузка. В итоге результат будет таким же трудно достижимым, как и в случае применения права тех стран, где находятся пользователи Интернета.

В американской доктрине разработана цепочка коллизионных норм, основанных на принципе наиболее тесной связи и применимых к регулированию интернет-отношений из прав интеллектуальной собственности (Дж. Гинзбург);

3) право страны постоянного места жительства или основного места ведения коммерческой деятельности оператора интернет-сайта (если незаконно скопированное произведение обнаружено на данном сайте); физического или юридического лица, инициировавшего связь с пользователями Сети (если незаконно скопированное произведение не обнаружено на данном сайте) при условии, что положения данного права совпадают с нормами Бернской конвенции и Соглашения ТРИПС;

4) если положения применимого права, указанного в п. 1, не совпадают с нормами Бернской конвенции и Соглашения ТРИПС, должно применяться право страны места нахождения сервера, на котором находится незаконно скопированное произведение (при условии, что положения данного права совпадают с нормами Бернской конвенции и Соглашения ТРИПС);

5) если третья страна докажет, что она имеет «более тесную связь» с данной ситуацией, должно применяться право этой третьей страны (при условии, что положения данного права совпадают с нормами Бернской конвенции и Соглашения ТРИПС);

6) по умолчанию может применяться lex fori, если государство места суда является участником Бернской конвенции или членом Всемирной Торговой Организации.

19.4
Правовое регулирование интернет-коммерции

Одними из наиболее распространенных правоотношений в Интернете являются международные коммерческие сделки. Интернет-коммерция – это совокупность технологических, экономических, финансовых и юридических взаимоотношений. Развитие интернет-торговли вызывает значительные изменения в правовой инфраструктуре бизнеса (Н. Соловяненко).

Интернет-договор – это договор, заключаемый с помощью электронных средств связи и вычислительной техники, без составления бумажных документов. Сущностная характеристика «электронных договоров» – их особая форма, которая при соблюдении определенных условий приравнивается к письменной. Электронный договор признается гражданско-правовым, и любое правоотношение в сфере электронной торговли должно оцениваться в соответствии с требованиями гражданского законодательства.

Общепризнанного определения термина «электронная коммерция» не существует. ВТО под электронной коммерцией понимает производство, рекламу, продажу и распространение товаров посредством телекоммуникационных сетей. В рамках ОЭСР под электронной коммерцией понимаются все виды и формы коммерческих сделок, включая коммерческую деятельность физических и юридических лиц, которые базируются на обработке и передаче данных в цифровой форме, включая текст, аудио и видеопередачи (Л. В. Горшкова).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 г.) не предлагает определение электронной коммерции. Данный термин следует толковать широко, чтобы он охватывал вопросы, вытекающие из всех отношений торгового характера, договорных и недоговорных. Электронная коммерция включает любые торговые сделки на поставку товаров или услуг, обмен товарами или услугами, дистрибьюторские соглашения, коммерческое представительство и агентские отношения, факторинг, лизинг, инжиниринг, куплю-продажу лицензий, банковские услуги, страхование, перевозку.

Электронная коммерция не должна ограничиваться рамками купли-продажи, поскольку существует целый ряд коммерческих гражданско-правовых сделок, заключаемых с помощью электронных средств через Интернет или иные электронные сети.

В Руководстве для законодательных органов государств по принятию Типового закона об электронной торговле подчеркнуто, что Закон предназначен не только для применения в контексте существующих электронных, оптических или аналогичных средств передачи данных, но и для учета новейших технологических разработок.

Обеспечение проведения финансовых операций в Интернете – одна из ключевых проблем электронной коммерции. Существуют несколько систем, обеспечивающих проведение платежей через Сеть: банковские смарт-карты, «электронные деньги» (файлы, содержащие денежные обязательства третьего лица). Уникальность этих систем заключается в невозможности их копирования. В ЕС принята специальная Директива, посвященная электронным платежам. Электронные деньги – это денежные средства – «электронные суррогаты монет и банкнот». Выпуск и использование электронных денег разрешен даже некредитным организациям.

Структура интернет-коммерции специфицируется в трех основных блоках:

– торговля B2B (business to business) – контрагентами выступают коммерческие организации;

– торговля B2C (business to consumers) – коммерческие организации вступают в правоотношения с частными лицами;

– торговля B2G (business to government) – осуществление коммерческих отношений между государством и профессиональными предпринимателями.

Эти блоки электронной торговли существуют как площадки розничных интернет-магазинов, B2B порталы поставщиков и закупщиков, электронные биржи.

На международном уровне правовая база интернет-коммерции находится в стадии формировании. В рамках ООН разработаны рекомендации ООН в отношении Типового договора по обмену электронными данными для использования в международной торговле. Генеральная Ассамблея ООН приняла Конвенцию об использовании электронных сообщений в международных договорах (открыта для подписания в 2006 г.).

В 1998 г. Генеральный Совет ВТО принял Рабочую программу по электронной торговле. В рамках ВТО разработано и подписано Соглашение по информационным технологиям, в рамках ЮНСИТРАЛ – Типовые законы по электронной коммерции и по электронным подписям.

В ЕС действуют Директива о защите потребителей в случае заключения контрактов на расстоянии (1997 г.) и резолюция Совета ЕС «Потребительское измерение в информационном обществе» (1999 г.), в которых закреплено, что потребители должны иметь возможность использовать средства защиты в стране постоянного места жительства. Издано распоряжение, согласно которому электронно-цифровая подпись имеет силу во всех странах ЕС с 2001 г. В 2000 г. была принята Директива ЕС о деятельности в сфере электронных денег и пруденциальном надзоре над осуществляющими ее учреждениями.

В 1999 г. Австралия приняла Закон об электронных сделках, Канада – Единообразный закон об электронной торговле. Оба разработаны по образцу Типового закона об электронной торговле. В Мексике в 2000 г. в Гражданский, Торговый и Гражданский процессуальный кодексы, в Федеральный закон о защите потребителей были внесены изменения и дополнения, относящиеся к регулированию сделок в электронной торговле (основаны на Типовом законе об электронной торговле).

В Ирландии в 2000 г. принят Закон об электронной торговле. В Испании в 2002 г. – Закон об услугах информационного общества и электронной торговле. Оба акта включают положения Директивы ЕС об электронной торговле.

По вопросам электронной коммерции Гаагская конференция по МЧП в 1999 г. предложила рекомендации, которые могут служить основой для разработки правил регулирования интернет-коммерции (А. Мережко):

1) вместо создания новых норм для регулирования электронной коммерции следует применять существующие правила, принципы и процедуры путем соответствующего толкования, включая использование функциональных эквивалентов;

2) для контрактов он-лайн в вопросах юрисдикции и применимого права, если исполнение соответствующего обязательства осуществляется в режиме оф-лайн, существующие нормы МЧП продолжают оставаться в силе. Если исполнение контракта осуществляется в режиме он-лайн, место исполнения не имеет значения в качестве коллизионной привязки. В таком случае соответствующей коллизионной привязкой является место нахождения каждой стороны контракта;

3) при осуществлении электронных сделок в вопросах применимого права и юрисдикции ведущим принципом должен быть принцип автономии воли сторон.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле 1996 г. – это модельный акт, с помощью которого страны могут в национальном законодательстве решить основные проблемы, связанные с правовым регулированием интернет-договоров. В Типовом законе закреплены ориентиры для толкования таких требований, как «письменная форма», «подпись» и «подлинник» применительно к электронным сообщениям. Закон применяется к любому виду информации в форме сообщения данных, используемой в контексте торговой

деятельности. Под термином «сообщение данных» понимается информация, подготовленная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс.

Правовой режим электронного обмена данными основан на принципах функционального эквивалента и технологической нейтральности электронных подписей. Если национальный закон предписывает, чтобы действия, связанные с заключением и исполнением сделок, осуществлялись в письменном виде или с использованием письменных документов, это требование считается выполненным, если необходимые действия осуществляются посредством электронных сообщений с соблюдением положений законодательства.

Главная проблема интернет-коммерции – непризнание государственными органами и судами юридической силы документов и сообщений, существующих только в электронной форме. Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях 2001 г. основной упор делает на придание юридического статуса электронным документам. Если закон предусматривает, что информация должна быть в письменной форме, предписание считается выполненным, когда полученная информация доступна для использования впоследствии.

Основное отличие цифровой подписи от обычной заключается в том, что цифровой подписью заверяется не бумага или материальный носитель, а содержание документа, т. е. информация. Электронная цифровая подпись может быть использована для подтверждения целостности и неизменности, авторства любой информации, представленной в форме электронных документов, текстовых или графических файлов, отдельных строк и записей в базах данных.

Типовой закон 2001 г. конституирует понятие электронной подписи посредством перечисления ее функций. В Законе сформулированы условия, когда электронная подпись может быть признана юридически значимой:

1) данные, представляющие собой электронную подпись, должны быть непосредственно связаны с лицом, подписавшим документ. Подпись должна исключать неясность относительно того, кто ее поставил;

2) подписание в момент, когда оно совершалось, было подконтрольно только подписывавшему лицу. Предполагается, что лицо само, выражая свою волю, подписывает документ, и никто не может поставить его подпись без его ведома. Если кто-либо действует от имени другого лица, применяются общие правила о представительстве;

3) любое изменение электронной подписи, сделанное после подписания, может быть выявлено. Это требование не касается изменений подписанного документа и не означает, что измененная подпись утрачивает юридическую силу. Все изменения должны быть известны контрагенту, который и будет принимать решения;

4) если по закону подпись требуется для подтверждения целостности подписанного документа, любое изменение в нем, сделанное после подписания, может быть выявлено. Это требование является стандартным для электронной цифровой подписи, т. е. подписи, сделанной с использованием средств криптографии, но не обязательно для других видов электронной подписи.

Типовой закон 2001 г. устанавливает, что власти страны могут признать надежной ту или иную технологию подписания. Этим презюмируется, что все документы, подписанные с использованием данной технологии, будут иметь юридическую силу. Данный Закон также устанавливает общее правило: иностранная подпись должна быть признана в стране получателя подписанного документа.

Конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах (23 ноября 2005 г.) – первый универсальный международный акт, который устанавли-

вает единообразные правила в понимании электронной торговли и форм ее осуществления. В Конвенции затрагиваются вопросы:

– определения места нахождения сторон при заключении договоров с использованием электронных средств;

– времени и места отправления и получения электронных сообщений;

– использования автоматизированных систем сообщений для заключения договора;

– установления критериев, которыми следует руководствоваться для установления функциональной эквивалентности электронных сообщений бумажным документам, эквивалентности электронных методов подтверждения подлинности подписям, проставленным от руки.

На международном уровне сложился основной принцип интернет-коммерции – стороны, заключившие электронную сделку, не могут ставить ее под сомнение только на том основании, что она заключена или исполняется электронным способом и в основе ее не лежит традиционный бумажный документооборот, сопровождаемый традиционной собственноручной подписью (Н. Соловяненко).

Развитие интернет-коммерции приводит к необходимости разработать дополнительные критерии для квалификации сделок в Интернете в качестве международных коммерческих контрактов. Территориальный критерий места нахождения коммерческих предприятий сторон в разных государствах не является удовлетворительным применительно к сделкам в сети Интернет. Практика заключения сделок в Интернете показывает, что место нахождения коммерческого предприятия сторон не всегда можно установить в связи с ведением коммерческой деятельности «виртуальными компаниями» без связи с физическим местом нахождения.

В интернет-коммерции необходимо принимать во внимание место нахождения оборудования (сервера), на котором размещен сайт, используемый для совершения сделки. Фактическое место расположения оборудования может рассматриваться в качестве места нахождения предприятия, если предприниматель имеет сервер во владении. Однако возможность размещения веб-сервера в странах с наиболее благоприятным законодательством, т. е. искусственное подчинение правоотношения правопорядку другого государства, не позволяет придавать критерию места нахождения сервера квалифицирующее значение. Возможность регистрации адреса интернет-сайта вне зависимости от фактического нахождения заявителя в определенном географическом регионе также не позволяет идентифицировать лиц, осуществляющих деятельность в Интернете.

Субъект интернет-бизнеса может не иметь ни торгового помещения, ни офиса, ни склада, ни персонала, и единственными идентифицирующими его признаками будут выступать адреса интернет-сайта и веб-сервера. Веб-сервер считается постоянным учреждением предприятия при условии, что функции, выполняемые с его помощью, играли существенную и даже незаменимую роль в предпринимательской деятельности предприятия в сети Интернет. Во внимание принимается не столько место расположения оборудования, сколько его принадлежность конкретному лицу.

Адрес интернет-сайта (домен) указывает на правовую связь с конкретным государством, за которым закреплен определенный сегмент Сети. Однако пользователь может иметь веб-серверы и регистрировать доменные имена интернет-сайтов в странах, в которых он не имеет «коммерческого предприятия». Адрес интернет-сайта отражает принадлежность доменного пространства определенному государству, но не может определять место нахождения лица или место осуществления его деятельности в Интернете.

Критерий места нахождения коммерческих предприятий на территории разных государств учитывает не только то, что стороны находятся в разных странах, но и то, что они связаны с разными правовыми системами. Ведение коммерческой деятельности в Интер-

нете не выводит предприятия из правового поля соответствующих государств. Осуществление интернет-коммерции не препятствует установлению места учреждения предприятия или места нахождения его правления.

В некоторых случаях из-за невозможности установить место нахождения коммерческого предприятия критерий «национальность» компании, определяемый по принципу инкорпорации или места нахождения правления, позволяет выяснить правовую связь с определенным государством. Учитывая объективные трудности определения места нахождения коммерческого предприятия, целесообразно использовать субсидиарный критерий «государственной принадлежности» сторон разным государствам (Л. В. Горшкова).

19.5
Система международных стандартных сообщений в интернет-коммерции

В развитых странах в сфере торговли и транспортных услуг традиционная система деловой бумажной информации заменена межкомпьютерной передачей стандартных деловых документов (система ЭДИ) и международных стандартных сообщений (ЭДИФАКТ). ЭДИФАКТ ООН – это Правила электронного обмена данными для администрации, торговли и транспорта. EDI представляет собой сочетание бизнеса, компьютерной обработки и передачи данных, это непосредственный обмен стандартными деловыми формами между компьютерами. Стандарт UN/EDIFACT поддерживается Европейской экономической комиссией ООН, в которой действует специальная Четвертая рабочая группа, обеспечивающая сопровождение и ежегодный выпуск новых редакций UN/EDIFACT. В настоящее время существуют три стандарта EDI.

В 1995 г. была принята рекомендация Европейской экономической комиссии ООН, которая установила: «При внутреннем применении EDI, осуществляемом на национальном, региональном или местном уровне в рамках нового или более совершенного механизма обмена данными, государственные органы должны выбирать стандарты таким образом, чтобы обеспечить возможность применения UN/EDIFACT. Странам, в которых государственные органы еще не внедрили EDI или только начинают его внедрение, рекомендуется начать непосредственно с использования и внедрения UN/EDIFACT».

ЭДИФАКТ представляет собой единый язык для обмена информацией в глобальном масштабе между всеми видами транспорта, грузоотправителями, грузополучателями, банками, таможнями и другими субъектами процесса доставки грузов. Создан конвертер, позволяющий преобразовывать любой перевозочный документ в стандарт ЭДИФАКТ (и обратно) и делающий этот документ доступным для любого абонента европейской сети.

ЭДИФАКТ – это особый, структурированный язык данных, связанных с описанием всех видов коммерческой деятельности, построенный на основе информационной логистики. С помощью элементов и сегментов стандартных информационных сообщений можно составить описание любого документа, формировать его электронную форму и транслировать в открытых телекоммуникационных сетях без опасения перехвата закрытой коммерческой информации. Например, составленные на русском языке документы могут быть успешно транслированы как для русских получателей, так и для зарубежных партнеров на всех европейских языках. В месте получения закодированной информации с помощью специальных программных средств, настроенных только на систему получателя, ЭДИФАКТ-сообщение разворачивается в обычную читаемую форму. ЭДИФАКТ-сообщение играет роль и автоматизированной системы делового администрирования, не позволяющей какому-либо партнеру уйти от ответственности за свою информацию.

По рекомендации ЮНКТАД язык ЭДИФАКТ выбран как главное средство общения центров эффективной торговли. В центрах эффективной торговли осуществляется информационно-документальное сопровождение всего цикла внешнеторговой операции – от производства товара до его появления на «столе» потребителя. Это круглосуточно действующие информационно-вычислительные центры, связанные между собой соглашениями об информационном обмене и имеющие собственные базы данных о котировках на рынках товаров и услуг, коммерческих трансграничных предложениях, национальном внешнеторговом законодательстве.

EDI является ключевым компонентом стратегии «точно в срок», обеспечивающей оперативное удовлетворение запросов заказчика на участке «поставщик-клиент» и значительное снижение расходов складского хранения. EDI в соединении с Интернетом позволяет осуществлять электронные транзакции в реальном времени и ускорить процессы взаимодействия между торговыми партнерами. В 2003 г. был разработан формат AS2, который объединяет EDI и Интернет. Этот стандарт позволяет обмениваться цифровыми данными через протокол http.

19.6
Информационные технологии в международных валютно-кредитных операциях

Для повышения эффективности международных валютно-кредитных операций необходима их максимальная компьютеризация. В настоящее время сложились системы международного обмена информацией: общие сети платежной документации, канал для операций с кредитными платежными средствами (EPSNET). Применяются международные автоматизированные системы межбанковских расчетов: по торговле ценными бумагами – СЕДЕЛ, по валютным операциям и информационным услугам – «Рейтер монитор сервис». В 1973 г. в Брюсселе было создано акционерное общество – Всемирная межбанковская финансовая телекоммуникационная сеть (СВИФТ) (функционирует с 1977 г.), основной задачей которой является скоростная передача банковской и финансовой информации, ее сортировка и архивирование. С 1987 г. СВИФТ обслуживает небанковские учреждения – брокерские и дилерские фирмы, клиринговые, страховые, финансовые компании.

Обработка информации в системе СВИФТ охватывает контроль, проверку подлинности отправителя и получателя, распределение сообщений по срочности, шифровку информации. Основное достижение СВИФТ – создание и использование стандартов банковской документации, признанной ISO. Унификация банковских документов позволила избежать многих ошибок при международных межбанковских расчетах.

Предпосылка успешного функционирования СВИФТ – стандартизация форматов сообщений, т. е. разработка единого «языка банков». В 1974 г. завершилась разработка типовых сообщений: движение платежей клиентов, межбанковское движение платежей, данные о кредитных и валютных операциях, выписки из текущих счетов банков за один день. В 1988 г. завершена стандартизация операций: продажа и оформление ценных бумаг, инкассовые и аккредитивные операции; балансовый отчет для клиентов; чек/блокирование счета; торговля драгоценными металлами; синдицированный кредит; дорожные чеки; гарантии.

Генеральная инспекция группы специалистов, проверяющих деятельность СВИФТ, гарантирует ее надежность. Группа подотчетна Совету директоров SWIFT. Для помещений SWIFT установлен режим ограниченного и контролируемого доступа.

Во второй половине 80-х гг. прощлого столетия была разработана усовершенствованная система СВИФТII (Международная межбанковская организация по валютным и финансовым расчетам по телексу) и новая система СТАРТ (автоматизированная система контроля за правильным осуществлением проводок по счетам). СВИФТII не только передает, но и сортирует информацию и организует архив.

В 1993 г. введено новое поколение финансовых интерфейсов – SWIFT Aliance, которое основано на открытых системах, служит единой платформой для всех средств финансовой связи и предоставляет потребителям стратегическую альтернативу параллельно предыдущим системам интерфейсов.

Использование СВИФТ способствует совершенствованию международных расчетных, валютных, кредитных операций:

– налажен и ускорен обмен информацией между банками и финансовыми учреждениями более 160 стран по телекоммуникационным линиям связи и автоматизированы их межбанковские операции;

– осуществляются безбумажные международные финансово-банковские операции с максимальным сокращением операционных расходов. Бумажные документы заменяются электронными;

– СВИФТ обеспечивает безопасность межбанковских операций, используя разные комбинации средств страхования риска. Уменьшаются банковские риски, связанные с потерей документов, ошибочной адресацией, фальсификацией платежных документов.

19.7
Компьютеризация рынка ценных бумаг Электронные биржи

Компьютеризация – фундамент новшеств на рынке ценных бумаг. Процесс компьютеризации на фондовой бирже происходит более интенсивно, чем в других сферах экономики. Это вызвано стремлением уменьшить издержки, связанные с оборотом фиктивного капитала, и ускорить получение информации о продаже и покупке ценных бумаг. Электронный торговый рынок в отличие от других фондовых рынков не предполагает присутствия специалиста (брокера), через которого идет заключение сделок. Компьютерная сеть позволяет участникам рынка самим осуществлять брокераж. Одновременно большое количество участников помогает обеспечивать прозрачность и ликвидность ценных бумаг.

Наибольших масштабов процесс компьютеризации биржи достиг в США, где действует около 18 электронных коммуникационных систем, которые объявляют и автоматически удовлетворяют заявки клиентов, конкурируя с фондовыми биржами и первичным рынком. Биржи всех стран Западной Европы, Японии, Канады и Австралии объединены в единую электронную сеть. Смысл объединения – выполнение заказов на бирже «в зависимости от наиболее благоприятной котировки».

Первой в мире электронной биржей стала американская NASDAQ (1971 г.). NASDAQ – это система автоматических котировок Национальной ассоциации дилеров ценных бумаг, электронная система торговли ценными бумагами. Фактически система NASDAQ действует как фондовый рынок на трех уровнях: получение наивысших котировок, получение всех котировок, введение в систему дилерами своих котировок. Первые сделки в системе NASDAQ были заключены 8 февраля 1971 г. Вначале NASDAQ просто показывала средние котировки 2500 низколиквидных ценных бумаг, не прошедших листинг на Нью-Йоркской и Американской фондовых биржах. В 1982 г. был основан Национальный рынок Nasdaq. Главное преимущество NASDAQ – участие на рынке обеспечивается посредством электронных коммуникационных сетей (ECN). В 1994 г. NASDAQ по среднегодовому объему торгов обошла Нью-Йоркскую фондовую биржу.

В 1998 г. головное подразделение NASDAQ (Национальная ассоциация дилеров ценных бумаг) и Американская фондовая биржа сообщили о своем слиянии и создании NasdaqAMEX Market Group – дочерней компании NASD. В 1999 г. компания NASD объявила о создании дочерней компании NasdaqJapan и NasdaqEurope. Вместе с NasdaqAMEX они организуют деятельность NASD по формированию глобального «рынка рынков», связывающего пулы (общие фонды) капиталов и обеспечивающего бесперебойный электронный доступ к финансовым центрам по всему миру.

NASD рассматривает Интернет как ключевой элемент для достижения преимущества среди конкурентов, поскольку скорость предоставления информации – ключевой вопрос в рыночной экономике. На «рынке рынков» Интернет – основное средство для передачи биржевых сводок многочисленным клиентам. Нью-Йоркская фондовая биржа в 1999 г. создала электронную площадку для торговли акциями, прошедшими листинг на бирже на базе электронной книги заявок, поступающих из Интернета, и получила доступ к акциям, котируемым на Насдак. Насдак заключила соглашение с японской интернет-инвестиционной компанией «Soft bank» и организовал уличный рынок «NASDAQJapan» на основе Интернет.

Система NASDAQ – всемирная электронная биржа, которая объединяет 3, 5 тыс. брокеров и более 300 рыночных центров, получает котировки по 4 тыс. ценных бумаг. Система NASDAQ работает как сеть электронных компьютерных систем (виртуальная

биржа). NASDAQ Stock Market – самый большой рынок акций в мире. На нем представлено более 5500 компаний. Ежедневно продается и покупается более 1 млрд акций. Токийская фондовая биржа полностью перешла на компьютерные системы CORES и FORES. Внебиржевая система торговли акциями молодых эмитентов производится через систему JASDAQ (аналог американской NASDAQ). Торговлю производными инструментами (фьючерсами и опционами) обслуживает система CORESFOP.

Немецкий внебиржевой рынок представляет собой автоматические торговые системы – система ИБИС/ХЕТРА (IBIS/XETRA), являющаяся аналогом американской НАСДАК. Система ИБИС (интегрированная информационная система биржевой торговли) была создана в 1989 г. как межбанковская информационная система, с 1991 г. функционирует как электронная торговая система, посредством которой осуществляется котировка избранных акций, облигаций и опционных бумаг. С 1998 г. начала функционировать система ХЕТРА (Exchange Electronic Trading), через которую могут заключаться до 60 сделок в секунду по 40 тыс. различных видов ценных бумаг.

В Англии традиционная организация заключения и исполнения сделок в торговом зале уступила место автоматизированной системе котировок фондовой биржи. С 1986 г. действует электронная система SEAQ, аналогичная американской NASDAQ. В 1997 г. внедрена система SETS, основанная на принципе ввода приказов. С 1996 г. функционирует электронная система Tradepoint, имеющая статус фондовой биржи. Она проводит котировку тех же акций, что и Лондонская фондовая биржа.

19.8
Защита авторских и смежных прав в сети Интернет

Коммерческое использование Интернета и появление технологий, позволяющих передавать и получать в сети значительный объем данных, привело к возникновению проблемы охраны авторских и смежных прав в цифровой среде. Основная функция Интернета – распространение информации. Интернет имеет трансграничный характер, который невозможно примирить с территориальным характером прав интеллектуальной собственности. Большинство проблем с этой сфере связано с «внетерриториальным» использованием объектов права интеллектуальной собственности при сохранении их территориального характера. Сайт в Интернете доступен для всех пользователей сети независимо от их географического положения.

Интернет изначально был задуман как источник информации. Совершенствование правовых норм в отношении охраны интеллектуальной собственности, введение ограничений на пользование этой информацией, взимание платы за пользование может привести к тому, что Интернет из «общемировой энциклопедии» превратится в коммерческую сеть с узким кругом пользователей. Такое положение вещей называют «цифровой дилеммой».

В доктрине, практике и законодательстве наблюдаются две противоположные тенденции:

– ограничение права воспроизводить объекты авторских и смежных прав для частных нужд (право частной копии), сужение круга изъятий из охраны авторских и смежных прав;

– максимальное сохранение в Интернете всех изъятий из охраны авторских и смежных прав.

Доктрина

В доктрине высказываются следующие точки зрения:

1) охрана авторских и смежных прав в Интернете не нужна, так как это будет препятствовать развитию информационных технологий и формированию единого глобального информационного пространства. Максимум – это возможность признания и охраны в цифровой среде личных неимущественных прав автора. Интернет – саморегулирующаяся система, где действуют неписанные правила и обычаи, нарушитель которых может быть «исключен из интернет-сообщества»;

2) материальные интересы авторов и иных правообладателей в достаточной степени обеспечены с помощью «классического» авторского права в «реальном мире», т. е. за пределами Сети. Интернет задумывался и создавался для свободного обмена информацией, а охрана авторских прав идет вразрез с этой целью;

3) существующая система охраны авторских и смежных прав, основанная на исключительных правах, предоставляемых авторам и иным лицам, применительно к Сети должна быть заменена на единственное право – право на вознаграждение. В отношении Интернета всю систему авторских и смежных прав предлагается заменить на систему принудительных лицензий;

4) в Интернете возможна полноценная охрана авторских и смежных прав, одним из самых эффективных инструментов которой является коллективное управление правами;

5) автор должен иметь право запрещать несанкционированное использование своих произведений в цифровой среде;

6) авторские и смежные права в Сети можно успешно охранять с помощью существующего авторского права, с внесением в законодательство необходимых изменений.

Современное законодательство по охране авторских и смежных прав в Интернете основано на концепции возможности эффективной охраны прав интеллектуальной собственности в цифровой среде без коренного изменения позитивного авторского права. В настоящее время большая часть информации, размещаемой в Интернете, охраняется авторским правом и смежными правами. Основные объекты охраны – компьютерные программы и базы данных.

Компьютерная программа в качестве объекта правовой охраны впервые была зарегистрирована в 1961 г. в США. Массовое распространение компьютеров началось с 1964 г. и сразу же возникла проблема охраны компьютерных программ с помощью авторского права. С 1966 г. Управление по авторскому праву США начало принимать эти программы для регистрации. В первой половине 70-х гг. XX в. в немецкой доктрине появилась концепция – введение программы в компьютер равнозначно фиксации произведения и входит в понятие воспроизведения, являющегося одним из исключительных прав автора. Компьютерная программа – это творческое произведение, плод творческого процесса (аналогичного процессу создания литературного произведения или киносценария), который при условии оригинальности композиции и формы выражения должен охраняться авторским правом (О. Ульмер).

Защита компьютерных программ по законодательству об авторском праве была установлена в 1972 г. на Филиппинах. В США в 1980 г. принят закон, предусматривающий охрану компьютерных программ авторским правом. Аналогичные законы действуют в Австралии, Венгрии, Германии, Индии, Великобритании, Франции и Японии. В других странах считается, что компьютерные программы находятся под охраной, для которой не требуется изменения законодательства об авторском праве, так как перечень охраняемых произведений не носит исчерпывающего характера.

В 1978 г. ВОИС одобрила Типовые положения по охране программного обеспечения вычислительных машин. В 1991 г. была принята Директива Совета ЕЭС, регулирующая правовую охрану программного обеспечения:

1) правовая охрана должна распространяться в отношении компьютерных программ, зафиксированных в любой форме и на любом носителе;

2) программы должны охраняться, если они оригинальны (являются результатом собственной интеллектуальной деятельности их создателя) и не являются общеизвестными среди разработчиков программного обеспечения;

3) протоколы доступа, средства сопряжения и способы их реализации (правила и средства интерфейса) должны исключаться из охраны;

4) право разрешения выполнять определенные действия должно включать право на использование широкой трактовки этого понятия, право на копирование, сдачу в аренду, адаптацию и перевод;

5) право на адаптацию программы должно предоставляться исключительно в личных целях;

6) копирование программы в личных целях не должно осуществляться без разрешения правообладателя; изготовление резервных копий законным пользователем должно производиться без получения такого разрешения;

7) вопрос об авторстве в отношении программ должен решаться на национальном уровне стран – членов ЕЭС;

8) охрана должна предоставляться создателям, являющимся гражданами стран – членов Бернской или Всемирной конвенций, или предприятиям этих стран, по возможности всем физическим и юридическим лицам независимо от места происхождения или гражданства (подданства);

9) в случаях правонарушения бремя доказывания в отношении копирования должно возлагаться на подозреваемого правонарушителя, если истец представил в суд доступные ему версии своей программы, показал сходство и подтвердил факт доступности своей программы для подозреваемого.

Понятие «компьютерная программа» охватывает «подготовительные материалы, полученные в ходе ее разработки, и порождаемые ею аудиовизуальные отображения». Таким образом, охране подлежат нелитеральные компоненты программы – аудиовизуальные отображения, т. е. последовательность, структура и организация программы, выводящиеся на экран (пользовательский интерфейс).

Для разграничения литеральных и нелитеральных элементов компьютерных программ в США было разработано несколько специальных доктрин:

1) доктрина слияния исключает защиту того, что «является необходимым для выражения данной идеи». Суд не признает исключительные права на то, что признано авторским правом в качестве единственного способа выражения данной идеи;

2) доктрина стандарта исключает защиту любого выражения идеи, которое хотя и не сливается с самой идеей, но настолько ассоциируется с ней, что создает стандарт. Использование автором выразительных средств, которые являются стандартом, образует недостаток оригинальности, необходимой для авторско-правовой защиты. Доктрина стандарта исключает охрану элементов программы, являющихся общераспространенными в программной индустрии.

Помимо исходного текста, объектного кода и аудиовизуальных отображений компьютерной программы, правовой охране подлежат элементы, традиционно охраняемые авторским правом: название произведения и подготовительные материалы (С. Б. Бреус). Название программы охраняется, если оно оригинально и отражает творческую самостоятельность автора. Название компьютерной программы часто защищается правообладателем путем ее регистрации в качестве товарного знака.

Остальные элементы компьютерных программ являются неохраняемыми. Важнейший из них – алгоритм компьютерной программы, т. е. сжатым образом зафиксированная идея, по которой должен работать компьютер. Алгоритм – основной структурный компонент программы. Однако правовая охрана не распространяется на идеи и принципы, лежащие в основе компьютерных программ или баз данных. Охране подлежит конкретная реализация алгоритма в виде конкретной программы.

Правовая охрана должна распространяться на идеи и принципы организации интерфейса и алгоритма компьютерных программ и баз данных, так как данные элементы – основные структурные компоненты программы, отражающие ее суть и содержание (С. Б. Бреус).

Отказ от правовой защиты идеи произведения – один из основополагающих принципов авторского права. Авторское право не в состоянии должным образом защитить интересы авторов компьютерных программ и баз данных. В мировой практике наряду в авторско-правовой защитой применяются институты контрактного права, коммерческой тайны, недобросовестной конкуренции и неосновательного обогащения. В отношении данных объектов права интеллектуальной собственности в США используется концепция «пот на бровях» (sweat on the brow), т. е. базы данных, созданные нетворческим трудом, подлежат охране. В Европе сформировался институт «особой защиты» баз данных (защита sui generis).

В отечественной доктрине отражена позиция, что поскольку авторское право не охраняет идеи, постольку содержание должно охраняться в рамках патентного права. Охрана

компьютерной программы прежде всего имеет в виду ее содержание, а не форму ее выражения (именно форма является объектом авторско-правовой охраны). Компьютерные программы, базы данных, программное обеспечение должны быть отнесены к сфере действия патентного права (А. В. Иванов).

База данных – это объективная форма представления и организации совокупности данных, систематизированных таким образом, чтобы эти данные могли быть найдены и обработаны с помощью компьютера. В большинстве стран базы данных традиционно охраняются авторским правом как разновидность сборников (произведений, в которых осуществлена подборка материала по определенным критериям и определенным образом произведена организация материала). Авторским правом база данных защищается, только если она была создана творческим трудом.

В 1996 г. в ЕС принята Директива о правовой охране баз данных, предусматривающая защиту баз данных авторским правом и средствами института защиты sui generis. Объекты защиты – базы данных, подобранные и организованные самостоятельным интеллектуальным трудом автора, и произведения, входящие в состав баз данных. Критерий «авторского собственного интеллектуального труда» – «оригинальность» произведения.

Защита sui generis предоставляется базам данных, созданным нетворческим трудом, если в их подбор, удостоверение и представление сделаны качественные и количественные инвестиции. Никто не может производить:

– несанкционированное составителем извлечение, т. е. перенос базы данных или существенной ее части в любое другое средство сообщения сведений;

– вторичное использование существенной части или всей базы данных, т. е. сообщение базы данных для всеобщего сведения или предоставление возможности использовать базу данных с помощью различных средств;

– многократные систематические извлечения или вторичное использование несущественных частей базы данных.

Базы данных, созданные творческим трудом, охраняются в ЕС национальным авторским правом на основании критериев охрано-способности, установленных в Директиве. Институт sui generis в некоторых государствах применяется непосредственно, а в некоторых только определяет условия охрано-способности баз данных.

В США базы данных защищаются авторским правом, институтом коммерческой тайны, контрактным правом, нормами о недобросовестной конкуренции и нормами о неосновательном обогащении.

Защита баз данных с помощью авторского права основана на Конституции США, положениях Свода законов США (§ 102 «Защита творческих работ и авторства»), прецедентном праве (толкование оригинальности и новизны). Условия защиты баз данных – оригинальное расположение или подборка материалов в базе данных. База данных может защищаться в качестве коммерческой тайны (торгового секрета) в случае, если она обладает коммерческой ценностью, неизвестна заинтересованным лицам, недоступна законными способами и разумно охраняется обладателем.

Правовая потребность охраны интеллектуальной собственности в Интернете привела к принятию в рамках ВОИС международных соглашений, учитывающих влияние информационных технологий на охрану авторских и смежных прав: Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г. и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г. Данные Договоры – своеобразный ориентир для разработки правовых норм по охране авторских и смежных прав в Интернете. В доктрине эти соглашения называют «Договоры ВОИС по Интернету».

Нормы, содержащиеся в Договорах ВОИС, можно подразделить на группы:

– охрана новых объектов авторского права (компьютерных программ и баз данных);

– предоставление дополнительных прав (право на распространение, право проката) авторам и обладателям смежных прав;

– охрана авторских и смежных прав в цифровых сетях.

В большинстве государств мира право на распространение относится только к распространению материальных копий произведения. Кроме того, к праву на распространение применяется доктрина исчерпания прав – если экземпляры произведения правомерно введены в гражданский оборот, допускается их дальнейшее отчуждение без согласия автора и выплаты авторского вознаграждения.

Договоры ВОИС исходят из неприменимости права на распространение в цифровой среде, указывая на то, что данное право применяется только в отношении материальных, «осязаемых» объектов. Невозможность применения права на распространение в цифровой среде подчеркивается в Директиве ЕС о гармонизации некоторых аспектов авторского права и смежных прав в информационном обществе (2001 г.) (Директива о гармонизации).

В ходе разработки Договоров ВОИС отмечалось, что невозможно запрашивать согласие автора на воспроизведение при каждом открытии страницы в Сети (при этом происходит копирование страницы в оперативную память компьютера). При передаче информации в Интернете происходит ее промежуточное копирование в памяти сервера, через который осуществляется выход индивидуального пользователя в Интернет. Если обязать владельца сервера запрашивать согласие правообладателя на промежуточное копирование, сервер будет вынужден прекратить работу, в результате чего окажется невозможным доступ пользователей к Сети.

В Договор ВОИС по авторскому праву не включены нормы, посвященные праву автора на воспроизведение в цифровых сетях. Стороны приняли Согласованное заявление к ст. 1(4) Договора: «Право на воспроизведение, установленное статьей 9 Бернской конвенции, а равно изъятия из указанного права, допустимые в соответствии с ней, полностью применимы в цифровой среде, в особенности в случае использования произведений в цифровой форме. Понимается, что хранение произведения в цифровой форме в электронном средстве сообщения представляет собой воспроизведение в соответствии со статьей 9 Бернской конвенции».

Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам предоставляет исполнителям и производителям фонограмм «исключительное право разрешать прямое или косвенное воспроизведение… любым способом и в любой форме». Договор по исполнениям и фонограммам не устанавливает специальных ограничений, применяемых в цифровой среде, а только указывает, что изъятия из охраны не должны противоречить нормальному использованию исполнений и фонограмм или необоснованно ущемлять законные интересы исполнителей и производителей фонограмм.

Договоры ВОИС – одни из первых нормативных правовых актов, предусматривающих правовую охрану технологических средств, т. е. любых технологий или устройств, предназначенных для предотвращения любых действий, которые не были разрешены правообладателем. Договоры установили обязательство государств-участников предусмотреть «правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технологических средств, используемых авторами в связи с осуществлением их прав по настоящему Договору или по Бернской конвенции, и ограничивающих в отношении их произведений действия, которые не разрешены авторами или не допускаются законом». Участвующие в Договорах страны обязуются закрепить в национальном законодательстве запрет на обход технологических средств, используемых правообладателями для охраны своих прав.

19.9
Защита объектов права промышленной собственности в Интернете

Объектами права промышленной собственности в Интернете выступают прежде всего средства индивидуализации – товарные знаки и фирменные наименования. Основные способы использования средств индивидуализации в Интернете:

1) использование знаков в Интернете обычным образом (реклама, продажа товаров и услуг) – путем их указания на интернет-страницах правообладателей и т. д.;

2) использование текстовых знаков или их различительных частей в качестве доменных наименований – адресов размещения информационных ресурсов в Интернете.

В 2001 г. ВОИС приняла рекомендацию по охране товарных знаков и иных прав на средства индивидуализации в сети Интернет. Цель рекомендации – адаптировать применение действующих законов о промышленной собственности к природе Интернета. Использование знака в Интернете представляет собой использование на территории государства-участника, если такое использование имеет коммерческие последствия в этом государстве (ст. 2). Концепция «коммерческих последствий» является ключевой для подхода к охране средств индивидуализации в Сети. Рекомендация не затрагивает случаи некоммерческого использования знаков.

Рекомендация ВОИС закрепляет открытый перечень обстоятельств, которые должны учитываться для установления факта использования как «имеющего коммерческие последствия на территории данного государства» (ст. 3):

– пользователь знака осуществляет коммерческую деятельность либо планирует такую деятельность в данном государстве в отношении товаров или услуг, для которых знак используется в Интернете;

– пользователь знака фактически обслуживает покупателей (поставляет товары или оказывает услуги), находящихся в государстве-участнике, либо поддерживает коммерческие отношения с лицами, находящимися в данном государстве;

– пользователь знака предлагает послепродажное обслуживание на территории государства-участника;

– пользователь в связи с использованием знака в Интернете объявил о территориальной дискламации знака (заявление об отказе от прав на знак в пределах определенной территории). Если на сайте, на котором использован знак, содержится обязательство не предоставлять товары или услуги в определенных государствах, то использование данного знака не может иметь коммерческие последствия в таких государствах.

Рекомендация ВОИС в качестве основного критерия «коммерческих последствий использования знака» определяет наличие какой-либо связи между предложением товаров или услуг и территорией определенного государства:

– возможность доставки предложенных товаров в государство или возможность оказания на его территории соответствующих услуг;

– обозначение цен в официальной валюте данного государства;

– указание пользователем знака адреса, номера телефона или иного способа связи в данном государстве;

– использование знака в связи с доменным наименованием, зарегистрированным Международной организацией по стандартизации в качестве наименования отсылающего к определенному государству;

– совпадение языка текста, приводимого в связи с использованием знака, с языком, который преимущественно используется в данной стране;

– посещение места размещения знака в Интернете пользователями из данного государства;

– охрана права на данный знак по законам соответствующего государства.

Рекомендация ВОИС полностью приравнивает использование знака в Интернет к его «традиционному» использованию с точки зрения правовых последствий. «Привязка» использования знака в Интернете к конкретному государству имеет в виду создание аналога территориального принципа охраны в Сети.

Появление принципиально нового средства индивидуализации – доменного наименования (адрес в Интернете) привело к конфликтам между правами на традиционные средства индивидуализации и правами на доменные имена (П. Д. Барановский). Доменное имя – это способ идентификации компьютера, подключенного к Интернету. Оно предоставляет собой определенное словесное обозначение, заменяющее уникальный цифровой протокольный адрес, присваиваемый компьютеру, подключенному к Интернету (С. Б. Бреус).

Все информационное пространство Интернета подразделяется на домены первого уровня (ДПУ), в которых регистрируются домены второго уровня (ДВУ). ДВУ является основным средством индивидуализации.

Домены первого уровня имеют целевое назначение. Это домены «. com» – для коммерческих целей, «. edu» – для образовательных учреждений, «. gov» – правительственные, «. int» – для международных межправительственных организаций, «. org» – для некоммерческих организаций, «. net» – для организаций по эксплуатации и обслуживанию Интернета. В настоящее время появились новые ДПУ, более четко разделенные в зависимости от специализации их обладателей – «. aero», «. biz», «. coop», «. info», «. museum», «. name», «. pro». Эти домены отличаются друг от друга по родам деятельности их обладателей; их принято именовать родовые домены первого уровня.

Существуют ДПУ, предназначенные для использования лицами определенных государств. Они утверждены стандартом Международной организации по стандартизации: «. us» – США, «. uk» – Великобритания, «. ru» – Россия, «. fr» – Франция. Это национальные домены первого уровня.

В одном ДПУ можно зарегистрировать один определенный ДВУ. Если ДВУ занят, невозможно зарегистрировать еще один домен с тем же наименованием в том же ДПУ (может существовать только один домен «kodak. com» или «kodak. ru»). Исключительность доменного наименования – регистрация доменного имени одним лицом исключает возможность регистрации такого же имени другим лицом. Исключительность доменных наименований имеет глобальный характер.

Санкций (например, отмены регистрации) за неиспользование доменных имен не предусмотрено. Количество доменных наименований, которые могут принадлежать одному лицу, не ограничено.

Доменные наименования – основное средство индивидуализации участников хозяйственного оборота в Интернете. Домены не нуждаются в государственной регистрации; при их регистрации не проверяется степень их смешения со средствами индивидуализации, права на которые принадлежат иным лицам; в отношении доменных наименований не применимо понятие «приоритет» (двух совершенно одинаковых доменов не может быть по определению).

Практика разрешения споров об использовании доменных наименований в Интернете демонстрирует два подхода:

– приоритет прав на товарный знак (знак обслуживания, фирменное наименование) перед правом на доменное наименование (США). В споре двух добросовестных пользова-

телей о принадлежности домена решение выносится в пользу лица, которое первым зарегистрировало товарный знак;

– признание доменного наименования самостоятельным средством индивидуализации, не зависящим от права на товарный знак (Великобритания). В споре двух добросовестных пользователей доменное наименование остается за тем, кто зарегистрировал его раньше.

В отечественной доктрине высказывается мнение, что при регистрации доменное наименование должно рассматриваться как не зависящее от прав иных лиц на средства индивидуализации. При рассмотрении споров об использовании доменного имени предпочтение должно отдаваться правам на иные средства индивидуализации – товарные знаки и знаки обслуживания (П. Д. Барановский).

Использование фирменных наименований в Сети также порождает серьезные проблемы. Использование фирменного наименования в доменном имени имеет место тогда, когда в доменное имя включены все элементы фирменного наименования. В данной ситуации намерение владельца домена использовать конкретное фирменное наименование является очевидным.

Основная проблема в отношении фирменных наименований – множество совпадающих или аналогичных наименований, совпадения различительных частей фирменных наименований. Разрешение споров о доменных наименованиях основано на применении законодательства о товарных знаках. В судебной практике нормы о праве на фирменное наименование для обоснования передачи домена практически не применяются.

Современная практика проводит различие между товарными знаками и доменными именами. Товарные знаки имеют строго территориальный характер, регистрируются в отношении определенного круга товаров или услуг. В отношении доменных имен эти ограничения не применяются. Даже если доменное имя включает указание на географический домен, это не ограничивает возможность использования доменного имени. Нет никаких требований к географическому расположению сервера, территории оказания услуг или распространения товаров применительно к доменным именам. Отсутствие ограничений по территории, видам товаров или услуг приводит к тому, что зарегистрировать одно доменное имя может только одно лицо.

В отечественной доктрине высказывается мнение, что вероятность конфликта между доменными именами и товарными знаками достаточно велика, и единственным средством уменьшить риск возможных конфликтов является регистрация товарного знака, соответствующего доменному имени (С. Б. Бреус). Законодательство о товарных знаках является одним из наиболее сильных и разработанных, поэтому обладателю доменного имени во избежание «захвата» его домена следует регистрировать доменное имя в качестве товарного знака (А. В. Иванов). Практика разрешения споров в рамках ICANN признает право обладателя товарного знака, совпадающего с доменным именем другого лица, требовать перерегистрации такого домена на свое имя.

Серьезная проблема возникает в связи с влиянием Интернета на патенты. Европейская комиссия предложила Директиву по патентной защите изобретений, реализованных в компьютерных системах, с целью обеспечить согласованность национальных принципов патентного права в отношении изобретений, использующих программное обеспечение. В праве ЕС применяется концепция «software useright» – признание необходимости патентной защиты программного обеспечения.

В 1994 г. был создан Центр ВОИС по арбитражу и посредничеству для оказания услуг по альтернативному урегулированию споров, включая услуги по разрешению международных коммерческих споров между частными лицами. Процедуры арбитража и посредниче-

ства, предлагаемые Центром ВОИС, признаны наиболее подходящими для споров, затрагивающих интеллектуальную собственность.

Выносимые на рассмотрение Центра ВОИС дела как договорные (лицензии на патенты и программное обеспечение, соглашения о сосуществовании товарных знаков), так и внедоговорные споры (нарушение патентных прав). В Центре создана оперативная и правовая база для рассмотрения споров, касающихся Интернета и электронной торговли. Центр ВОИС признан ведущим провайдером услуг по урегулированию споров в связи с недобросовестной регистрацией и использованием названий доменов в Интернете.

Центр ВОИС разработал новый инструмент – механизм ВОИС для рассмотрения дел, поданных в электронной форме (WIPO ECAF). WIPO ECAF – это работающий на базе Web инструмент, который позволяет сторонам вести их дела с помощью Интернета. Стороны могут применить WIPO ECAF в соответствии с правилами ВОИС о посредничестве, арбитраже и ускоренном арбитраже.

19.10
Интернет-деликты и борьба с ними

Новые информационные технологии привели к появлению новых видов деликтов («высокотехнологичных правонарушений»). Среди интернет-деликтов можно отметить:

– фишинг (спам в форме дезинформации) – рассылка по электронной почте сообщений с веб-страниц, созданных таким образом, что они производят впечатление реально существующих сайтов с целью сбора персональных данных и конфиденциальной информации. Эта частная информация используется для совершения покупок мошенническим путем;

– компьютерное пиратство – незаконное распространение объектов интеллектуальной собственности, выраженных в цифровой форме;

– дефейс – получение несанкционированного доступа к интернет-сайту с последующим удалением или заменой отображаемой информации (как правило, главной страницы сайта), т. е. взлом электронных ресурсов в хулиганских целях;

– хакерство – взлом электронных ресурсов в целях получения доступа к конфиденциальной информации;

– спам – распространение информации, помимо воли ее получателей, способом, наносящим материальный и моральный вред получателям и третьим лицам. При получении электронных сообщений существуют угрозы активации вредных компьютерных программ (вирусов);

– кибер-сквоттинг – незаконный захват доменных имен; регистрация доменного имени, идентичного или сходного до степени смешения с товарным знаком третьего лица с целью последующей продажи доменного имени этому лицу за сумму, значительно превышающую расходы по регистрации.

В 2004 г. был принят Лондонский план действий по международному сотрудничеству в области применения законодательства против спама. К Лондонскому плану действий присоединились 45 организаций, представляющих регулирующие органы, профессиональные объединения и компании телекоммуникационной индустрии из 25 стран (Австралия, Великобритания, Германия, Китай, США, Чили, Россия, Япония).

В 2004 г. представители международных правоохранительных учреждений объявили о создании электронной сети Фишнет (Digital PhishNet) – совместного правоохранительного мероприятия, в рамках которого лидеры в сфере высоких технологий, банковского дела, финансовых услуг и он-лайновых аукционов совместно с правоохранительными органами борются с фишингом. Благодаря Фишнет создается единая, унифицированная система связи между компаниями и правоохранительными органами, что позволит собирать данные, необходимые для борьбы с фишингом, и предоставлять их правоохранительным органам в режиме реального времени.

В 1999 г. в рамках ICANN совместно с ВОИС была разработана Унифицированная политика разрешения споров о доменных именах (UDRP). В соответствии с этим документом признание действий обладателя спорного доменного имени в качестве правонарушения ставятся в зависимость от присутствия в его действиях признаков недобросовестности. Административная процедура разрешения споров, установленная UDRP, основана на юридической конструкции «недобросовестной регистрации и использования» доменного имени.

В разд. 4 UDRP закреплен неисчерпывающий перечень признаков, указывающих на то, что доменное имя зарегистрировано и используется недобросовестно:

– доменное имя зарегистрировано или приобретено с целью последующей продажи, сдачи в аренду, иной передачи обладателю сходного товарного знака либо его конкуренту за

сумму, превышающую документально подтвержденные, напрямую связанные с эти доменным именем расходы;

– доменное имя зарегистрировано с целью воспрепятствовать использованию товарного знака его обладателем в корреспондирующем доменном имени, при условии, что лицо, зарегистрировавшее доменное имя, вовлечено в такую деятельность;

– доменное имя зарегистрировано с целью подрыва деятельности конкурента;

– используя доменное имя, его владелец намеренно, с целью приобретения коммерческой выгоды, пытается привлечь пользователей Интернета к своему сайту. С помощью чужого товарного знака создается вероятность введения публики в заблуждение относительно происхождения, источника финансирования, принадлежности или поддержки сайта, товаров либо услуг, предлагаемых на сайте.

Действия, обладающие признаками «недобросовестной регистрации и использования» доменного имени, подпадают под понятие «злоупотребление правом». В доктрине выделяется злоупотребление с прямым умыслом нанести ущерб интересам других лиц – шикана. К этой категории относятся злоупотребления, получившие наименование «киберсквоттинг».

Одним из важнейших вопросов в сфере борьбы с интернет-деликтами является определение лица, которое должно нести ответственность. Любые действия в Сети невозможны без участия «посредников» – лиц, оказывающих услуги в Интернете, связанные с функционированием Сети и делающие возможным ее использование (провайдеры). В настоящее время имеется несколько подходов к ответственности провайдеров:

– провайдер несет ответственность за все действия пользователей, вне зависимости от того, знает ли он о совершаемых действиях (Китай, страны Ближнего Востока);

– провайдер не несет ответственности за действия пользователей, если им соблюдаются условия, установленные в законодательстве (европейские страны, США);

– провайдер не отвечает за действия пользователей;

– ответственность провайдеров не урегулирована законодательно и решение всех вопросов оставлено на усмотрение правоприменительных органов (Россия).

Один из немногих международно-правовых актов, устанавливающих ответственность провайдеров, – Директива ЕС о некоторых правовых аспектах информационного общества, в особенности об электронной торговле на внутреннем рынке (2000 г.) (Директива об электронной торговле). Закрепленные в Директиве правила об ответственности провайдеров имеют универсальный характер и относятся к любой деятельности в Интернете, к любым случаям незаконного размещения информации (нарушение авторских прав, недобросовестная конкуренция, клевета, разжигание розни).

Государства-участники не имеют права устанавливать в национальном законодательстве обязанность провайдеров отслеживать передаваемую или размещаемую информацию, а равно обязанность провайдеров осуществлять поиск фактов, свидетельствующих о незаконном характере действий пользователей. Может быть установлена обязанность провайдеров незамедлительно уведомить компетентные органы власти о фактах незаконной деятельности. Одновременно Директива не затрагивает права государств-участников требовать от провайдеров выполнения установленных национальным законодательством «разумных» обязанностей по выявлению и предотвращению противоправной деятельности»; на провайдеров может быть возложена обязанность по выявлению и предотвращению незаконного доступа к информации, «взлома» сайтов. Провайдер несет ответственность за действия пользователей, если он знает об их незаконной деятельности.

Основная коллизионная привязка в сфере деликтов – закон места причинения вреда. В Интернете эффективное применение этой привязки довольно проблематично. Очень сложно определить место причинения вреда в случае незаконного проникновение в компьютер и

несанкционированного доступа к информации другого лица. В этих случаях законом местом причинения вреда можно считать:

– закон государства, с территории которого лицо, причинившее вред, подключилось к Интернету;

– закон места, где находится компьютер получателя вредоносного сообщения;

– закон того места, откуда вредоносная информация стала доступной неопределенному кругу лиц;

– закон места нахождения сервера.

Место расположения сервера, которым пользуется виновный, служит связующим звеном с конкретной страной. Однако такой подход в значительной степени обеспечивает виновному возможность предвидеть, по праву какого государства он будет отвечать за содеянное. При совершении преступлений, связанных с использованием Интернета, место совершения правонарушения и место наступления вредоносного результата очень часто не совпадают. Вредоносный результат может наступить одновременно на территории различных государств.

В российской доктрине высказывается позиция, что место совершения интернет-деликта необходимо определять по месту нахождения сервера, с которого вводится незаконный материал либо совершаются противоправные действия, связанные с воздействием на компьютерную систему. Доминирующую позицию на применение национальной юрисдикции должно занимать:

– государство, на территории которого был обнаружен деликвент;

– государство, на чьей территории находится сервер, с помощью которого совершалось правонарушение.

19.11
Международная подсудность в интернет-спорах

Универсальность доступа к Интернету и его глобальный характер обусловливают необходимость пересмотреть традиционные критерии установления международной подсудности в отношении споров, вытекающих из частно-правовых отношений в Интернете. Разграничение компетенции судов должно осуществляться с учетом, что содержимое интернет-ресурса может затрагивать интересы любого государства.

Основные критерии установления международной подсудности основаны на физической связи с территорией государства. При разрешении споров, вытекающих из отношений в Интернете, привязка к определенной территории возможна далеко не всегда. Нарушение законов государства может происходить без проникновения на территорию самого государства. Определение подсудности по критериям гражданства, места жительства или места нахождения может обнаружить отсутствие связи государства с правоотношением, локализованным в Интернете.

Аналогичные трудности возникают при решении юрисдикционного вопроса на основе других традиционных критериев (место причинения вреда, место совершения вредоносного действия, место исполнения договора). Местом причинения вреда путем размещения информации на интернет-сайте может быть любое государство, с территории которого осуществлен доступ на данный сайт.

Доктрина

В доктрине предложено несколько критериев установления международной подсудности по спорам в Интернете:

1) правила, основанные на разграничении ресурсов в Интернете на пассивные и активные. Активные ресурсы, посредством которых субъект осуществляет свою деятельность, целенаправленно ориентированную на территорию определенного государства, следует рассматривать как основание установления международной юрисдикции. Пассивные ресурсы, характеризуемые простым размещением информации, не могут рассматриваться в качестве основания установления международной юрисдикции (Л. В. Горшкова);

2) спор, вытекающий из отношений в Интернете, должен относится к юрисдикции суда той страны, в которой зарегистрировано доменное имя (Д. Джонсон). Преимущество данного варианта – осведомленность сторон о месте нахождения контрагента по зарегистрированному доменному имени. Однако существуют функциональные домены («.com», «.org», «.int»), которые не привязаны к территории того или иного государства. Кроме того, размещенная на сайте информация доступна любому лицу. Это порождает вероятность нарушения субъективных прав вне зависимости от места, откуда был совершен доступ в Сеть;

3) критерий юрисдикции государства, на территории которого размещен интернет-сервер. Каждый сервер физически находится на территории определенного государства и подчиняется законам этого государства; именно посредством сервера осуществляется доступ в Сеть (М. А. Федотов). Однако в судебной практике признается, что нахождение информации на сервере иностранного государства не является достаточным

основанием для признания юрисдикции суда. Кроме того, сервер может использовать многочисленные драйверы, находящиеся в разных странах;

4) иск предъявляется провайдеру по месту его нахождения, а уже в процессе заявляется требование о привлечении надлежащего ответчика (действительного правонарушителя) (С. Б. Бреус).

В отношении споров, вытекающих из правоотношений в сети Интернет, интерес представляет практика судов США. Для американских судов только факт, что сайт доступен в США, не является основанием для рассмотрения дела с иностранным ответчиком. Суды принимают во внимание, имели ли место «существенные связи» между иностранным ответчиком и forum state. Особое значение имеют юрисдикционные полномочия судов, основанные на правиле минимальных контактов. Глобальный доступ к информации, размещенной в Интернете, позволяет статуту «длинной руки» играть решающую роль.

Для выяснения вопроса, компетентен ли суд разрешить спор из правоотношений в Интернете, установлена «скользящая шкала» для квалификации интернет-сайтов на две категории: активные и пассивные. К категории активных сайтов американские суды относят сайты, посредством которых осуществляется деятельность и непосредственный информационный контакт владельца сайта с резидентами других штатов или государств. Информационные контакты с резидентами других штатов и государств должны порождать прямые фактические отношения, выражающиеся в целенаправленной и периодически осуществляемой передаче компьютерных файлов через Интернет. В данном случае персональная юрисдикция является надлежащей.

Пассивная категория интернет-сайтов ограничивается простым размещением информации в Сети, которая может быть доступна пользователям других штатов и государств. Судебная практика США исходит из принципа, что потенциальный доступ к интернет-сайту посредством Интернета не должен порождать автоматическую юрисдикцию суда любого штата, откуда был совершен доступ. В целях разграничения пассивных и активных сайтов суды оперируют таким понятием, как интерактивность интернет-сайта (степень интенсивности деятельности, осуществляемой через Интернет).

В американских судах не выработано четких критериев, по которым могла бы осуществляться оценка интерактивности веб-сайта. Принципы разграничения пассивных и активных сайтов формулируются судом в каждом конкретном случае. По мнению суда штата Аризона, пассивные сайты могут только передавать информацию, активные интернет-сайты целенаправленно ориентированы на определенный регион. Большое количество обращений пользователей конкретного штата к сайту является одним из оснований для установления специальной юрисдикции. В качестве минимальных контактов, необходимых для установления юрисдикции, признается и наличие электронных коммуникаций между сторонами.

Предложенная американской доктриной и судебной практикой модификация юрисдикционных правил в виде дифференциации сайтов на активные и пассивные учитывает универсальность доступа к Интернету. Высокая степень интенсивности контактов активного интернет-сайта демонстрирует ориентированность деятельности ответчика на государство, суд которого может рассматривать дело.

При рассмотрении споров, возникающих из правоотношений в Интернете, наряду с традиционными правилами определения международной подсудности (место нахождения имущества, мест причинения вреда, места нахождения лица) в качестве основного правила предлагается использовать принцип наиболее тесной связи отношения с правопорядком государства. Основным критерием наиболее тесной связи может быть «национальность последствий». На сегодняшний день развития правоотношений в Интернете, не имеющих территориальной локализации, разрешение юрисдикционного вопроса на основе механизма тесной связи является самым перспективным.

19.12
Международный коммерческий арбитраж в Интернете

Развитие интернет-коммерции, создание «виртуальных» компаний и подписание «виртуальных» контрактов подготовили почву для организации интернет-арбитража. В настоящее время существует целая система действующих третейских судов он-лайн. Такие суды различаются по многим характеристикам:

– суды, которые рассматривают дела на основании норм права, и суды, которые рассматривают дела на основании принципа справедливости;

– в одних судах дела рассматривают бывшие государственные судьи, адвокаты и юристы, в других – посетители сайта третейского суда;

– в некоторых судах рассматриваются споры всех желающих, в других – только споры и конфликты определенных категорий или в определенной области;

– в одних судах судебное заседание проходит с участием сторон в режиме он-лайн, в других решения принимаются на основании только письменных документов.

Первым проектом по созданию интернет-судов был проект «Виртуальный судья», разработанный Американской арбитражной ассоциацией, Центром права и информационной политики университета г. Вилланов (штат Пенсильвания) и Институтом права киберпространства (1996 г.).

Интернет-суды (виртуальные суды) имеют серьезные преимущества перед обычными судами (О. Шмелева-Мата):

1) экономия времени (не надо тратить время на посещение суда для подачи иска, для участия в заседаниях, для получения решения);

2) экономия средств (не надо тратить деньги на поездки, если суд находится в другом регионе или государстве);

3) ускорение процесса рассмотрения дел;

4) сокращение формальностей, времени и расходов повышает эффективность арбитража;

5) возможность 24-часового доступа к материалам дела.

Сторонники идеи интернет-арбитража считают, что стороны вправе договориться о проведении арбитражного процесса «виртуально». Большинство национальных законов и регламентов международных коммерческих арбитражей закрепляет право сторон договориться о процедуре рассмотрения их спора. Стороны могут договориться и об использовании средств электронной связи в арбитражном процессе. Соглашение сторон должно быть поддержано арбитражем, поскольку иначе его решение может быть отменено в силу ст. V (1) (d) Нью-Йоркской конвенции (Д. Семенов).

Некоторые авторы считают, что арбитры по своей инициативе могут использовать «виртуальный» процесс, если стороны обладают необходимыми техническими средствами для участия в нем. Отправка сообщения «начало арбитражного разбирательства против Вашей компании» может служить в качестве надлежащего уведомления противоположной стороны. Система подтверждения отправки электронного сообщения гарантирует соблюдение уведомительных формальностей. Предлагается установить возможность предоставления документов на компакт-дисках и проведения опроса свидетелей посредством видеоконференции. В Арбитражном суде МТП уже существует практика предоставления документов по делу на компакт-дисках.

Нью-Йоркская конвенция 1958 г. и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ требуют представления арбитражного соглашения или соответствующей оговорки в контракте в письменной форме на бумажном носителе. Правда, использование электронных сообщений

допускается Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже 1961 г., если это разрешается законами государств, лица которых заключили арбитражное соглашение. Аналогичный вывод позволяют сделать положения Брюссельской конвенции 1968 г., Луганской конвенции 1988 г., Регламента Совета ЕС 2000 г. Однако все эти акты действуют на региональном уровне. Таким образом, существующее регулирование затрудняет представление в электронной форме документов, подтверждающих согласие сторон на рассмотрение спора.

Некоторые авторы предлагают использовать существующие национальные законы в интернет-арбитраже. В качестве примера приводится Английский арбитражный акт 1996 г. Возможность его использования (О. Шмелева-Мата):

– английский язык является общим для Акта и Интернета;

– законодательно установлено, что положения Акта могут быть почти полностью исключены сторонами в арбитражном соглашении. Следовательно, действие положений Акта, не подходящих для «виртуального арбитража», может быть исключено соглашением сторон;

– обязательные положения Акта, не подлежащие исключению, не препятствуют интернет-арбитражу;

– английские арбитражные решения приводятся в исполнение практически повсеместно на основе Нью-Йоркской конвенции 1958 г.

Одна из основных проблем создания и функционирования интерне-тарбитража – различные подходы национального права по вопросу, удовлетворяют ли электронные сообщения требованиям письменной формы. По законодательству Швейцарии сообщение электронной почты не удовлетворяет ни письменной форме, ни требованиям о подписи контрактов. Статья 14.1 Швейцарского обязательственного закона устанавливает: «Подпись должна быть написана от руки лицом, принимающим обязательство». Контракт, для которого законом установлена письменная форма, должен быть подписан собственноручно (ст. 19.1).

В США действует Акт об электронных подписях в глобальной и национальной коммерции (2000 г.). Электронные подписи представляют собой уникальный цифровой код, выданный пользователю. Доступ к коду производится на основании присвоенного ему ключа, который может быть декодирован только самим пользователем или правительственными службами. Электронные подписи могут использоваться при передаче финансовой информации, производстве расчетов и подаче юридических документов. Электронные сообщения при заключении контрактов признаются соблюдением необходимой письменной формы. Аналогичное правило установлено в 1999 г. в Гонконге. Однако законодатель не разъясняет, распространяется ли данное признание на процедуру арбитража, например при подаче отзыва на иск.

В 1999 г. ЕС принял Директиву о структурной основе сообщества для электронных подписей. Директива устанавливает, что электронные подписи «не могут быть дискриминированы» и при соблюдении необходимых формальностей приравниваются к обычным подписям. К числу таких формальностей относится, например, необходимость сертификации сервис-провайдера для использования электронной подписи. Предусматриваются минимальные меры ответственности для сервис-провайдеров, которые будут отвечать за действительность содержания сертификата.

Директива не содержит исчерпывающего правового регулирования вопросов электронной подписи, но обеспечивает минимальные требования и уровень защиты при ее использовании. Директива закрепляет, что электронные подписи могут использоваться в качестве доказательства в правоприменительной деятельности (О. Шмелева-Мата).

Статья II Нью-Йоркской конвенции говорит о письменном, но не о собственноручно подписанном арбитражном соглашении. В связи с этим можно считать, что если подпись

не проставлена от руки, а напечатана либо использован электронно-цифровой аналог собственноручной подписи, с точки зрения формы такое арбитражное соглашение удовлетворяет требованиям Конвенции.

При рассмотрении дела в «виртуальном пространстве» возможны определенные процессуальные трудности:

– необходимость наличия технических средств высокого качества в местах нахождения арбитров и свидетелей;

– при использовании видеоконференции не существует гарантий того, что ответы свидетеля не будут «подсказаны» лицом, находящимся за камерой. Следовательно, возможны сомнения в объективности полученных показаний.

Несколько лет назад было высказано предложение об основаниях использования средств электронной связи для проведения совещаний арбитров по существу дела и составления «электронного» проекта решения. Такими основаниями предлагается считать (Р. Хилл):

– согласие всех арбитров на использование средств электронной связи;

– непосредственное участие всех арбитров в обсуждении и принятии проекта решения;

– отсутствие соглашения сторон об исключении средств электронной связи из арбитражной процедуры;

– избрание сторонами или арбитражем «виртуальной» формы совещаний и вынесения решения, которое должно быть надлежащим образом зафиксировано.

В 1985 г. швейцарский Верховный суд подтвердил право арбитров проводить совещания посредством электронной связи. Суд подчеркнул, что единственным обязательным условием для проведения совещания арбитров и вынесения решения является их непосредственное участие. Соглашение арбитров может быть выражено как в устной, так и в письменной форме. Следовательно, нет запрета о проведении совещаний посредством электронной связи, если только стороны не договорились об ином. Закон об арбитраже Италии (1994 г.) закрепил возможность проведения совещаний между арбитрами посредством видеоконференции (Д. Семенов).

В английской доктрине высказывается мнение, что арбитражное решение может быть составлено председательствующим арбитража и разослано другим арбитрам по электронной почте. В случае их согласия с проектом решение рассылается сторонам аналогичным образом. Поскольку решение не должно быть мотивированным (в соответствии с английским правом), не будет существовать оснований для его обжалования (К. Дилллоуэй). Однако нормы национального законодательства большинства стран континентальной системы права требуют мотивированности арбитражного решения. Кроме того, это предложение не учитывает проблемы конфиденциальности «виртуального» арбитража.

Уже существует практика по применению «виртуального» арбитража. Американская арбитражная ассоциация приняла участие в проекте «Виртуальный магистрат». Стороны могут передать споры, связанные с информационными технологиями, на рассмотрение арбитра, который должен вынести решение в течение 72 часов. Вся арбитражная процедура проходит через Интернет. В Аргентине созданы специализированные органы по рассмотрению споров об использовании информации в Интернете.

Список использованной литературы

Международно-правовые акты[1]

Бернская конвенция по охране литературных и художественных произведений (г. Берн, 9 сентября 1886 г.).

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

Гаагская конвенция в отношении соглашений о выборе суда (2005 г.).

Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса (1954 г.).

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

Конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 года (г. Гамбург, 31 марта 1978 г.).

Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (г. Нью-Йорк, 2 декабря 2004 г.).

Конвенция об использовании электронных сообщений в международных договорах (2005 г.).

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

Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (г. Нью-Йорк, 10 июня 1958 г.).

Парижская конвенция по охране промышленной собственности (г. Париж, 20 марта 1883 г.).

Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (г. Рим, 19 июня 1980 г.).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности (1997 г.).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле (1996 г.).

Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях (2001 г.).

Международные правила толкования торговых терминов «Инкотермс-2000».

Использованная литература

Абраменков М. С. Некоторые проблемы коллизионно-правового регулирования наследственных отношений в Российской Федерации// Московский журнал международного права. 2006. № 4.

Александров И. Важнейшие практические проблемы международного коммерческого арбитража в некоторых странах СНГ и ЕС/ http://www. yurclub. ru/docs/international/article16. html.

Андреев Е. П., Царева О. Е. Основы валютного законодательства/ под ред. Е. П. Андреева. М., 2003.

Андриянова М. А. Трудовые отношения с участием иностранцев в системе международного частного и трудового права России: автореф. дисс… канд. юрид. наук. М., 2002.

Ануфриева Л. П. Международное частное право. В 3 т. М., 2001.

[1] Список нормативных правовых актов Российской Федерации см. в разделе «Принятые сокращения».

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

Асосков А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003.

Барановский П. Д. Международно-правовые проблемы охраны интеллектуальной собственности в сети Интернет: дисс… канд. юрид. наук. М., 2005.

Бардина М. П. Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем/ http://www. consultant+

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

Белов А. П. Исполнение иностранных решений по гражданским и торговым делам// Право и экономика. 2002. № 3.

Бернаскони К., Сигман Х. К. Гаагская конвенция о праве, применимом к определенным правам на ценные бумаги, находящиеся во владении посредника (Гаагская конвенция по ценным бумагам)// Государство и право. 2006. № 12.

Бирюкова Н. С. Правовая квалификация в международном частном праве: дисс… канд. юрид. наук. М., 2007.

Богуславский М. М. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Бреус С. Б. Защита авторских прав в Интернет: дисс… канд. юрид. наук. М., 2005.

Бурьянов В. В. Личный закон юридического лица в российском законодательстве// Журнал российского права. 2004. № 5.

Валютное право/ под ред. П. Н. Бирюкова. Воронеж, 2004.

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

Винтер, Е. Основания отказа в признании и исполнении решений иностранных судов// Московский журнал международного права. 2006. № 4.

Вострецова, О. А. Применение в России международных норм о труде// Законодательство. 2006. № 12.

Вострикова, Л. Г. Финансовое право: учеб. пособие. М., 2001.

Гаврилов, Э. П., Городов, О. А., Гришаев, С. П. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации (постатейный). Часть четвертая. М., 2007.

Гаджинский, А. М. Логистика. М., 2004.

Галенская, Л. Н. Понятие взаимности// Журнал международного частного права. 2005. № 3.

Галимуллина, С. К. Применение иностранного права в международном частном праве: Теория, законодательство и судебная практика Российской Федерации: автореф. дисс… канд. юрид. наук. Казань, 2006.

Герасимова, Е. О проекте Федерального закона «О защите прав работников, нанимаемых частными агентствами занятости с целью предоставления их труда третьим лицам»/ http://lawfirm. ru/article/index. php? id=205

Горшкова, Л. В. Правовые проблемы регулирования частно-правовых отношений международного характера в сети Интернет: дисс… канд. юрид. наук. М., 2005.

Демидов, И. А. Государство как субъект международного частного права: автореф. дисс… канд. юрид. наук. Саратов, 2005.

Доронина, Н. Г. Руководство по регулированию иностранных инвестиций 1992 г./ в кн.: Комментарий к Закону об иностранных инвестициях. М., 2000.

Дробязкина, И. В. Международный гражданский процесс. СПб., 2005.

Еремин, А. В. Договор по авторскому праву ВОИС// Гражданин и право. 2006. № 3.

Ерпылева, Н. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2006.

Жильцов, А. Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы): дисс… канд. юрид. наук. М., 1998.

Зажигалкин, А. В. Международно-правовое регулирование электронной коммерции: автореф. дисс… канд. юрид. наук. СПб., 2005.

Зайцев, Р. В. Признание и приведение в исполнение в России иностранных судебных актов: дис… канд. юрид. наук. М., 2006

Звеков, В. П. Международное частное право. М., 2004.

Звеков, В. П. Международное частное право: курс лекций. М., 2000.

Зеленин, А. Инкотермс: эволюция содержания и проблемы применения/ www. legas. ru/ incoterms3

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

Зыкин, И. С. Развитие международного частного права в свете принятия части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации// Государство и право. 2002. № 12.

Иванов, А. В. Интеллектуальная собственность в Интернете: дисс… канд. юрид. наук. М., 2006.

Исайкин, Д. А. Организационно-правовые формы субъектов офшорной деятельности// Юрист. 2004. № 12.

Кабатова, Е. В. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве/ в кн.: Международное частное право: современная практика/ под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Светланова. М., 2000.

Кабир, Л. С. Организация офшорного бизнеса. М., 2004.

Канашевский, В. А. Международное частное право. М., 2006.

Карабельников, Б. Р. Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений: Научно-практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года. М., 2001.

Кенсовский, П. А. Легализация и признание документов иностранных государств. СПб., 2003.

Киселев, И. Я. Трудовое право России и зарубежных стран. Международные нормы труда. М., 2005.

Кисиль, В. Автономная кодификация международного частного права является требованием времени/ http://www. adviss. ru/content/view/7/7/

Комаров, А. С. Международный коммерческий арбитраж и государственный суд// Закон. 2003. № 2

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

Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный)/ под ред. Л. П. Ануфриевой. М., 2004.

Комментарий к Кодексу торгового мореплавания Российской Федерации/ под ред. Г. Г. Иванова. М., 2005.

Кох, Х., Магнус, У., Винклер фон Моренфельс, П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001.

Кредитные организации в России: правовой аспект/ под ред. Е. А. Павлодского. М., 2006.

Кретов, И. И., Садченко, К. В. Логистика во внешнеторговой деятельности. М., 2003.

Кудашкин, В. В. Актуальные проблемы доктрины обхода закона в международном частном праве// Законодательство. 2004. № 3.

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

Кукин, А. В. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: основные положения, юридическая природа: дис… канд. юрид. наук. М., 2005.

Кулистикова, О. В. Йорк-Антверпенские правила – правила об общей аварии: учебно-методич. пособие. СПб., 2001.

Лаптев, А. М. Организации ООН в системе международного частного права. М., 2003.

Леанович, Е. Б. Проблемы правового регулирования интернет-отношений с иностранным элементом/ http://evolutio. info/index. php? option=com_content&task=view&id=385Itemid=51

Леонов, А., Деев, В. Франчайзинг в России: перспективы развития/ http://www. rmanagement. org/fran6. html

Леонтьев, К. Б. Комментарий к Федеральному закону «Об электронной цифровой подписи» (постатейный). М., 2003.

Летин, А. Б. Трансграничная несостоятельность как объект науки международного частного права// Государство и право. 2003. № 8.

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

Мальцев, А. С. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных правоотношений, возникающих в процессе электронного взаимодействия: дисс… канд. юрид. наук. М., 2007.

Марышева, Н. И. Вопросы кодификации норм международного гражданского процесса// Журнал российского права. 2004. № 6.

Медведев, И. Г. Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005.

Международное частное право: Иностранное законодательство/ сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001.

Международное частное право: учебник/ под ред. Г. К. Дмитриевой. М., 2007.

Международное частное право: учебник/ под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004.

Международные валютно-кредитные и финансовые отношения/ под ред. Л. Р. Красавиной. М., 2002.

Мережко, А. Международное частное право в киберпространстве/ http://lawfirm. ru/article/index. php? id=165

Мережко, А. Эволюция международного частного права// Юридическая практика. 2002. № 17 (227).

Милославская, С. В., Плужников, К. И. Мультимодальные и интермодальные перевозки. М., 2002.

Мир нотариата. 2004/ mirnot. narod. ru

Миротин, Л. Б. Транспортная логистика. М., 2003.

Морозова, Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения: автореф. дисс… канд. юрид. наук. М., 2001.

Муранов, А. И. К вопросу об «обходе закона»// Московский журнал международного права. 1997. № 3.

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

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

Никульшина, О. Г. Участие органов нотариата в международном правовом сотрудничестве// Право и экономика. 2006. № 4.

Осавелюк, Е. А. Определение места международного гражданского процесса в системе российского права: автореф. дисс… канд. юрид. наук. М., 2004.

Папушой, И. Л. Гражданско-правовое регулирование института наследования с иностранным элементом: автореф. дисс… канд. юрид. наук. М., 2007.

Петровский, С. В. Правовое регулирование оказания интернет-услуг: дисс… канд. юрид. наук. М., 2002.

Попова, Е. В., Попов, Е. В. Трансграничное банкротство// Законодательство. 2005. № 4.

Попондупуло, В. Ф., Панзани, Л. Рекомендации в отношении трансграничного банкротства/ в сб.: Материалы международной конференции по трансграничному банкротству. Проект ТАСИС «Эффективность процедур банкротства»/ http://www. Aldana. ru/files/fl_10pdf

Розенберг, М. Г. Международная купля-продажа товаров. Комментарий к правовому урегулированию и практике. М., 2003.

Рынок ценных бумаг: учеб. пособие для вузов/ под ред. Е. Ф. Жукова. М., 2004.

Светланов, А. Г. Международный гражданский процесс: современные тенденции. М., 2002.

Серго, А. Электронный документооборот// Российская юстиция. 2003. № 5.

Силкина, И. В. Лица, имеющие право ссылаться на государственный иммунитет: современные тенденции в зарубежной судебной практике// Московский журнал международного права. 2005. № 1/57.

Скачкова, Г. С. Труд иностранцев в России. М., 2006.

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

Сокерин, К. Прецедент в России/ http://www. yurclub. ru/docs/theory/article5. html

Соловяненко, Н. Правовое регулирование электронной торговли и электронной подписи (международный опыт и российская практика)// Хозяйство и право. 2003. № 1, 7.

Сосна, С. А. Концессионные соглашения: теория и практика. М., 2002.

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

Степанян, М. Г. Правовые вопросы использования иностранной валюты во внешнеторговой деятельности/ http://www. cfin. ru/press/black/20011/02_02_stepanyan. shtml

Тимохов, Ю. А. Иностранное право в судебной практике. М., 2004.

Тихомиров, Ю. А. Коллизионное право: учеб. и научно-практич. пособие. М., 2000.

Толстых, В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: Проблемы толкования и применения раздела VI части третьей ГК РФ. М., 2002.

Тосунян, Г. А., Викулин, А. Ю. К новому финансовому праву// Финансовое право. 2003. № 6.

Траспов, Р. А. Международный коммерческий арбитраж: понятие и критерии применения оговорки о публичном порядке/ http://www.rocheduffay. ru/articles/disputes. htm

Федосеева, Г. Ю. Международное частное право: учебник. М., 2005.

Хайрюзов, В. В. Некоторые проблемы правового регулирования трансграничной несостоятельности (банкротства)// Право и политика. 2006. № 7.

Хвесеня, В. М. Рекомендации по применению публичного порядка в качестве основания для отказа в признании// Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 3.

Хлестова, И. О. Проблемы юрисдикционного иммунитета государства (законодательство и практика). М., 2002.

Чернявский, С. П. Международный офшорный бизнес и банки. М., 2004.

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

ШмелеваМата, О. В. Виртуальный арбитраж: реальная альтернатива разрешения внешнеэкономических споров/ http://www. kollegi. ru/iss/t2/n6/41. htm

Щукин, А. Гаагская конвенция в отношении соглашений о выборе суда 2005 года: основные положения// Арбитражный и гражданский процесс. 2006. № 5.

Ярков, В., Медведев, И., Трушников, С. Некоторые проблемы интернационализации цивилистического процесса и гражданских юрисдикций в России/ http://www. consultant+

Интернетресурсы

http://www. cisglibrary. org
http://www. rocheduffay. ru/articles/disputes. htm
http:// www. yurclub. ru/docs/international/article22. html#b001#b001
http://adoptlaw. ru/2%20International%20adoption. htm
http://arbitr. msk. ru/upload/article. php? id=340
http://assembly. coe. int/ASP/Press/StopPressView. asp? CPID=1778
http://base. zakon. kz/doc/lawyer/? uid=undefined&doc_id=30030156
http://business-soft.ru/info/comments.php? id=30
http://economics. claw. ru/ek_259. htm
http://egg. elrussia. ru/index. php/16.05.06.
http://fundmanager. by. ru/trader/5. htm
http://garant. su/hotlaw/files/f240110. rtf
http://infoforum. kz/? pag=124&pagedetail=309
http://law. edu. ru/article/article. asp? articleID=1142238
http://lawfirm. ru/article/index. php? id=109
http://lenta. ru/articles/2005/08/01/gayparade/
http://masters. donntu. edu. ua/publ2002/fem/mozgovaya. pdf
http://mirnot. narod. ru/
http://news. invictory. org/print. php? id=10489
http://news. webdigest. ru/content/534767. html
http://oviont. ru/articles. show. shtml? c_art=287
http://pravo. kulichki. ru/zak/megd/meg00147. htm
http://privacy. hro. org/about/advanced/brandeis. php
http://rksmb. ru/get. php?1609&rss
http://rniiis. ru/content/view/148/34/
http://rus. delfi. ee/daily/abroad/article. php? id=13396041&com=1
http://russianlaw. net/law/law. htm
http://sklad-zakonov.narod.ru/Vlad_st/bill_ct.htm
http://trudovoepravo. ru/lizing_personala/
http://untreaty. un. org/English/notpubl/Russian_3_13. pdf
http://uprav. biz/materials/law/view/5210. html
http://world. lib. ru/k/kim_o_i/gk1rtf. shtml
http://www. akdi. ru/id/izdania/e_life/pn/archiv/2006/1206_2. htm
http://www. allpravo. ru/library/doc100p/instrum2060
http://www. analitika. org/article. php? story=20050329053816716&mode=print
http://www. berator. ru/consultant/article/10
http://www. besedinlaw. com
http://www. businesspravo. ru
http://www. centrasia. ru/newsA. php4? st=1101425520
http://www. cliff. ru
http://www. coast. ru/referats/literatura/1916. htm
http://www. consultant. ru
http://www. custody. ru/ru/news/analit/Archive2000/dvs200005/
http://www. doney. net/bkcode/11usc. htm

http://www. duma. gov. ru/search/kmpage/80200016/news/020. html
http://www. eurolawco. ru/publ/il96. html
http://www. excode. ru/art6325p2. html#start
http://www. fact. ru/www/arhiv11s8. htm
http://www. investo. ru/offshore/index. html.
http://www. forex. ua/forex_library/classics. shtml
http://www. franchisee. ru/1132. html
http://www. iccwbo. org
http://www. infolaw. ru/lib/20064ecourtspb
http://www. inservice. ru/documents/engcontract/18. html
http://www. itogi. ru/paper2001. nsf/Article/Itogi_2001_11_05_13_5813. html
http://www. iuf. ru/index. php? ss=3&s=95&s1=&s2=&s3=&id=247
http://www. juridcenter. ru/reglament. php
http://www. kommersant. ru/doc. html? docId=658754
http://www. law. duke. edu/journals/djcil/articles/djcil8p315. htm
http://www. law. edu. ru
http://www. lawfirmuk. net/russia/llp. htm
http://www.laws-portal.ru/library/family_disp/collision_fam.htm
http://www. legas. ru/vnecontract/
http://www. lexmercatoria. net
http://www. library. by/shpargalka/belarus/003/281. htm
http://www. loginfo. ru/arhiv/2006/log12_06s2. php
http://www. mapauto. ru/news/print. php? id=12
http://www. marketing. spb. ru/libmm/sales/franc_mold/2. htm
http://www. medialaw. ru/publications/zip/133/5. htm
http://www. miripravo. ru/advocat/advocat. htm
http://www. newizv. ru/news/20070115/61291/
http://www. newsinfo. ru
http://www. offshoreinfo. ru
http://www.ortho-rus.ru/titles/bb_show.php?r=5&t=1&m=4468&ord=1
http://www. pravoteka. ru/lib/konkursnoepravo/0001/25. html
http://www. profpravo. ru/practice/article_031. php
http://www. rau. su/observer
http://www. rcb. ru/archive/printrcb. asp? aid=3160
http://www.roche-duffay.ru Offshore Trends
http://www.roche-duffay.ru Ultra Vires
http://www. russianlaw. com/publications/id/59/
http://www. spbpravo. ru/comm. php? id=750
http://www. state. gov/e/eb/tra/
http://www. transinterlog. com/articles/99/
http://www. ukrlawyer. narod. ru
http://www. uncitral. org
http://www. unidroit. org
http://www. unilex2004. org
http://www. utro. ru/news/2005/06/23/451849. shtml
http://www. vestnikao. com. ua/news/fond/? id=222&page=1
http://www.wolters-kluwer.ru/market/files/g150.pdf
http://www. yurpractika. com/article
http://www. zakon. ru/intnum. php? bc_tovar_id=3