

МИНИСТЕРСТВО СЕЛЬСКОГО ХОЗЯЙСТВА
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

ФГБОУ ВО «Кубанский государственный
аграрный университет имени И. Т. Трубилина»

Т. В. Глинщикова

ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Учебное пособие

Краснодар
КубГАУ
2017

УДК 341.9 (075.8)

ББК 67.93

Г54

Р е ц е н з е н т :

Т. В. Новикова – доцент кафедры международного права Северо-Кавказского филиала Российского государственного университета правосудия, канд. юр. наук;

Л. И. Попова – доцент кафедры гражданского права Кубанского государственного аграрного университета,
канд. юр. наук

Глинщикова Т. В.

Г54 Проблемы международного частного права : учеб. пособие / Т. В. Глинщикова. – Краснодар : КубГАУ, 2017. – 117 с.

ISBN 978-5-00097-076-8

В учебном пособии освещаются актуальные проблемы международного частного права, возникающие в связи с различным доктринальным толкованием ряда институтов, а также изменениями, вызванными влиянием международного частного права на национальное законодательство.

Предназначено для магистрантов направления 40.04.01 «Юриспруденция», профиль подготовки «Гражданское право, семейное право, международное частное право».

УДК 341.9 (075.8)

ББК 67.93

© Глинщикова Т. В., 2017
© ФГБОУ ВО «Кубанский
государственный аграрный
университет имени
И. Т. Трубилына, 2017

ISBN 978-5-00097-076-8

ВВЕДЕНИЕ

Развитие международных экономических отношений, появление новых субъектов и видов договорных связей привело к повышенному вниманию к проблемам международного частного права в России. В свое время известный российский коллизинист М. Н. Брун писал о международном частном праве: «Своим содержанием наука эта представляет ряд испытаний для тех, кто ею занимается... кто так на нее жалуется, заявляет о своей пламенной любви к ней. По тому самому, что наука эта изобилует недоуменными вопросами, потому что конечная цель этой науки – признание и защита субъективных прав на всем земном шаре независимо от случайных местных условий притязания на них; что святоч этой науки – человечество, стоящее выше национальных делений, по этим причинам она влечет и привязывает к себе всех, кто с нею познакомился»¹.

Современный период характеризуется взаимодействием международного частного права и национального законодательства. Данная тенденция оказывает влияние на развитие отечественного законодательства в данной области и, несомненно, дает импульс к обсуждению проблем международного частного права – его природы, квалификации юридических понятий коллизинной нормы, соотношения коллизинного регулирования с унификацией материального права, национальной регламентации с *lex mercatoria* и др.

Учебное пособие преследует цель ознакомить студентов с основными достижениями международного частного права на современном этапе.

Задачами учебного пособия являются:

– изучение основных теоретических конструкций международного частного права; состояния и тенденций

¹ Брун М. И. Международное частное право. М., 1909. С. 2.

развития международного и зарубежного законодательства в соответствующей сфере;

- изучение основных концептуальных направлений по актуальным проблемам международного частного права;

- выработка навыков квалифицированно толковать и применять нормы международного и национального законодательства, документы негосударственного регулирования;

- выработка навыков решения практических казусов, возникающих в сфере международных частноправовых отношений;

- выработка умения ведения дискуссии, деловых переговоров, осуществления посредничества с целью достижения компромисса участниками юридического конфликта.

При подготовке данного пособия были использованы как действующее законодательство, так и практика его применения, монографические работы, научные статьи, в которых исследовались вопросы коллизионного и материально-правового регулирования трансграничных отношений.

Содержание и структура настоящего пособия обусловлены теоретическими и практическими проблемами, связанными с поиском и применением материального права, практическими и учебно-методическими целями.

ПРИНЯТЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

ГК РФ – Гражданский кодекс Российской Федерации

ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации

КТМ РФ – Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации

МКАС при ТПП РФ – Международный коммерческий арбитраж при Торгово-промышленной палате Российской Федерации

СК РФ – Семейный кодекс Российской Федерации

СЗ РФ – Собрание Законодательства Российской Федерации

1 ПРОБЛЕМА ПРАВОВОЙ ПРИРОДЫ И МЕСТА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В СИСТЕМЕ ПРАВА

1.1 Особенности предмета правового регулирования международного частного права

В научной литературе предмет международного частного права трактуется в узком и широком значении. По мнению Н. Ю. Ерпылевой, предметом международного частного права являются исключительно гражданско-правовые отношения, связанные с заключением договоров, осуществлением расчетов, наследованием имущества.¹ В широком значении в предмет регулирования международного частного права включают и другие частноправовые отношения, например, семейные, трудовые, осложненные иностранным элементом. Большинство ученых придерживаются указанного подхода. Так, Л. А. Лунц отмечал: «Международное частное право – как отрасль права и отрасль правоправедения – есть область отношений гражданско-правового характера (это – область отношений по «гражданским делам» (возникающих из гражданских, семейных и трудовых отношений) ...) в указанном широком смысле слова, возникающих в международной жизни».² Таким образом, к отношениям, регулируемым международным частным правом, относятся имущественные и личные неимущественные отношения международного характера или с иностранным элементом. Указанные отношения следует отличать от внутренних отношений, которые возникают в рамках юрисдикции одного государства и регулируются внутренним правом.

¹ Ерпылева Н. Ю. Международное частное право России // Гражданин и право. № 7/8. 2002. С. 36.

² Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. Международное частное право. Общая часть. М. : Спарк, 1973. С. 12.

Наличие иностранного элемента в частноправовом отношении приводит к его связи с иностранным или международным правом. Иностраный элемент может проявляться в виде субъекта отношения, объекта отношения, юридического факта, с которым связано возникновение, изменение, прекращение правоотношения. Так, по мнению Г. К. Дмитриевой, гражданские правоотношения приобретают международный характер, когда в их составе появляется, так называемый, иностранный элемент.¹ Однако А. А. Рубанов, обоснованно критикуя категорию «правоотношение с иностранным элементом», отмечает, что «правоотношение можно трактовать как результат урегулированности общественного отношения нормами права, но не как объект регламентации этих норм. Следует говорить не об иностранном элементе, а об имущественных отношениях, обладающих иностранной характеристикой. Иностранные характеристики не являются элементами имущественного отношения, не входят в его структуру, а лишь указывают на внешние связи с другими общественными отношениями.²

Категория «иностраный элемент» имеет не только доктринальное, но и законодательное закрепление. Так, в разделе VI «Международное частное право» Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ), в п. 1 статьи 1186, указаны разновидности иностранного элемента: «Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав

¹ Международное частное право : учебник / под ред. Л. П. Ануфриевой, К. А. Бякишева, Г. К. Дмитриевой. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2004. С. 11.

² Рубанов А. А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М. : 1984. С. 91–93.

находится за границей...»¹. Схожим образом категория «иностранный элемент» закреплена и в ст. 414 КТМ РФ². Таким образом, только две группы отношений, в частности, субъект и объект правоотношения, законодатель включает в понятие «иностранный элемент». Третья группа – юридический факт – содержится в формулировке «иной иностранный элемент», вероятно, по причине того, что юридический факт в гражданско-правовой литературе не рассматривается в качестве элемента правоотношения.

Сферу регулирования международного частного права в большинстве стран определяют по-разному. В тоже время, вопросы, связанные с решением коллизионных проблем, все государства включают в предмет международного частного права. Нередко в рамках предмета международного частного права зарубежные доктрины рассматривают вопросы международного гражданского процесса. Проблематичным является вопрос о включении в предмет международного частного права административных, налоговых правоотношений. Некоторые авторы полагают, что поскольку двусторонние соглашения об избежании двойного налогообложения адресованы юридическим и физическим лицам, следует их считать источниками международного частного права и, соответственно, налоговые, административные отношения следует включить в предмет международного частного права. Однако, не смотря на то, что положения указанных договоров имеют отношение к юридическим и физическим лицам, они в целом регулируют взаимоотношения государств и следует утверждать только о сближении международного частного и международного публичного права. Наиболее оптимальным решением

¹ Гражданский кодекс РФ (часть третья) : федер. закон от 26.11.2001 № 146-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

² Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации : федер. закон от 30.04.1999 № 81-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207.

указанной проблемы могло бы стать включение в раздел VI части III ГК РФ положения, устанавливающего критерии разграничения отношений, возникающих в области международного публичного права от отношений в области международного частного права.

1.2 Концептуальные направления в отечественной и зарубежной доктрине о месте международного частного права в системе права

Вопрос о месте международного частного права в юридической системе в литературе является дискуссионным. Одни ученые, в рамках цивилистической концепции, полагают, что международное частное право – это часть гражданского права и как отдельная отрасль права не существует. Данная точка зрения сформировалась в российской дореволюционной юридической науке. Известный российский цивилист К. И. Малышев одним из первых отмечал, что, «международное частное право есть ни что иное, как часть гражданского права, то есть теория гражданских отношений в международном быту»¹. В настоящее время указанного подхода придерживаются М. И. Брагинский, а также В. П. Мозолин, которые определяют международное частное право как область гражданского права.² По мнению сторонников данной позиции, раздел VI «Международное частное право» включен законодателем в Гражданский кодекс

¹ Малышев К. И. Курс общего гражданского права России. СПб. : тип. М. Стасюлевича, 1878. С. 5.

² Брагинский М. И. О природе международного частного права // Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды ВНИИСЗ / М. И. Брагинский. М., 1982. Вып. 24. С. 146–160; Мозолин В. П. Глава «Понятие гражданского права» : Гражданское право : учеб. В 3 т. Т. 1. / отв. ред. В. П. Мозолин. – 2-е изд. перераб. и доп. М. : Проспект, 2012. С. 30.

РФ, по причине совпадения предмета правового регулирования гражданского и международного частного права. Однако специфика отношений, регулируемых международным частным правом, заключается в наличии иностранного элемента и, как следствие, применения коллизионных норм, которые позволяют осуществить выбор компетентного правопорядка. Е. Г. Белькова, в связи с этим, указывает, что наличие общей части в разделе VI «Международное частное право», именуемой «Общие положения», говорит об обособлении данной общности юридических норм в структуре права, а уровень обобщений является показателем юридической самобытности этой общности, ее места в правовой системе.¹

Другие ученые утверждают, что международное частное право является отдельной отраслью внутреннего права. Указанная концепция возникла в XIX веке, в настоящее время данный подход в отечественной доктрине является доминирующим, его поддержали большинство советских и российских ученых, среди которых М. М. Богуславский, Г. К. Дмитриева, В. П. Звеков, Л. А. Лунц, И. С. Перетерский и другие. В тоже время, несмотря на то, что коллизионные нормы характеризуются определенным единообразием, международное частное право каждого государства отличается от международного частного права другого государства.

Известный советский ученый С. Б. Крылов выдвинул идею, согласно которой международное частное право является частью международного публичного права, то есть отдельной отраслью международного публичного права. Данную точку зрения поддержали такие ученые, как Л. Н. Галенская, В. Э. Грабарь, П. Е. Казанский, М. Н. Капустин.

¹ Белькова Е. Г. К вопросу о месте международного частного права в системе права // Академический юридический журнал. № 3 (13) 2003. С. 37–40.

Действительно, международное публичное право и международное частное право имеют единые основы, в качестве которых выступают общепризнанные принципы международного права. Однако, субъектами международного публичного права являются государства, межгосударственные организации, нации, которые борются за свою независимость. К основным же субъектам международного частного права относят юридические и физические лица, транснациональные корпорации.

Основоположником, так называемой, негативной теории, стал известный юрист А. Н. Макаров. Сторонники данной теории относят международное частное право к области научных знаний, не признавая за ним свойство системы права. Данная область науки призвана изучать нормы международного и внутреннего права, регламентирующие отношения, осложненные иностранным элементом. В пользу указанной теории высказывались и современные ученые. Так, по мнению сторонников такого подхода, международное частное право представляет собой полисистемный комплекс, который соединяет в себе части национального права и международного публичного права, при этом эти части не исключаются из соответствующих национально-правовых систем или из международного публичного права, но взаимодействуют между собой.¹ По сути, двойственный характер источников международного частного права не позволяет, относить международное частное право к внутригосударственному праву.

В тоже время, специфичность предмета регулируемых отношений определяется их международным характером. Своеобразным является и метод международного частного права, не известный гражданскому праву – преодоление коллизии права. Как следствие, несмотря на многообразие

¹ Канашевский В. А. Международное частное право : учебник / Изд. 2-е, доп. М. : Международные отношения, 2009. С. 48.

существующих в научной литературе взглядов на правовую природу международного частного права, следует согласиться с учеными, утверждающими, что международное частное право, несмотря на название, является самостоятельной отраслью национального права определенного государства. При этом международное частное право тесно связано как с гражданским правом, так и с международным публичным правом, но не является их составной частью или подотраслью.

1.3 Соотношение международного частного права и международного публичного права

Международное публичное право и международное частное право можно разграничить по следующим критериям: по предмету регулируемых отношений; методу правового регулирования; субъектам правоотношения; источникам права. Необходимо отметить, что международное публичное право регламентирует вопросы публично-правового характера, тогда как предметом регулирования международного частного права являются частноправовые отношения имущественного характера, а также связанные с ними личные отношения неимущественного характера, осложненные иностранным элементом. Как следствие, договоры, которые изучаются в рамках международного публичного права, регламентируют межгосударственные отношения в сфере политики, военного сотрудничества и другие. В рамках доктрины к числу источников международного частного права с одной стороны относят международные договоры, регламентирующие трансграничные гражданско-правовые отношения, с другой стороны – это национальное законодательство, судебная практика государств и международные торговые обычаи. Ученые обращают внимание на двойственный характер

источников международного частного права. По мнению М. М. Богуславского, «двойственность источников не означает возможность разделения международного частного права на две части; предметом регулирования в обоих случаях являются одни и те же отношения, а именно гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом»¹. Аналогичной является позиция и В. А. Канашевского: «источники международного частного права по своему происхождению характеризуются двойственностью»².

Основными субъектами международного частного права являются физические и юридические лица, государство – выступает субъектом только в случае, если его контрагентом является физическое или юридическое лицо. В международном публичном праве изучаются отношения, субъектами которых являются государства, межгосударственные организации, государственноподобные образования, нации и народности, борющиеся за свою независимость.

Однако, следует признать, что черта между международным частным и международным публичным правом не всегда четкая. В частности, система международных отношений из моноцентристской системы одного субъекта превратилась в полицентристскую систему нескольких субъектов, большинство из которых несuverенны. Изменилась структура и содержание международных отношений. Наибольшее влияние на изменение содержания международных отношений оказывают такие субъекты, как международные неправительственные организации и транснациональные корпорации. В частности, международная торговая палата разрабатывает

¹ Богуславский М. М. Международное частное право : учебник / 6-е изд., перераб. и доп. М. : Норма: ИНФРА, 2011. С. 55.

² Канашевский В. А. Указ. соч. С. 44.

собственные регуляторы международных отношений, участвует в разработке международных договоров, как результат, расширилось влияние негосударственных актов на международные отношения.

Контрольные вопросы

1. Определите соотношение сфер регулирования международным публичным правом и международным частным правом.

2. В чем заключается специфика отношений, регулируемых международным частным правом?

3. Определите место международного частного права в системе права.

4. В чем заключается взаимовлияние международного частного и международного публичного права?

2 ПРОБЛЕМЫ, СВЯЗАННЫЕ С ПРИМЕНЕНИЕМ КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМ

2.1 Основные принципы разрешения конфликта квалификаций

В различных правовых системах одни и те же термины могут иметь разное юридическое значение, поэтому появилась необходимость в толковании коллизионных норм и норм иностранного права, что обусловило появление квалификации. Однако квалификацию следует понимать шире, поскольку объектом правовой квалификации являются не только нормы и понятия, но и фактическая ситуация. В

этом случае суд, как правоприменительный орган, должен оценить представленные сторонами факты и подыскать для них подходящую норму.

Следует различать первичную и вторичную квалификацию. Первичная квалификация заключается в толковании и применении коллизионных норм, вторичная – в толковании и применении норм иностранного права. В доктрине международного частного права издавна ведется спор о том, какое право следует применять при толковании коллизионной нормы с целью уяснения содержания категорий и понятий, которые в ней содержатся. Одни ученые утверждают, что это может быть право страны суда (теория *lex fori*), другие – право, к которому отсылает коллизионная норма (*lex causae*).

Первыми теорию квалификации выдвинули известные юристы Франц Кан и Этьен Бартен. Они считали, что коллизионную норму необходимо толковать в соответствии с правилами, которые сложились в государстве суда (*теория lex fori*). Однако сложился и другой подход, в соответствии с которым, при толковании коллизионной нормы следует обращаться к категориям, закрепленным в праве, к которому она отсылает. Данная теория была выдвинута немецким ученым Мартином Вольфом и получила название *lex causae*.

Первичной квалификации посвящена ст. 1187 ГК РФ. Она содержит общее правило, согласно которому при толковании коллизионной нормы, содержащиеся в ней термины, толкуются по российскому праву, если иное не установлено законом (например, отнесение вещей к движимому или недвижимому имуществу, определяется по закону места нахождения вещи). Это общее правило имеет исключение. Если термин неизвестен российскому праву, известен в ином значении или с иным содержанием, то при его толковании применяется иностранное право. В рамках вторичной квалификации также есть сторонники теории *lex fori* и теории

lex causae. Сторонники *lex fori* полагают, что иностранное право должно толковаться в том понимании, которое сложилось в государстве суда. Это означает, что если французский суд применяет немецкое право, он его толкует на основании французского права. Однако, применение данной теории на практике могло привести к искажению иностранного права и его неправильному пониманию. Поэтому основной становится теория *lex causae*, в соответствии с которой иностранное право должно толковаться в том значении, которое оно имеет в соответствующем иностранном государстве. В ст. 1191 ГК РФ закреплено, что российский суд применяет иностранное право в соответствии с официальным толкованием, доктриной и практикой применения в соответствующем иностранном государстве.

Однако проблема заключается в том, что между первичной и вторичной квалификацией возникает конфликт, поскольку суд оценивает категорию сначала в соответствии с законом страны суда, а потом в соответствии с применимым иностранным правом. Скрытые до поры коллизии проявляются и именуется в международном частном праве конфликтом квалификаций. Например, суд, оценивая обязательство как договорное, может в дальнейшем столкнуться с деликтным правоотношением.

В 1931 г. Рабель выдвигает теорию автономной квалификации. Согласно данной теории правоприменительный орган выявляет общие понятия отечественной и иностранной правовых систем и толкует иностранное право на основе обобщенных юридических категорий. Однако нередко в отечественном и иностранном праве сложно выявить что-то общее. Помимо этого, следует определить органы, на которые может быть возложена задача обобщенного толкования, а также процедура. Что касается суда, то возникают сомнения в целесообразности глубокого

сравнительно-правового анализа судом правовых систем. Очевидно, что процесс создания общего понятийного аппарата возможен, в первую очередь, посредством международной унификации.

2.2 Проблемы определения категории «публичный порядок»

Принцип защиты отечественного правопорядка тесно связан с принципом суверенного равенства национального права государств. Концепция публичного порядка, с одной стороны, призвана не нарушать частные интересы лиц, с другой стороны, защищать публичные интересы государства, вытекающие из понятия суверенитета.

Исследованием публичного порядка занимались зарубежные ученые и, в частности, такие как Савиньи, Бартен, Рабель. Большой вклад в формирование концепции оговорки о публичном порядке внес известный итальянский ученый П. С. Манчини. Одним из первых исследователей проблем, связанных с публичным порядком в России в начале XX в. является профессор Петербургского политехнического института Б. Э. Нольде. Он полагал, что оговорка о публичном порядке носит слишком расплывчатый характер, поэтому публичный порядок следует, по его мнению, детализировать.¹

Иностранная доктрина международного частного права, посвященная оговорке о публичном порядке, акцентировала внимание на законодательном закреплении публичного порядка, а также оговаривала случаи применения оговорки для ограничения действия иностранных законов. Необоснованное обращение к оговорке о публичном порядке встречалось в практике зарубежных судов в случае

¹ Международное частное право: Иностранное законодательство / Сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М. : Статут, 2001. С. 375.

применения советских законов, исполнения судебных решений и поручений. Данная ситуация послужила стимулом для изучения отечественными учеными в советский период сущности оговорки о публичном порядке. Однако, следует признать, что советские суды использовали оговорку о публичном порядке в этот период крайне редко, поскольку применение законодательства капиталистических стран в советских судах не было частым случаем.

С учетом отсутствия легального определения термина «публичный порядок» в международном и зарубежном законодательстве, необходимо проанализировать доктринальные подходы по данному вопросу. Следует признать, что не существует универсального термина или формулировки, обозначающей «публичный порядок». Каждый исследователь вкладывает в понятие «публичный порядок» свое содержание. А. Н. Макаров отмечает, что одни авторы стремятся дать перечень законов публичного порядка, другие – дать общую формулу, которая бы позволила конкретно раскрыть их объем.¹

Подробнейшим образом содержание публичного порядка раскрывает профессор Г. К. Дмитриева. К элементам публичного порядка она относит: основополагающие принципы российского права, в частности, конституционные, гражданско-правовые, гражданско-процессуальные; общепринятые принципы морали, присущие российскому обществу; законные интересы российских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, защита которых является основной задачей законодательной системы страны; общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской

¹ Макаров А. Н. Основные начала международного частного права. М., 2009. С. 67–68.

правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека.¹

Авторитетный исследователь вопросов международного частного права М. М. Богуславский признает разницу между применением иностранного права и признанием субъективных прав, возникших под его действием. Ученый в своей работе обращает внимание на очень важный вопрос – с основами советского правопорядка не совместимым является не сам иностранный закон, а лишь последствия его применение.²

В доктрине международного частного права выделяют «внутренний публичный порядок» и «международный публичный порядок». Известный советский ученый С. Н. Лебедев в свое время отмечал, что внутренний публичный порядок относится к внутренним правовым отношениям, а международный публичный порядок реализуется в сфере международного оборота.³

Необходимо отметить, что именно французская судебная практика стала применять оговорку о публичном порядке к отношениям с иностранным элементом. Это послужило основанием для выделения международного публичного порядка. Однако, международный публичный порядок и внутренний публичный порядок не являются прямо противоположными правовыми категориями, не смотря на то, что международный публичный порядок регулирует отношения с участием иностранного элемента, внутренний публичный порядок регламентирует правовые отношения внутреннего характера. Содержание данных правовых

¹ Дмитриева Г. К. Международное частное право. Ч. 3 ГК РФ. М. : Проспект, 2002. С. 118, 120.

² Богуславский М. М. Международное частное право. М. : Норма, 2009. С. 89.

³ Лебедев С. Н. Унификация правового регулирования международных хозяйственных отношений : некоторые общие вопросы // Юридические аспекты внешнеэкономических связей. М., 1979. С. 15–43.

категорий формируется в пределах одной правовой системы, применяются они также в рамках одного государства.

В теории международного частного права выделяют две концепции международного публичного порядка – позитивную и негативную. Позитивная концепция появилась изначально во французском праве. В соответствии с этой концепцией публичный порядок закреплен в позитивном праве, то есть в нормах законодательства и представляет собой правовые нормы особого значения, отступление от которых рассматривается как нарушение публичного порядка. По мнению Т. Н. Ивановой, позитивная концепция предусматривает наличие в национальном правопорядке императивных норм, которые имеют приоритет в случае применения иностранного права или исполнения иностранного решения.¹ Негативная концепция зародилась в немецком праве. Негативная концепция видит отрицательные свойства иностранной нормы, что приводит к невозможности ее применения. Таким образом, позитивная концепция основана на особом характере норм и принципов внутреннего права, негативная – на негативных свойствах иностранной нормы.

Разновидность публичного порядка в виде позитивной оговорки получает законодательное закрепление в Российской Федерации в разделе VI части III ГК РФ. Однако, недопустимо заменять публичный порядок законодательными нормами. Суды при применении данного института должны ориентироваться на принципы, установленные Конституцией РФ и международными договорами, на которых основано российское законодательство в целом.

Однако, содержание публичного порядка, в виде основополагающих принципов, является изменчивым.

¹ Иванова Т. Н. Оговорка о публичном порядке в процессе признания и исполнения иностранных арбитражных решений // Вестник арбитражной практики. 2015. № 3. С. 17.

Различные определения публичного порядка в отечественной и зарубежной доктрине обусловлены тем, что указать конкретное содержание понятия публичного порядка или же дать исчерпывающий перечень случаев, нарушающих публичный порядок, не представляется возможным. Это объясняется динамичностью, изменчивостью указанной категории. Законодатель может очертить лишь некоторые ориентиры, пользуясь которыми правоприменитель будет в каждом конкретном случае решать вопрос о нарушении публичного порядка.

2.3 Оговорка о публичном порядке в сфере международного гражданского процесса

К международному публичному порядку чаще всего обращаются в судебной практике при решении вопроса о признании и принудительном исполнении решения, вынесенного иностранным судом или арбитражем. Поэтому в указанной сфере можно выделить международный процессуальный публичный порядок, в качестве которого понимается соблюдение основополагающих принципов процесса, в особенности соблюдение права сторон на защиту.

Оговорка о публичном порядке закреплена в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. В частности, в ст. V (2) этой Конвенции предусмотрено, что в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если суд государства, в котором испрашивается признание и приведение в исполнение, сочтет, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этого государства.¹

¹ Конвенция ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958 г.) // Вестник ВАС РФ. 1993. № 8.

В российском законодательстве нормы о международном публичном порядке содержатся в п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, согласно которому арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда, если исполнение решения иностранного суда противоречит публичному порядку Российской Федерации¹. В ст. 412 (п. 5 ч. 1) ГПК РФ в качестве элемента международного публичного порядка упоминается ущерб суверенитету государства или угрозе его безопасности.²

Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» в ст. 34 указывает, что арбитражное решение может быть отменено судом в случае, если суд определит, что арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации. В ст. 36 Закона закреплено, что в признании или приведении в исполнение арбитражного решения независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано, если суд найдет, что признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации.³

Положения, касающиеся оговорки о публичном порядке содержатся и в зарубежном праве. В частности, согласно п. 3 ст. 3155 ГК Квебека (1991) иностранное решение не подлежит исполнению, если оно было вынесено с нарушением основополагающих принципов процесса. В силу ст. 27 Закона Швейцарии о международном частном праве (1987) в признании иностранного решения в Швейцарии отказывается, если ответчик не был надлежащим образом вызван для

¹ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 24.07.2002 № 95-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

² Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14.11.2002 № 138-ФЗ // СЗ РФ. 2002. № 46. Ст. 4532.

³ О международном коммерческом арбитраже : Закон РФ от 07.07.1993 № 5338-1 ФЗ // СЗ РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

участия в деле и не были соблюдены основополагающие принципы швейцарского судопроизводства, в частности ответчик не имел возможности изложить свои доводы. В соответствии со ст. 64 (b) Гражданского кодекса Италии (1889) иностранное решение подлежит признанию в Италии, если в процессе были соблюдены основополагающие права ответчика на защиту, и он был уведомлен о начатом в отношении него судебном разбирательстве. В ст. 65 ГК Италии в отношении любых иных иностранных судебных мер, касающихся правоспособности лиц, существования семейных отношений либо личных неимущественных прав, специально подчеркивается, что они признаются в Италии при условии, что они не противоречат публичному порядку и при их принятии были соблюдены основополагающие права сторон на защиту.

Отсутствие легального определения публичного порядка приводит к необходимости толкования данного понятия органами правосудия. Судьи в рамках континентальной доктрины в качестве общего критерия противоречия публичному порядку рассматривают судебные решения с позиции «гибельности и нежелательности», противоречия моральным принципам.¹

По мнению Европейского суда по правам человека, решение арбитража не должно приводиться в исполнение, если это решение подтверждает действительность соглашения, которое нарушает положения антимонопольного законодательства ЕС, которое также является императивным

¹ Вольф М. Международное частное право. М. : Госизд иностранной литературы, 1948. С. 202.

положением, которое не может быть изменено соглашением сторон.¹

Как следствие, применительно к вопросам признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений оговорка о публичном порядке сохраняет в себе и позитивный, и негативный вариант. Негативный аспект оговорки о публичном порядке проявляется в закреплении положения о несоблюдении императивных норм как основания отказа в применении иностранного права. В основе публичного порядка в современном обществе, как и ранее, лежат основополагающие правовые принципы, моральные, религиозные устои, нравственные принципы определенного общества.

Помимо названных, к публичному порядку зарубежные суды относят положения о равновесии интересов сторон спора и восстановлении нарушенного баланса с помощью средств гражданско-правовой защиты. Установление в судебном или арбитражном решении несоразмерного соотношения характера нарушения избранному средству правовой защиты можно рассматривать, как противоречие публичному порядку. Ученые приводят пример решения, вынесенного арбитражем Нью-Йоркской фондовой биржи, в соответствии с которым ответчик должен был выплатить штрафные санкции, в 526 раз превышающие размер основного долга и реальных убытков.²

¹ Практика Европейского Суда по правам человека: Обзор судебной практики Верховного Суда Российской Федерации № 4 (утв. Президиумом Верховного Суда РФ 23.12.2015) [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

² Кацорис К. Конференция профессиональных участников рынка ценных бумаг по вопросам арбитража : первые двадцать лет // Т. XXXIII. 1996. № 3. Материалы к Международной конференции «Современные мировые проблемы биржевого третейского суда». М., 2000. С. 236.

В мире существуют государства с различными правовыми системами, поэтому применение оговорки о публичном порядке по причине противоречия правовых систем, некорректно. Такая ситуация может привести к полному отрицанию иностранного и международного частного права. Применяя оговорку о публичном порядке, следует в каждом случае подтвердить, что применение определенной нормы иностранного права приведет к результатам, несовместимым с национальным правопорядком.

Так, Президиум ВАС РФ в Информационном письме от 26.02.2013 г. «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» разъяснил, что признание и приведение в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения не может нарушать публичный порядок Российской Федерации на том лишь основании, что в российском праве отсутствуют нормы, аналогичные нормам применимого иностранного права. Суд указал, что факт отсутствия аналогичного института в законодательстве Российской Федерации при соответствии его основам правопорядка Российской Федерации не может являться основанием для применения оговорки о публичном порядке и отказа на этом основании от принудительного исполнения иностранного арбитражного решения. В Обзоре также указано, что оценка последствий исполнения иностранного судебного или арбитражного решения на предмет нарушения публичного порядка Российской

Федерации не должна вести к пересмотру вынесенного решения по существу.¹

В отношении практики рассмотрения национальными судами ходатайств о приведении в исполнение решений международных коммерческих арбитражей, следует утверждать, что суд не должен обращаться к оговорке о публичном порядке, если существуют иные законные основания для отказа в признании и исполнении арбитражного решения. Суд должен применять оговорку о публичном порядке в исключительных случаях. Оговорка о публичном порядке может применяться лишь в случаях, когда последствия исполнения иностранного арбитражного решения не совместимы с основами публичного правопорядка.

2.4 Концепция сверхимперативных норм в международном частном праве

Институт императивных (сверхимперативных) норм в доктрине и судебной практике получил более позднее закрепление, чем оговорка о публичном порядке. По мнению ученых, императивными являются нормы, которые закрепляют те элементы публичного порядка, без которых невозможно было бы устойчивое функционирование всех жизненно важных систем государства². Императивные нормы международного частного права в научной литературе

¹ Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений : Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 26.02.2013 г. [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

² Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке в международном частном праве: понятие и современный порядок применения : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М., 2001. С. 17.

получают название «императивные нормы международного частного права», «сверхимперативные нормы», «нормы непосредственного применения».¹ В законодательстве закреплена следующая терминология: «нормы непосредственного применения», «преобладающие императивные положения».²

В Гражданском Кодексе РФ правовая регламентация императивных норм закреплена в виде отдельной статьи в разделе под названием «Международное частное право». В соответствии со ст. 1192 ГК РФ правила р. VI ч. 3 ГК РФ не затрагивают действие тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права.

Как следствие, в статье указаны два критерия, в соответствии с которыми нормы могут быть отнесены к числу императивных: если в них самих содержится указание на их императивность или они имеют особое значение. Представляется, оговорка «в том числе» не ограничивает

¹ Нешатаева Т. Н. Решения Европейского суда по правам человека: новеллы и влияние на законодательство и правоприменительную практику : Монография. М. : Норма : ИНФРА-М, 2013. С. 89; Международное частное право : учебник. В 2 т. Т. 1 / под ред. С. Н. Лебедева, Е. В. Кабатовой. М. : Статут, 2011. С. 116.

² Закон о международном частном праве Македонии 2007 г.; Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам «Рим I» / Пер. и предис. А. О. Четверикова [Электронный ресурс].

URL:<http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm>;

Гражданский кодекс РФ. Ч. 3 : федер. закон от 26.11.2001 г. № 146-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

особое значение этих норм обеспечением прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота.

С одной стороны, отсутствие в законодательстве определения понятия императивных норм, способно породить злоупотребления, с другой стороны круг таких императивных норм затруднительно сформулировать заранее, указанный вопрос может быть решен только на основе анализа конкретного случая.

При определенных условиях, закрепленных в п. 2 ст. 1192 ГК РФ суд может принять во внимание сверхимперативные нормы третьей страны. В частности, «при применении права какой-либо страны согласно правилам настоящего раздела, суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. При этом суд должен учитывать назначение и характер таких норм, а также последствия их применения или неприменения».

Как следствие, суду необходимо установить не только наличие императивных норм страны суда, но и императивные нормы иностранного права. Таким образом, сверхимперативные нормы другой страны суд может принять во внимание, если сочтет, что право этой страны тесно связано с правоотношением. Кроме того, суд должен учитывать дополнительные факторы – назначение таких норм, их характер, а также последствия их применения или неприменения. Применение отечественных императивных норм международного частного права будет устранять действие норм иностранного права даже тогда, когда нормы иностранного права по своему содержанию идентичны отечественным.

Иностранная судебная практика и доктрина в качестве сверхимперативных норм рассматривает все нормы

публичного права (конституционного, уголовного, процессуального). Нормы, нарушение которых имеют имущественные последствия, также могут быть отнесены к императивным нормам, в частности, это нормы о защите прав потребителей, о защите окружающей природной среды, нормы валютного, таможенного законодательства, правила страхования и банковской деятельности.

Актуальным для правоприменительной практики становится вопрос о соотношении публичного порядка и сверхимперативных норм. Следует согласиться с выводом высших судебных инстанций: «элементы публичного порядка являются по своей сущности сверхимперативными, поскольку они отражают основные устои морали и нравственности. Однако, защищаемые сверхимперативными нормами интересы могут и не касаться фундаментальных ценностей конкретного общества, поэтому не все императивные нормы достигают уровня публичного порядка.¹ Поскольку концепция «сверхимперативных норм» не теряет своего значения и в настоящее время. Поиск оснований для разграничения законов публичного порядка и императивных норм ученые занимаются и сегодня.

Контрольные вопросы

1. Назовите основные принципы разрешения конфликта квалификаций.

2. В чем заключается сущность автономной квалификации?

3. Укажите достоинства и недостатки различных способов решения проблемы первичной квалификации.

¹ Постановление ФАС Московского округа от 03.06.2011 по делу № А40-75996/10-6-647 [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

4. Назовите решение проблемы первичной квалификации в соответствии с законодательством РФ.

5. Назовите функции оговорки о публичном порядке.

6. Каковы последствия применения оговорки о публичном порядке?

7. В чем заключается сущность императивных норм международного частного права?

8. Соотношение концепции императивных норм международного частного права с концепцией публичного порядка

9. Укажите виды императивных норм международного частного права, предусмотренные в отечественном законодательстве.

3 ИНСТИТУТ АВТОНОМИИ ВОЛИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

3.1 Теоретические концепции о правовой природе автономии воли

В международном частном праве автономия воли заключается, в первую очередь, в свободном выборе применимого права сторонами контракта. Идею «автономия воли» выдвинул известный французский юрист Ш. Дюмулен, который отмечал, что смысл идеи в том, «чтобы при решении коллизионного вопроса в области договорного права всегда отдавать предпочтение праву, избранному сторонами договора»¹.

В отечественной и зарубежной доктрине международного частного права вопрос о правовой природе автономии воли является одним из наиболее дискуссионных. Большинство

¹ Мережко А. А. Наука международного частного права : история и современность. М. : Таксон, 2006. С. 69.

ученых относят автономию воли к основополагающим принципам международного частного права. Так, Н. В. Тригубович в диссертации на тему: «Автономия воли в международном частном праве» называет автономию воли в качестве определяющего принципа в установлении применимого права государственными судами и международным коммерческим арбитражем.¹ Н. Г. Вилкова также отмечает, что «автономия воли сторон договора является в настоящее время повсеместно признанным принципом международного частного права...».²

Однако, некоторые ученые рассматривают автономию воли в качестве коллизионной привязки, определяющей применимое право. В частности, Л. А. Лунц под автономией воли понимал одну из «...коллизионных норм или один из коллизионных институтов права, установленных внутренним правопорядком государства или его международными соглашениями».³ В. Л. Толстых полагает, что «тот факт, что данный институт основан на воле сторон, а не на некоем объективном обстоятельстве, не подтверждает принципиально иной природы автономии воли, отличающейся от природы коллизионной нормы».⁴

В тоже время, следует отметить, что сфера действия автономии воли не ограничивается только договорными отношениями. В настоящее время автономия воли пронизывает практически весь спектр трансграничных

¹ Тригубович Н. В. Автономия воли в международном частном праве : автореф. дис. ... канд. юрид. наук. Саратов, 1999. С. 26.

² Вилкова Н. Г. Международные правила толкования торговых терминов – ИНКОТЕРМС 2000 // Государство и право. 2000. № 9. С. 66.

³ Лунц Л. А. Указ. соч. С. 203.

⁴ Толстых В. Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. С. 127.

частноправовых отношений. Применение автономия воли исключает для правоприменительного органа обращение к таким коллизионным принципам, как характерное исполнение и наиболее тесная связь. Ко всему прочему, автономия воли закреплена в национальном праве, которое и устанавливает границы ее действия.

Особенность автономии воли заключается и в том, что стороны еще на стадии переговоров о выборе применимого права приходят к выводу о преимуществах для них определенной правовой системы. Однако, такая ситуация исключена при использовании жестких коллизионных привязок, которые основаны на территориальной локализации.

В частности, А. В. Асосков указывает: «Принцип автономии воли удивительным образом сочетает в себе описанную выше правовую определенность с гибкостью: сами стороны могут наилучшим образом учесть специфику заключаемого договора в целях выбора наиболее подходящего правопорядка».¹

Таким образом, автономия воли не ограничивается инструментарием коллизионно-правового метода разрешения коллизий. Предоставляя участникам трансграничных отношений возможность выбрать применимое право, законодатель преследует цель предотвращения таких коллизий. Стороны договора, избрав применимое к их отношениям право, исключают в дальнейшем необходимость решения коллизионного вопроса.

3.2 Способы выражения воли сторон о выборе применимого права

Основным элементом автономии воли как принципа международного частного права является выбор сторонами

¹ Асосков А. В. Указ. соч. С. 27.

применимого права. Однако, автономия воли может включать в себя и другие проявления свободы волеизъявления сторон, которые характерны для трансграничных отношений. Например, возможность выбора арбитражного органа на основе соглашения сторон о передаче спора между ними в международный коммерческий арбитраж.

Автономия воли отражена в законодательстве многих стран и получила широкое практическое применение в сфере трансграничных отношений. Однако, в законодательстве ряда государств предусмотрено, что стороны не могут подчинить регулирование трансграничных отношений любой правовой системе. Так, в законодательстве стран англо-саксонской правовой системы применяется принцип локализации правоотношения и стороны могут выбрать право страны, которая имеет тесную связь с отношением.

Статья 1210 ГК РФ принцип автономии воли рассматривает в качестве основного способа выбора права, которым будут регулироваться трансграничные отношения, при этом статья содержит основные правила данного выбора.

Стороны вправе выбрать применимое право не только в момент заключения договора, но и впоследствии. Данный выбор обладает обратной силой и не должен наносить ущерб интересам третьих лиц. Соглашение о выборе сторонами права, подлежащего применению, может быть включено в текст контракта как оговорка о применимом праве, или заключено в виде отдельного соглашения. Возможность заключения соглашения после основного контракта подтверждает и судебная практика. В частности, в Постановлении ФАС Уральского округа от 25 декабря 2013 г. по делу № А60-16231/2013 было указано, что стороны договора вправе, руководствуясь принципом свободы договора, заключить соглашение о праве, применимом к их

обязательственным правоотношениям, как при заключении договора, так и в последующем дополнительном соглашении¹.

Однако, законодатель не определил до какого момента стороны могут осуществить выбор правовой системы. По мнению В. А. Канашевского, стороны могут прийти к соглашению о выборе права только до момента совершения ими первых заявлений по существу спора, поскольку заявления сторон должны быть основаны на нормах права.²

Заключение соглашения после основного контракта иллюстрирует и арбитражная практика. Так, при рассмотрении в МКАС при ТПП РФ спора между российской организацией и германской фирмой арбитраж установил, что в контракте международной купли-продажи стороны не определили применимое право. Вместе с тем в исковом заявлении покупатель (российская организация) утверждал, что в соответствии с п. 3 ст. 1211 ГК РФ контракт должен регулироваться правом Германии. Во встречном иске продавец также ссылаясь на нормы германского права. Это дало основание арбитражу прийти к выводу, что «стороны контракта после его заключения достигли соглашения о применении к нему права Германии и что указанное соглашение сторон действует с момента заключения контракта»³.

ФАС Московского округа в Постановлении от 19 мая 2014 г. по делу № А40-31270/2007 разъяснил следующее: пункт 3 ст. 1210 ГК РФ предусматривает, что выбор сторонами подлежащего применению права, сделанный после

¹ Постановление ФАС Уральского округа от 25 декабря 2013 г. по делу № А60-16231/2013 [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

² Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 162.

³ Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / сост. М. Г. Розенберг. М., 2008. С. 63.

заклучения договора, имеет обратную силу и считается действительным (без ущерба для прав третьих лиц) с момента заключения договора. Таким образом, российское коллизийное регулирование допускает изменение применимого к договору права, и такое изменение будет иметь обратную силу, если не причиняет ущерба правам третьих лиц.¹

Суд признает недействительным соглашение о применимом праве, если данный выбор затрагивает права третьих лиц. В частности, в том случае, если, по мнению суда, вновь избранное право ущемляет права третьих лиц, то он будет применять первоначальное соглашение, если избранное сторонами право не ущемляет права третьих лиц, то применяется новый договорный статут.

Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть явно выражено или должно прямо вытекать из условий договора и обстоятельств дела (подразумеваемый выбор). «Что касается условий договора и обстоятельств дела, рассматриваемых в совокупности, то здесь речь идет о судебном толковании, причем не только самого договора, но и иных обстоятельств дела, которые могут быть приняты во внимание по усмотрению суда (арбитража)».²

Наибольшую сложность для суда представляет собой выбор правовой системы, который стороны осуществили не прямо выраженным способом. Подразумеваемый выбор сторон внешнеэкономической сделки находит отражение в

¹ Постановление ФАС Московского округа от 19.05.2014 N Ф05-13173/07 по делу № А40-31270/2007 [Электронный ресурс] – Режим доступа : Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

² Иншакова А. О. Внешнеэкономические сделки в обновленном гражданском законодательстве РФ: квалификация, форма, применимое право // Юрист. 2015. № 13. С. 29.

практике Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) при Торгово-промышленной палате РФ.¹

В известном Комментарий к Гражданскому кодексу РФ указано, что суд или арбитраж должны тщательно и всесторонне изучить и проанализировать все обстоятельства, сопутствующие заключению и исполнению договора, – переговоры, переписку, место и время подготовки, подписания и исполнения договора, валюту договора и валюту платежа; а также его условия для того, чтобы сделать обоснованный вывод о возможном намерении сторон о применимом праве.²

Несмотря на то, что обстоятельства, которые могут быть отнесены к признакам, свидетельствующим о наличии подразумеваемого выбора применимого права, в законодательстве не определены, судебные и арбитражные органы с целью выявления подразумеваемых соглашений принимают во внимание условия договора, а также иные обстоятельства дела, например, переписку сторон, практику, установившуюся во взаимных отношениях сторон, наличие взаимосвязанных договоров с участием тех же сторон.

Однако, ученые обоснованно заключают, что возможность суда выводить соглашение о выборе применимого права из условий договора либо обстоятельств дела, то есть из любых элементов договора, дает

¹ Дело № 11/2012, решение международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ от 02 июля 2012 г. [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. В 3 т. Т. 3. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова. М., 2004. С. 400.

неограниченную свободу судейского усмотрения.¹ Такие признаки, как место жительства сторон, гражданство сторон, место нахождения имущества, которое является объектом договора, не связаны с волей сторон, и, соответственно, не могут свидетельствовать о намерении сторон осуществить выбор определенной правовой системы. В том случае, если объективные обстоятельства указывают на применение какой-либо правовой системы, но при этом отсутствуют другие признаки, суду следует определить применимое право на основе коллизионных норм.

Также не могут рассматриваться в качестве критериев подразумеваемого выбора применимого права такие признаки, как валюта долга и валюта платежа, язык договора. В международном коммерческом обороте английский язык носит характер универсального способа общения, поэтому заключение внешнеэкономического контракта на английском языке не свидетельствует о желании сторон договора применить к их отношениям английское право. Аналогично выбор валюты долга или валюты платежа нецелесообразно связывать с намерением сторон выбрать компетентное право, поскольку такой выбор обычно связан с устойчивостью соответствующей валюты.

3.3 Выбор права, применимого к части договора

Российский законодатель закрепляет возможность участников договора выбрать подлежащее применению право для отдельных его частей (п. 4 ст. 1210 ГК РФ). Необходимо отметить, что советское законодательство не допускало подчинения договора различным правовым системам (п. 1 ст. 166 ОГЗ СССР 1991 г.).

¹ Ходыкин Р. М. Новое в регулировании договорных обязательств в аспекте международного частного права // Вестник ВАС РФ. 2003. № 10. С. 39.

В зарубежном праве также содержатся положения, из которых следует, что стороны могут избрать применимое право к части договора (п. 1 ст. 27 Вводного закона к ГГУ 1896 г., п. 3 ст. 3111 ГК Квебека 1991 г., ч. 3 ст. 5 Закона Украины о международном частном праве и др.). Так, согласно п. 1 ст. 27 Вводного закона к ГГУ, стороны вправе осуществить выбор права для договора в целом или для какой-либо его части.¹

Причина для такого выбора может заключаться в том, что для каждой части договора стороны стремятся указать правовую систему наиболее эффективным образом регламентирующую их отношения. Другая причина такого выбора касается договоров, которые заключаются между юридическим лицом и государством. В таких случаях стороны обычно выбирают право таким образом, чтобы сочетать законодательстве страны государства-участника сделки с национальным правом инвестора.

По мнению В. А. Канашевского, примеры случаев, в которых суды часто сталкиваются с расщеплением договорного статута, часто обнаруживаются в сложных, комплексных сделках, а также в правоотношениях, связанных с выпуском ценных бумаг и предоставлением займов. Например, международные займы одновременно выпускаются на нескольких рынках, что может привести суд к выводу о том, что сделка о выпуске займа должна регулироваться правом каждого отдельного рынка или единым правом, применимым к индивидуальным составляющим единой сделки².

В отношении сложных взаимосвязанных договоров, например, договора лизинга, в законодательстве установлены критерии выбора применимого права, однако, могут

¹ Международное частное право: иностранное законодательство / сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М. : Статут, 2001. С. 74.

² Канашевский В. А. Указ. соч. С. 164.

возникать определенные проблемы. Так, при определении в силу ст. 1211 ГК РФ в качестве применимого к договору лизинга права арендодателя, возникает неопределенность относительно правоотношений между поставщиком оборудования и лизингополучателем или лизингодателем. Аналогичным образом можно утверждать и о договоре факторинга, операциях с выпуском и обеспечением ценных бумаг и др.

В судебной практике нередко прибегают к расщеплению контракта на части, например, отношения между заказчиком и подрядчиком, подрядчиком и субподрядчиками и регулированию каждой части определенным правом. Однако, такое расщепление нарушает целостность договора, что может

привести к несовпадению законодательства в отношении какого-либо раздела контракта.

Ряд международных соглашений, в частности, Европейская конвенция 1980 г. о праве, применимом к контрактным обязательствам, Регламент Европейского союза № 593/2008 «Рим I» и другие допускают подобный кумулятивный выбор права.

Возможность выбора права к части договора в доктрине международного частного права получает название «юридическая биотехнология». «Например, если различные части договора подряда исполняются в различных странах, то вполне допустимо подчинить эти части различным правовым системам»¹.

Впервые данный термин введен известным ученым А. А. Рубановым, который отрицательно характеризует кумулятивный выбор права, подчеркивая, что правовые системы различных стран находятся во взаимодействии.

¹ Комментарий Гражданского кодекса Российской Федерации части 3 / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланава. М. : Юрайт, 2004. С. 1.

Когда юридические или физические лица комбинируют правовые нормы различных стран, они игнорируют это обстоятельство. Санкционирование таких соглашений не соответствует закономерностям международного взаимодействия национальных правовых систем, хотя использование сторонами элементов и существует объективно».¹

В. Л. Толстых, будучи солидарен с А. А. Рубановым, отмечает, что юридическая биотехнология вряд ли может считаться действенным средством защиты интересов сторон, поскольку достаточно большая диспозитивность норм материального права позволяет обойтись без этого приема.²

Тезис о недопустимости произвольного выбора права нашел отражение также в комментарии к отечественному законодательству о международном частном праве советского периода.³

Судебная практика и доктрина зарубежных стран также не всегда положительно относились к юридической биотехнологии. В частности, не отрицая возможности выбора права к различным частям договора, отмечается, что такой выбор должен быть логически совместимым и должен касаться таких элементов контракта, которые могут регулироваться различными законами без порождения противоречий. Если часть контракта, к которой избирается отдельное право, не является отделимой или выбор не является логически совместимым с правом, регулирующим

¹ Международное частное право. Современные проблемы / Под ред. М.М. Богуславского. М., 1994. С. 170.

² Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей ГК РФ. М. : Спарк, 2002. С. 53.

³ Комментарий к Гражданскому кодексу РСФСР. 3-е изд. / отв. ред. С. Н. Братусь, О. Н. Садилов. М. : Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 1982. С. 669

остальную часть контракта, то такой выбор права судами не признается.¹

Отечественные ученые также обращают внимание на то, что когда стороны осуществляют выбор права к отдельным частям договора, такой выбор должен быть логически согласован².

Нередко стороны в своем соглашении о применимом праве ссылаются сразу на две и более правовые системы. На практике в данном случае суд либо будет применять к отдельным частям договора правопорядки, указанные сторонами, либо с помощью коллизионной нормы определит право, подлежащее применению к договору в целом.

Данный подход отражен и в отечественной судебной практике. Так, в п. 3 Обзора судебной практики Федерального арбитражного суда Московского округа по рассмотрению дел с участием иностранных лиц приведен пример, когда стороны в агентском договоре сослались одновременно на английское и российское право. Суд отметил, что в момент заключения договора (1992 г.) в российском праве отсутствовало правовое регулирование агентских отношений, в то время как английское право содержало развернутое правовое регулирование на этот счет. В связи с этим суд посчитал обоснованным применение английского права в качестве единственного.³

Таким образом, в том случае, если стороны в договоре конкретно не указали, к какому спектру отношений, не урегулированных контрактом, будет применяться та или иная

¹ Шмиттгофф К. М. Экспорт: право и практика международной торговли; пер. с англ. М. : Юрид. лит., 1993. С. 173.

² Комментарий к части третьей ГК РФ / Под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. М., 2002. С. 425.

³ Постановление Федерального арбитражного суда Московского округа по делу от 12.05.1999 № КГ-А40/1344-99 [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

правовая система, а только осуществили выбор нескольких правовых систем в качестве применимого права, суд будет вынужден признать соглашение о выборе применимого право недействительным. В этом случае он определит применимое право на основе коллизионных норм. В частности, стороны контракта не указали к каким отношениям, вытекающим из договора, применяется право Беларуси, а к каким – право России, поэтому суд пришел к выводу, что стороны выбор правовой системы не осуществили и, как следствие, определил применимое право на основе коллизионных норм.¹

В другом деле, рассмотренном МКАС при ТПП РФ, стороны в контракте определили, что ответственность по контракту наступает в соответствии с законодательством одного из латиноамериканских государств и России.² И в этой ситуации МКАС был вынужден определить применимое право на основании коллизионных норм.

Однако, практика заключения трансграничных контрактов показывает, что если участники сделки осуществляют выбор права в соответствии с п. 4 ст. 1210 ГК РФ, то, как правило, избирают право к части договора.

Российская доктрина в целом положительно относится к кумулятивному выбору права, объясняя это стремлением законодателя обеспечить «более полное и свободное волеизъявление сторон»³. Законодатель в п. 4 статьи 1210 ГК РФ закрепляет возможность выбора применимого права именно для отдельной части договора, при этом, не указывая,

¹ Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29 // Вестник ВАС РФ. № 4. 1998. С. 128.

² Дело № 57/1994, решение от 16 июня 1994 г. // Розенберг М. Г. Международный договор и иностранное право в практике международного коммерческого арбитражного суда. М., 2008. С. 28–29.

³ Дмитриева Г. К. Международное частное право (часть третья ГК РФ). М., 2002. С. 215; Кабатова Е. В. Новое коллизионное регулирование в проекте Гражданского кодекса РФ // Журнал международного частного права. 1996. № 4. С. 11.

что следует понимать под частью договора. Ученые справедливо отмечают необходимость введения законодательного определения части договора, как отдельного элемента сделки или юридически отделимой части договора, не затрагивающей различные аспекты режима договора.

Контрольные вопросы

1. Какова природа автономии воли в международном частном праве?

2. В чем заключаются достоинства и недостатки юридической биотехнологии?

3. Укажите признаки, свидетельствующие о наличии подразумеваемого выбора применимого права.

4. В чем заключаются условия выбора сторонами подлежащего применению права, сделанного после заключения договора?

4 ГОСУДАРСТВО КАК УЧАСТНИК МЕЖДУНАРОДНЫХ ЧАСТНОПРАВОВЫХ ОТНОШЕНИЙ

4.1 Эволюция доктринальных представлений и правового регулирования иммунитета иностранного государства

В доктрине существуют два различных подхода по вопросу иммунитета иностранного государства, которые обозначают концепцией абсолютного и концепцией функционального иммунитета. Согласно концепции абсолютного иммунитета, государство, совершая любые юридические действия, будь то действия в качестве суверена либо частного субъекта, всегда пользуется иммунитетом. Концепция абсолютного иммунитета государства приводит к

невозможности разрешать споры в суде с участием иностранного государства без его явно выраженного согласия.

Концепция абсолютного иммунитета государства зародилась в средние века. Первый случай признания абсолютного иммунитета относится к 1668 г., когда иностранный суд признал недопустимость ареста трех испанских военных судов, которые были задержаны в связи с задолженностью испанского короля¹.

Из указанной концепции исходило законодательство преимущественно в странах социалистического лагеря и до настоящего времени эта теория находит отражение в правовых системах некоторых государств. Принцип абсолютного иммунитета государства был закреплен в ст. 61 Основ гражданского судопроизводства СССР. Среди отечественных юристов советского периода было большое количество сторонников концепции абсолютного иммунитета государства.

Единственным ограничением иммунитета государства выступал прямо выраженный отказ государства от иммунитета. «Прямой отказ» от иммунитета предполагает предъявление в суд документа в письменной форме, подписанного компетентным государственным органом. В указанном документе должно прямо и недвусмысленно выражено намерение либо, нежелание государства участвовать в судебном процессе. Прямым отказом считается и соответствующая оговорка во внешнеэкономическом договоре. Отказ государства от судебного иммунитета может содержаться и в подписанных им международных соглашениях. Действия государства по представлению отзыва на иск, возражение против требований истца, заявление ходатайства также могут рассматриваться судами как

¹ Богуславский М. М. Иммунитет государства. М. : изд. ИМО, 1962. С. 25.

согласие государства на юрисдикцию иностранного суда и отказ от иммунитета против иска.

Заключив арбитражное соглашение с иностранным лицом, государство не сможет сослаться на свой иммунитет не только в арбитраже, но и в иностранном государственном суде в том случае, если этот суд будет рассматривать спор о действительности арбитражного соглашения. Однако, заключение государством с иностранным лицом арбитражного соглашения, означает отказ государства от судебного иммунитета, но не отказ в отношении иммунитета от предварительного обеспечения иска или принудительного исполнения решения арбитража.

В XIX в. в судебной практике зарубежных государств были сделаны попытки ограничить количество случаев, когда государство могло бы сослаться на свой иммунитет. Поэтому концепция функционального иммунитета заключалась в определении случаев, в которых государство не могло бы сослаться на иммунитет.

Суть концепции функционального иммунитета сводится к тому, что деятельность государства подразделяется на два вида: действия государства как суверена и действия коммерческого характера¹. Иностранное государство пользуется иммунитетом только в тех случаях, когда оно совершает суверенные действия, например, направляет дипломатическую делегацию, открывает консульство. Если же иностранное государство совершает действия коммерческого характера, то есть ведет торговую деятельность, заключает торговые сделки, то оно иммунитетом не пользуется.

Основой концепции функционального иммунитета является деление действий государства на публичные и

¹ Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М. : Волтерс Клувер, 2008. С. 519.

частные. Для судебных органов не всегда имеется ясность, какие действия государства следует относить к публичной или частной сфере, поскольку законодательство и судебная практика не установили какие-либо объективные критерии разграничения указанной деятельности государства.

В доктрине основным критерием разграничения таких действий называют их юридический характер. В частноправовой сфере – это действия, по заключению сделок с юридическим или физическим лицом. Цель деятельности также имеет немаловажное значение. Так, по мнению зарубежных авторов, для правильной квалификации той или иной деятельности суды должны принять во внимание – доступна ли данная деятельность частным лицам или же ее выполнение относится исключительно к компетенции правительства¹.

Однако, совершая сделки коммерческого характера, государство действует в интересах государства и общества, а не ради выгоды частных лиц. Поэтому, в этом случае, цель сделки не позволяет разграничить частноправовую и публично-правовую сферы. Это относится, например, к покупке военного судна, продовольствия в целях снабжения армии, вакцины с целью вакцинации населения.

4.2 Отражение концептуальных позиций по вопросу иммунитета иностранного государства в международных договорах

В настоящее время действует ряд международных соглашений, которые содержат положения, касающиеся

¹ Хлестова И. О. Вопросы иммунитета государства в законодательстве и договорной практике Российской Федерации / Проблемы международного частного права : сб. статей под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С. 16.

иммунитета иностранных государств. Впервые концепция функционального иммунитета государства была отражена в проекте регламента Института международного права в 1891 г.

Первым многосторонним международным договором, который посвящен проблемам иммунитета иностранного государства, является Европейская конвенция об иммунитете государств, принятая в Базеле Советом Европы 16 мая 1972 г. (вступила в силу 1 июня 1976 г.)¹. Конвенция призвана урегулировать вопросы юрисдикционного иммунитета государств. Необходимо отметить, что положения Европейской конвенции 1972 г. многие государства, включая Российскую Федерацию, использовали как образец для разработки и принятия национальных законов.

В 1978 г. была учреждена Рабочая группа, которая к 1991 г. подготовила проект статей «О юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности», состоящий из 22 статей. После 27 лет работы Комиссии международного права, Шестого комитета ООН и Комитета ad hoc была принята Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2 декабря 2004 г. Таким образом, Конвенция о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности была принята Генеральной Ассамблеей ООН 2 декабря 2004 г. в Нью-Йорке и открыта для подписания с 17 января 2005 г., однако, в силу не вступила, поскольку ее не подписало необходимое количество

¹ Европейская конвенция об иммунитете государств (Базель, 1972 г.) // Международное частное право. Сборник документов. М., 1997. С. 41-51.

государств.¹ Российская Федерация подписала Конвенцию в декабре 2006 г.

Международная (Брюссельская) конвенция об унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных торговых судов от 10 апреля 1926 г. и Дополнительный протокол к ней от 25 мая 1934 г. заложили основы концепции функционального иммунитета государства.²

Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г. не распространяется на разбирательства относительно социального обеспечения, возмещения ядерного ущерба или вреда, таможенных обязательств, налоговых или уголовных санкций, разбирательств, связанных с управлением государственными морскими судами. Не регламентирует Конвенция вопросов, связанных с предоставлением иммунитетов дипломатических представительств и консульских учреждений (ст. 31).

Конвенция закрепляет общий принцип иммунитета государства от иностранной юрисдикции (ст. 15), а затем в ряде статей, в частности, в ст. 1–14 формулирует исключения из этого принципа. Статьи 1–3, 12 регламентируют вопросы судебного иммунитета, в частности, определяют форму и условия отказа государства от иммунитета в иностранном суде: если государство вступает в процесс в иностранном суде в качестве истца или третьего лица, значит оно признает юрисдикцию этого суда, в том числе и в отношении

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (Базель, 2004 г.) [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

² Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных торговых судов 1926 г. (в ред. Протокола 1934 г.) [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

встречного иска, и наоборот, если государство выдвигает встречный иск, то признает юрисдикцию и в отношении основного иска; если государство ссылается на иммунитет после того, как вынесено решение по существу, оно не пользуется иммунитетом; если государство вступает в процесс, чтобы заявить о своем иммунитете, то это не может рассматриваться как отказ от иммунитета; государство не пользуется иммунитетом, если оно взяло обязательство признать юрисдикцию иностранного суда в одной из форм: в международном соглашении, ясно выраженным положением в договоре, составленном в письменной форме, ясно выраженным согласием, данным после возникновения спора; если государство дало согласие в письменной форме на арбитражное разбирательство спора, то оно не обладает иммунитетом в суде того государства, где осуществлялось или должно было осуществляться арбитражное разбирательство.

Следует отметить, что предметом рассмотрения Европейской конвенции являются вопросы, касающиеся формы подразумеваемого отказа от иммунитета. В том случае, если иностранное государство-участник предъявило иск или вступило в разбирательство в суде другого государства-участника, иммунитет ему не предоставляется (п. 1 ст. 1). Государство-участник не пользуется иммунитетом в отношении встречного иска, если оно предъявило иск в суде другого государства-участника или если оно само предъявило встречный иск (п. 2, 3 ст. 1).

Если государство осуществило какие-либо меры в отношении конкретного судебного разбирательства, то в соответствии со ст. 3 Европейской конвенции оно не имеет права ссылаться на иммунитет. В том случае, если государство с целью требования предоставить иммунитет, явилось в суд государства-участника, не будет считаться, что иностранное государство отказалось от иммунитета.

Далее Конвенция указывает конкретные дела, при которых государство не может претендовать на иммунитет. Необходимо отметить, что такие обстоятельства связаны, как правило, с территорией государства, суд которого рассматривает дело. Следует указать, что государства не пользуются иммунитетом в следующих случаях:

- в делах по договорному обязательству, если согласно контракту оно осуществлялось или должно быть осуществлено на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

- в делах, связанных с трудовым соглашением, работа по которому подлежит исполнению или исполнялась на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

- в делах, связанных с участием в юридических лицах, если такое лицо имеет свое реальное или официальное место нахождения или свое главное учреждение на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

- по делам, связанным с деятельностью бюро, агентства либо другого учреждения, через которые государство осуществляет промышленную, коммерческую или финансовую деятельность, если такое учреждение находится на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

- по делам, связанным с недвижимостью, если она находится на территории государства, где происходит судебное разбирательство;

- по делам, связанным с возмещением ущерба, если он вызван фактом, имевшим место на территории государства, где происходит судебное разбирательство и некоторые другие случаи.

Анализ указанных изъятий, из общего правила о предоставлении иммунитета, позволяет сделать вывод, что

изъятия касаются исключительно отношений регулируемых международным частным правом.

Следует отметить, что Конвенция регулирует не только вопросы, связанные с предоставлением иностранному государству судебного иммунитета, но и вопросы признания и исполнения судебных решений в отношении иностранного государства.

Предусмотренное Конвенцией право на судебный иммунитет предполагает и возможность его реализации. Конвенция исходит из общей концепции иммунитета. Это означает, что отказ от иммунитета по основаниям, предусмотренным в ст. 1–13, не означает отказа от иммунитета от исполнительных мер, кроме случаев, когда государство дало на это свое ясно выраженное согласие в письменной форме (ст. 23 Конвенции).

Конвенция возлагает на государство обязанность исполнить вынесенное против него судебное решение на территории иностранного государства при соблюдении некоторых условий. В частности, согласно ст. 20 Конвенции государство не обязано выполнять решение, если оно вынесено по делу, не входящему в круг дел, предусмотренных ст. 1–13, если решение противоречит публичному порядку государства места его исполнения, если решение не является окончательным, если нарушено правило о компетенции, если компетентный правопорядок избран не правильно.

Конвенция предусматривает специальный механизм, предусматривающий возможность исполнения иностранного судебного решения. В том случае, если государство, против которого вынесено решение, не выполняет его, другая сторона может обратиться в компетентный суд соответствующего государства с просьбой вынести решение о том, «следует ли привести в исполнение судебное решение в соответствии со ст. 20». Дополнительный протокол к Конвенции расширил это право: заинтересованная сторона может начать

соответствующий процесс по своему выбору либо в суде государства, которое не выполнило решение, либо в Европейском суде по вопросам иммунитета государств.

Таким образом, Конвенция, закрепив общее правило о невозможности принудительного исполнения иностранного судебного решения, вынесенного против государства, возложила международно-правовую обязанность на государство исполнить такое решение. В результате национально-правовой механизм исполнения решений иностранного суда был заменен международно-правовым.

Определяя круг случаев, когда иностранное государство не пользуется иммунитетом, Европейская конвенция, использует критерий, свойственный концепции функционального иммунитета: деление функций государства на публичные и частные. Следовательно, Европейская конвенция основана на теории функционального иммунитета иностранного государства.

Отдельного внимания заслуживает Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. Конвенция состоит из шести частей и 33 статей, что существенным образом отличает ее от Европейской конвенции об иммунитете государств 1972 г.

Во введении (ч. I) Конвенция дает определение терминов, используемых в тексте, а также указывает иммунитеты, на которые Конвенция не распространяется. В частности, привилегии и иммунитеты дипломатических миссий, консульских учреждений, специальных миссий, привилегии и иммунитеты глав государств. Сфера применения Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. практически идентична сфере применения Европейской конвенции 1972, но формулировки в ней более четкие и легко реализуемые на практике.

Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. содержит подробные

определения таких понятий, как «государство», «коммерческая сделка», «суд».

Части Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 г. закрепляют положения, посвященные трем видам юрисдикционного иммунитета.

В части II «Основные принципы» (ст. 5–9) содержится общее правило об иммунитете государства и его собственности и формулируются случаи, в которых государство рассматривается как давшее согласие на отказ от иммунитета. Часть III (ст. 10–17) содержит перечень случаев, в которых государство иммунитетом не пользуется. Это практически вся сфера международных частноправовых отношений: коммерческие сделки, трудовые соглашения, ущерб здоровью или имуществу, право собственности, интеллектуальная и промышленная собственность, государственные суды и др. Конвенция охватывает гражданское судопроизводство против одного государства в судах другого государства, но не касается уголовного судопроизводства.

Часть IV «Государственный иммунитет от мер принуждения в связи с рассмотрением дела в суде» (ст. 18–21) предусматривает государственный иммунитет от исполнительных мер. Ст. 19 установила, что после вынесения судебного решения могут быть приняты принудительные меры (такие как обращение взыскания, арест) в отношении собственности государства в случае, если было установлено, что собственность используется государством для иных целей, чем государственные, некоммерческие, и находится на территории государства суда при условии, что такие меры могут быть приняты только в отношении собственности, которая имеет связь с образованием, против которого было направлено судебное разбирательство.

Статья 21 выделяет собственность государства, которая имеет исключительно публичный характер. Это

собственность, используемая дипломатическими представительствами государства, его консульскими учреждениями, специальными миссиями, миссиями при международных организациях и международных конференциях; собственность военного характера; собственность центрального банка государства; собственность, составляющая часть культурного наследия государства, часть его архивов; собственность, составляющая часть выставок, не предназначенная для продажи). Части V и VI представляют собой заключительные положения Конвенции.

Именно распространение концепции функционального иммунитета в трансграничных отношениях привело к разработке и принятию Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и иностранными физическими и юридическими лицами (Вашингтон, 1965 г.)¹. Однако Российская Федерация, подписав Конвенцию, не ратифицировала ее.

4.3 Регулирование вопросов иммунитета государства в российском и зарубежном законодательстве

В 70-е гг. XX в. государства были вынуждены пересмотреть устоявшийся подход к пониманию иммунитета государства по причине активизации деятельности государства в трансграничных частноправовых отношениях.

Первыми странами, в которых на законодательном уровне была закреплена концепция функционального иммунитета стали страны общего права – США, Великобритания, Канада, Пакистан. В этих стран концепция функционального

¹ Вашингтонская Конвенция 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами. [Электронный ресурс] // URL: <http://docs.cntd.ru/document/1902243> (дата доступа 01.09.2016).

иммунитета сформировалась изначально в судебной практике. Иммунитет государства служил препятствием для рассмотрения его в качестве равного участника в гражданском обороте, что тормозило развитие международных хозяйственных связей.

В 1976 г. в США был принят Закон об иммунитете иностранных государств. Указанный Закон закрепил исключения из иммунитета иностранного государства, при которых суды США были компетентны рассматривать спор. Иммунитет ограничивался в спорах, связанных с коммерческими сделками, а также в случае приобретения собственности и в ряде других случаях. Аналогичные нормативные акты, основанные на концепции функционального иммунитета, были приняты в Великобритании в 1978 г., в Канаде в 1982 г.

В европейских странах концепция функционального иммунитета иностранного государства изначально получает отражение в судебной практике. Основой для закрепления идеи функционального иммунитета во внутреннем законодательстве в таких странах, как Германия, Дания, Франция, Норвегия, Греция, Италия послужила Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г. Одной из первых в числе стран континентальной правовой системы, которая в 1995 г. приняла закон об иммунитете иностранных государств, стала Аргентина.

Далее даже те государства, которые не подписали Европейскую конвенцию 1972 г., использовали ее текст для разработки внутригосударственного законодательства (Австрия, Бельгия, Германия, Нидерланды, Португалия, Швейцария).

Перед Российской Федерацией также остро встал вопрос, связанный с применением концепции функционального иммунитета.

Вопросу судебного иммунитета иностранного государства в судах Российской Федерации посвящены нормы ст. 401 ГПК РФ и ст. 251 АПК РФ. Следует отметить, что анализ современного российского процессуального законодательства, в частности, положений ст. 251 АПК РФ, приводит к выводу об отказе законодателя от позиций абсолютного иммунитета. В соответствии с указанным положением иммунитет от предъявления иска и от мер по обеспечению иска предоставляется государству «выступающему в качестве носителя власти». Напротив, ГПК РФ по указанному вопросу придерживается концепции абсолютного иммунитета. Таким образом, имеет место непоследовательность законодателя в данном вопросе.

Вопросы, связанные с предоставлением судебного иммунитета иностранному государству, до принятия в Российской Федерации закона об иммунитете государства и его собственности, регламентировались указанными актами.

Федеральный закон от 3 ноября 2015 г. «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации» внес огромный вклад в развитие отечественной правовой доктрины по вопросу иммунитета государства¹. Положения Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности, 2004 г. были использованы в российском законе. В Законе нашла отражение концепция функционального иммунитета государства. Закон указывает на случаи, которые связаны международными частноправовыми отношениями и не касаются полномочий, которыми государство обладает в силу суверенитета.

К юрисдикционному иммунитету иностранного государства и его имущества на территории Российской Федерации Закон

¹ О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации : Федер. закон РФ от 03.11.2015 № 297-ФЗ // СЗ РФ. 2015. № 45. Ст. 6198.

относит: судебный иммунитет, иммунитет в отношении мер по обеспечению иска, иммунитет в отношении исполнения решения суда. Иностранное государство не пользуется на территории Российской Федерации юрисдикционным иммунитетом, если оно выразило согласие на ограничение своего иммунитета либо в случае отказа от иммунитета в отношении конкретного спора. Однако Закон допускает в двусторонних соглашениях, заключенных между Российской Федерацией и иностранным государством отражения иных правил о применении юрисдикционного иммунитета (п. 3 ст. 1 Закона).

В ст. 4 Закона закреплен принцип взаимности, который предполагает взаимное ограничение юрисдикционных иммунитетов иностранного государства и его имущества, если будут установлены ограничения, которые касаются предоставления Российской Федерации и ее имуществу юрисдикционных иммунитетов в иностранном государстве.

Статья 7 Закона перечисляет случаи, когда иностранное государство иммунитетом не пользуется:

– в отношении споров, связанных с участием иностранного государства в гражданско-правовых сделках с физическими или юридическими лицами, или иными образованиями, не имеющими статуса юридического лица, иного государства, если такие споры в соответствии с применимыми нормами права подлежат юрисдикции суда Российской Федерации и указанные сделки не связаны с осуществлением иностранным государством суверенных властных полномочий;

– в отношении споров, связанных с осуществлением иностранным государством предпринимательской и иной экономической деятельности на территории Российской Федерации, а также на территории другого государства, если последствия такой деятельности имеют связь с территорией Российской Федерации.

Законодатель, решая вопрос об ограничении иммунитета иностранного государства, использует два критерия: цель сделки и характер государственного акта, который можно будет отнести либо к акту осуществления суверенных полномочий государства, либо к акту коммерческому. Суды Российской Федерации также принимают во внимание характер и цель, совершенной иностранным государством сделки, даже если сделка связана с осуществлением суверенных функций государства.

Таким образом, закрепление в Законе указанных положений позволяет государству участвовать в гражданском обороте в соответствии с правилами, установленными для всех его участников.

Закон определяет субъектов, претендующих на иммунитет. Во-первых, это государство и органы его государственной власти, субъекты федеративного государства или административно-территориальные образования и их органы, осуществляющие суверенно-властные полномочия, а также учреждения или иные образования независимо от того, являются ли они юридическими лицами, в той мере, в которой они правомочны совершать и фактически совершают действия в целях осуществления суверенной власти государства. К ним относятся государственные предприятия и учреждения (включая научно-исследовательские и образовательные организации), министерства и ведомства, государственные банки (ст. 2 Закона).

Иностранное государство не пользуется в Российской Федерации судебным иммунитетом в отношении споров по поводу: установления и осуществления прав иностранного государства на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации; предполагаемого нарушения иностранным государством прав других лиц на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации (ст. 12

Закона). Таким образом, Закон установил изъятия из иммунитета иностранного государства и в сфере прав на объекты интеллектуальной собственности. Как следствие, не обладают судебным иммунитетом государственные органы, учреждения и предприятия иностранного государства, являющиеся обладателями интеллектуальных прав на результаты интеллектуальной деятельности и приравненные к ним средства индивидуализации в спорах на территории РФ, связанных с установлением и осуществлением прав интеллектуальной собственности или нарушением таких прав.

В частности, Закон указал, что иностранное государство (его орган или учреждение), участвующее в гражданско-правовых сделках на территории РФ, не будет обладать судебным иммунитетом при рассмотрении споров о защите интеллектуальных прав в судах РФ и может быть привлечено к имущественной ответственности. Тем самым Закон внес определенность в вопросе, связанным с ограничением государственного юрисдикционного иммунитета в отношении защиты и использования прав интеллектуальной собственности, что бесспорно, будет иметь большое практическое значение.

Следует отметить, что в Законе решен вопрос об отказе государства от иммунитета (ст. 6 Закона). В п. 6 ст. 6 Закона сказано, что «отказ иностранного государства от судебного иммунитета в отношении конкретного спора не рассматривается в качестве отказа данного иностранного государства от иммунитета в отношении мер по обеспечению иска и иммунитета в отношении исполнения решения суда».

Таким образом, следует отметить, что Федеральный закон «О юрисдикционном иммунитете иностранного государства и его собственности в Российской Федерации» не только позволил сформировать эффективный механизм правового регулирования иммунитета государства и его собственности, но и создал правовые предпосылки и условия для

дальнейшего привлечения иностранных инвестиций в экономику России, что соответствует одному из приоритетных направлений государственной экономической политики в Российской Федерации.

Контрольные вопросы

1. В чем заключается сущность концепции абсолютного иммунитета государства?

2. В чем заключается сущность концепции функционального иммунитета?

3. Укажите основания разграничения публично-правовых и частноправовых актов государства.

4. В чем заключаются проблемы законодательного регулирования вопросов иммунитета иностранного государства в законодательстве РФ

5 ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГАРАНТИЙ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

5.1 Понятие и классификация юридических гарантий прав иностранных инвесторов

Защита от некоммерческих рисков, не зависящих от инвесторов, может быть осуществлена путем получения от государства юридических гарантий осуществления инвестиционной деятельности.

В российском законодательстве отсутствует легальное определение категории «гарантии иностранных инвестиций». В юридической литературе ученые нередко придерживаются различных подходов к определению данного термина. Так,

А. Г. Богатырёв гарантии иностранных инвесторов рассматривает как создание определенных условий, которые обеспечивают участникам инвестиционных отношений, независимо от субъективных причин, возможность всегда осуществлять инвестиционную деятельность¹. Н. Г. Доронина, будучи с ним солидарна, отмечает, что под гарантиями понимаются конкретные обязательства, принимаемые на себя государством в связи с осуществлением инвестирования.² Аналогичное определение формулирует Н. Ю. Целовальникова³.

И. З. Фархутдинов категорию «гарантии иностранных инвестиций» рассматривает с позиции правовой защиты, состояния защищенности иностранных инвестиций.⁴ Н. Н. Вознесенская указывает, что суть гарантий иностранных инвесторов состоит в том, что государство – родина инвестора берет на себя обязательство, после того как наступает предусмотренное системой гарантий обстоятельство, получить надлежащую компенсацию в интересах своего инвестора от государства – реципиента капитала⁵. По мнению В. Н. Лисицы, правовые гарантии – это юридические средства, установленные международными договорами и актами действующего законодательства, обеспечивающие

¹ Богатырев А. Г. Инвестиционное право. М. : Российское право, 1993. С. 234.

² Доронина Н. Г., Семилютина Н. Г. Международное частное право и инвестиции : науч.-практ. исслед. / Н. Г. Доронина, Н. Г. Семилютина. М., 2011. С. 86.

³ Целовальникова И. Ю. Правовое регулирование инвестиционной деятельности: Монография. М. : Юридический институт МИИТа, 2013. С. 125.

⁴ Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право и процесс. М. : Проспект, 2013. С. 205.

⁵ Вознесенская Н. Н. Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт (сравнительно-правовой комментарий). М. : Инфра-М. Контракт, 2001. С. 108.

возникновение, осуществление и защиту субъективных прав инвесторов и имеющие разноотраслевой характер¹.

В. М. Шумилов под гарантиями иностранных инвестиций понимает меры, которые предохраняют вложенные инвестиции от ряда политических событий и действий властей в стране пребывания, страхуют от рисков, связанных с такими событиями и действиями.²

Таким образом, под гарантиями иностранных инвестиций, которые предоставляются национальным и международным законодательством, следует понимать обязательство государство воздержаться от действий, нарушающих права иностранного инвестора и обеспечивать реализацию этих прав. Важно то, что эти гарантии исходят от самого государства, принимающего капитал. Система государственных гарантий направлена на обеспечение сохранности собственности инвестора, что и является основой для реализации прав инвестора. Следует отметить, что права инвестора закреплены, в первую очередь, в национальном законодательстве, в котором определены условия допуска и использования собственности. Права инвестора должны быть не только формально закреплены в законодательстве, но и иметь возможность практической реализации. Государство, привлекая иностранные инвестиции, должно обеспечить реализацию прав инвестора, закрепленных в нормах инвестиционного права.

От гарантий следует отличать страхование иностранных инвестиций от некоммерческих рисков, которое позволяет инвестору «получить возмещение понесенных им убытков из источника, не зависящего от правительства страны, в которой

¹ Лисица В. Н. Инвестиционное право. Новосибирск : НИИГУ, 2015. С. 217.

² Шумилов В. М. Международное финансовое право : учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Изд-во Международные отношения, 2011. С. 260.

осуществляется инвестиционная деятельность»¹. Следует отметить, что правоотношения по страхованию некоммерческих рисков следует отнести, как к области публичного, так и к области частного права.

К признакам «правовых гарантий иностранных инвестиций» ученые относят:

- закрепление в инвестиционном законодательстве и международных соглашениях форм и методов охраны прав и законных интересов инвесторов;

- обязательства государства, принятые на основании актов национального и международного права;

- обеспечение сохранности собственности инвестора и фактической реализации его прав, установленных в нормах инвестиционного законодательства на своей территории². Как следствие термин «правовая защита иностранных инвестиций» означает, по сути, предоставление гарантий иностранным инвесторам, закрепленных в законодательстве государства, принимающего капитал.

В том случае, если гарантии являются обязательствами, закрепленными в международно-правовых актах, в научной литературе они получают название международных гарантий. Предоставляются они инвесторам в соответствующем международном соглашении. Однако, нормы, содержащиеся в двусторонних инвестиционных договорах, выступают как дополнительные гарантии к тем, что закреплены в национальном законодательстве. Важным обстоятельством является тот факт, что государства, принимая определенные обязательства, как участники международных соглашений, не

¹ Пашенко Е. Г., Силкин В. В. Международное страхование инвестиций от политических рисков (на примере МИГА) // Московский журнал международного права. 1999. № 3. С. 76.

² Фархутдинов И. З., Трапезников В. А. Инвестиционное право : учеб.-практ. пособие. М., 2006. С. 84.

могут изменить их в одностороннем порядке, без согласия других участников соглашения.

Таким образом, правовые гарантии составляют содержание норм инвестиционного права. Совокупность норм, закрепленных в международном и национальном законодательстве, в юридической литературе рассматривается в качестве института гарантий в международных инвестиционных отношениях.

В научной литературе выделяют три группы государственных гарантий: гарантии, обеспечивающие неприкосновенность имущества, составляющего иностранную инвестицию; гарантии, закрепляющие право иностранного инвестора воспользоваться результатами своей предпринимательской деятельности; гарантии, касающиеся порядка рассмотрения споров, возникающих в связи с осуществлением инвестиций¹.

Основным нормативным актом, регулирующим отношения в сфере защиты прав иностранных инвесторов в Российской Федерации, является Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г.²

В соответствии с п. 1 ст. 1 Закона основной его задачей является закрепление основных «гарантий прав иностранных инвесторов на инвестиции и получаемые от них доходы и прибыль». Основная часть Федерального закона от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» закрепляет гарантии прав иностранных

¹Великомыслов Ю. Я. Иностранные инвестиции. Международно-правовое и внутригосударственное регулирование деятельности предприятия с иностранными инвестициями. М. : Allpravo.Ru, 2005. С. 138.

² Об иностранных инвестициях в Российской Федерации : федер. закон от 09.07.1999 № 160-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

инвесторов. Таким образом, законодатель определяет то, что наиболее важно для иностранного инвестора, а именно, гарантии сохранности инвестиций со стороны принимающего государства и стабильности условий их осуществления. В числе правовых гарантий Закон называет следующие:

- гарантия правовой защиты деятельности иностранных инвесторов (ст. 5);

- гарантия использования иностранным инвестором различных форм осуществления инвестиций (ст. 6);

- гарантия перехода прав и обязанностей иностранного инвестора другому лицу (ст. 7);

- гарантия компенсации при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями (ст. 8);

- гарантия от неблагоприятного изменения действующего законодательства (ст. 9);

- гарантия обеспечения надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации иностранным инвестором (ст. 10);

- гарантия использования на территории России и перевода за пределы России доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм (ст. 11);

- гарантия права иностранного инвестора на беспрепятственный вывоз за пределы России имущества и информации в документальной форме или в форме записи на электронных носителях, которые были первоначально ввезены на территорию РФ в качестве иностранной инвестиции (ст. 12);

- гарантия права иностранного инвестора на приобретение ценных бумаг (ст. 13);

- гарантия участия иностранного инвестора в приватизации (ст. 14).

В ранее действующем Законе от 4 июля 1991 г. «Об иностранных инвестициях в РСФСР» были также закреплены гарантии, которые получили отражение в новом Федеральном законе от 9 июля 1999 г., но в переработанном виде. Так, в Федеральном законе от 9 июля 1999 г., в отличие от ранее действовавшего Закона, иностранному инвестору предоставлено право на возмещение убытков, причиненных ему в результате незаконных действий (бездействия) государственных органов, органов местного самоуправления или должностных лиц этих органов (п. 2 ст. 5); компенсацию при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями (ст. 8); обеспечение надлежащего разрешения спора, возникшего в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории РФ (ст. 10); гарантируется использование на территории РФ и перевод за пределы Российской Федерации доходов, прибыли и других правомерно полученных денежных сумм (ст. 11). Однако, помимо указанных выше в Законе появились и новые, неизвестные ранее законодательству гарантии прав иностранных инвесторов. В частности, гарантия от неблагоприятного изменения действующего законодательства (ст. 9).

Таким образом, главной целью гарантий иностранных капиталовложений является неприкосновенность права частной собственности. По мнению ученых, инвестиционные гарантии, являясь изъятиями стимулирующего характера из национального режима, призваны именно уравновесить возможности национального и иностранного инвесторов¹. Поэтому гарантии для иностранных инвесторов не следует рассматривать как ущемление прав и интересов

¹ Фархутдинов И. З., Данельян А. А., Магомедов М. Ш. Национально-правовое регулирование иностранных инвестиций в России // Закон. 2013. № 1. С. 31.

национальных инвесторов, поскольку у иностранного лица, планирующего осуществлять предпринимательскую деятельность на территории Российской Федерации, немало сложностей экономического, правового и иного характера.

5.2 Проблемы, связанные с выплатой компенсации в случае принудительного изъятия иностранной собственности

В случае принятия решения о вложении капитала на территории зарубежного государства, инвестора волнует не сама экспроприация, а правовая неопределенность, связанная с ее осуществлением и порядком ее проведения.

Основной проблемой в случае национализации иностранных инвестиций является выплата компенсации в случае принудительного изъятия иностранной собственности. Стандарт выплаты компенсации в случае принудительного изъятия иностранной собственности в течение многих десятилетий вызывал наибольшее количество дискуссий.

Правовым основанием выплаты компенсации может стать международный договор либо национальный закон.

В Российской Федерации гарантия компенсации при национализации и реквизиции имущества иностранного инвестора или коммерческой организации с иностранными инвестициями закреплена в ст. 8 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации». Законом устанавливается обязанность государства возместить стоимость национализируемого имущества и другие убытки.

Механизм выплаты компенсации регламентируется Типовым соглашением о поощрении и взаимной защите капиталовложений, утвержденным Постановлением Правительства РФ. Основы расчета компенсации закреплены в ст. 4 и предусматривают, что компенсация должна соответствовать рыночной стоимости экспроприруемых

капиталовложений, рассчитанной на дату, когда официально стало известно о фактическом осуществлении либо о предстоящей экспроприации. Компенсация выплачивается без задержки в свободно конвертируемой валюте и свободно переводится с территории одной договаривающейся стороны на территорию другой договаривающейся стороны. С момента экспроприации до момента выплаты компенсации на сумму компенсации будут начисляться проценты по коммерческой ставке, устанавливаемой на рыночной основе, но не ниже ставки ЛИБОР по шестимесячным долларovým кредитам¹.

Большую роль в вопросе защиты иностранной собственности от некоммерческих рисков отводят двусторонним соглашениям, заключенным Российской Федерацией с другими государствами о взаимном поощрении и защите капиталовложений. Двусторонние инвестиционные договоры закрепляют обязанность государств по защите иностранных инвестиций от экспроприации. Государства обязуются не национализировать, не реквизируют иностранную собственность в обычных ситуациях. Двусторонние инвестиционные договоры регламентируют условия выплаты компенсации в случае принудительного изъятия иностранной собственности. Изъятие иностранной собственности возможно при условии выплаты быстрой, адекватной и эффективной компенсации.

В частности, в двустороннем Договоре между Правительством РФ и Правительством Республики Ангола о поощрении и защите капиталовложений от 26.06.2009 закреплено, что «капиталовложения инвесторов одной

¹ О заключении соглашений между Правительством Российской Федерации и Правительствами иностранных государств о поощрении и взаимной защите капиталовложений: Типовое соглашение, утвержденное Постановлением Правительства РФ от 09.06.2001 [Электронный ресурс] // http://www.conventions.ru/view_base.php?id=1371 Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

Договаривающейся Стороны не могут быть подвергнуты на территории другой Договаривающейся Стороны национализации, экспроприации или иным мерам, равносильным по последствиям экспроприации или национализации (далее именуемой «экспроприация»), за исключением случаев, когда эти меры осуществляются в общественных интересах, на недискриминационной основе при соблюдении порядка, установленного в соответствии с законодательством этой Договаривающейся Стороны и влекут за собой выплату быстрой, адекватной и эффективной компенсации. Компенсация, указанная в п. 1 настоящей статьи, должна соответствовать рыночной стоимости экспроприруемых капиталовложений, рассчитанной на дату фактического осуществления экспроприации либо опубликования информации о предстоящей экспроприации, в зависимости от того, какое из событий произошло ранее, и включать в себя проценты, начисляемые с момента экспроприации до даты выплаты компенсации по коммерческой ставке, устанавливаемой на рыночной основе, но не ниже ставки ЛИБОР по шестимесячным долларovým кредитам».¹

В Договоре СССР и Федеративной Республики Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 13 июня 1989 г. отмечено, что капиталовложения инвесторов одной страны могут быть подвергнуты мерам по принудительному изъятию, включая национализацию или другие меры, аналогичные ей по своим последствиям, на территории другой страны. Однако такие меры по принудительному изъятию осуществляются в общественных интересах при соблюдении порядка,

¹ Соглашение между Правительством РФ и Правительством Анголы о поощрении и защите капиталовложений от 26.06.2009 г. // http://www.conventions.ru/view_base.php?id=1371. (дата доступа 04.08.2016).

установленного в соответствии с законодательством этой страны, и с выплатой компенсации, причем такого рода меры не должны носить дискриминационного характера.¹

Развитые страны, поставляющие капитал выступают за то, что принудительное изъятие иностранной собственности возможно только при условии выплаты незамедлительной, достаточной и действительной компенсации. Такую формулу предложил Корделл Халл – Государственный секретарь США по поводу возникшего спора между США и Мексикой в связи с национализацией нефтяных месторождений, находившихся в собственности американских компаний. Он требовал, чтобы Мексика выплатила «достаточную, действенную и незамедлительную компенсацию». Противники данной позиции, говорили о том, что не существует международных стандартов, касающихся выплаты компенсации.

Следует признать, что требования иностранных инвесторов о выплате компенсации не всегда удовлетворялись государствами-экспроприаторами. В 60–70-х гг. было принято несколько резолюций ООН, относящихся к юридическому статусу иностранных инвестиций. Наиболее значительной из них является Резолюция 1803 от 1962 г., которая получила особое признание в теории и практике арбитражного рассмотрения.

Однако, принцип обязательной выплаты компенсации в случае экспроприации не поддерживают развивающиеся страны, которые являются, как правило, принимающими государствами. Вопросы, связанные с выплатой возмещения должны определяться государством самостоятельно. В случае

¹ Договор между СССР и Федеративной Республикой Германии о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений от 13 июня 1989 г. [Электронный ресурс] // http://www.conventions.ru/view_base.php?id=1371 Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

возникновения спора, применимым правом будет являться право принимающего государства.

Всемирным банком был разработан важный документ – Руководство по регулированию прямых иностранных инвестиций (утвержден в сентябре 1992 г.), в котором закреплены характерные черты компенсации. В частности, она должна быть: адекватной, если она основана на справедливой рыночной стоимости актива на дату, предшествующую принятию решения об экспроприации (или накануне, когда подобное решение стало известно общественности); эффективной, если она выплачивается в валюте инвестирования (если валюта является конвертируемой), или в другой валюте, указанной как свободно конвертируемой МВФ или в другой валюте с согласия инвестора; быстрой, если она выплачивается без задержки. В исключительных случаях, если государство испытывает сложности финансового характера, оно может выплатить компенсацию в рассрочку в течение короткого периода времени, который не должен превышать пять лет с момента экспроприации, с условием уплаты процентов.

В том случае, если вопрос о выплате компенсации вызывает спор, он подлежит урегулированию в судах и на основании права принимающего капитал государства. По взаимному согласию стороны могут выбрать мирные средства урегулирования споров. Необходимо отметить, что в правовой теории признание национализации частной собственности иностранных лиц случилось благодаря международно-правовой арбитражной практике, и, в первую очередь, в практике МЦУИС.

Современная доктрина международного права признает, что требование о компенсации может быть удовлетворено при наличии определенных фактических обстоятельств: инвестиции должны быть фактически осуществлены; инвестиции должны быть осуществлены на территории

принимающего государства; экспроприированный объект должен соответствовать статусу иностранной инвестиции, при этом бремя доказывания названных обстоятельств лежит на инвесторе; в случае экспроприации де-факто осуществление меры должно быть результатом действий принимающего государства¹.

Следует признать, что положения российского законодательства, касающиеся вопросов компенсации в случае принудительного изъятия собственности иностранного инвестора являются недостаточными и нуждаются в дальнейшей конкретизации. В частности, необходимо установить порядок перехода права собственности и осуществления государственной регистрации права на недвижимое имущество, порядок определения размера и срок выплаты компенсации. В Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» следует включить положение о быстрой, адекватной и эффективной компенсации, соответствующее двусторонним инвестиционным договорам.

Современная доктрина международного права отмечает, что национализация и иные принудительные меры изъятия иностранной собственности не являются нарушением международного права, но только в случае, если они осуществляются в интересах всего общества, не носят дискриминационного характера и инвестору выплачивается быстрая, эффективная и адекватная компенсация.

5.3 Особенности судебного порядка защиты прав иностранных инвесторов

Статья 10 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» гласит, что «спор

¹Данельян А. А. Принудительное изъятие иностранных инвестиций: проблемы компенсации // Право и экономика. 2014. № 1. С.15.

иностранного инвестора, возникший в связи с осуществлением инвестиций и предпринимательской деятельности на территории Российской Федерации, разрешается в соответствии с международными договорами Российской Федерации и федеральными законами в суде или арбитражном суде либо в международном арбитраже (третейском суде)»¹. Таким образом, право инвестора на разрешение спора обуславливается наличием международного договора или соответствующей нормой в федеральном законе.

В тоже время, в законе об иностранных инвестициях формулировка категории «инвестиционный спор» отсутствует.

В юридической литературе под инвестиционным спором понимаются правовые споры между государством и иностранным инвестором, связанные с инвестициями последнего на территории первого².

Однако, определение указанного термина есть в многосторонних конвенциях и двусторонних договорах Российской Федерации. Так, в соответствии со ст. 25 Вашингтонской конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранным лицом, 1965 г. к категории «инвестиционные споры» относятся споры, возникающие в связи с прямыми иностранными инвестициями между договаривающимся государством и лицами других договаривающихся государств, а именно:

а) инвестиционные споры, которые вытекают из отношений, связанных с иностранными инвестициями;

б) споры, возникающие между договаривающимся государством и иностранным частным инвестором;

¹ Об иностранных инвестициях в Российской Федерации : федер. закон от 09.07.1999 г. № 160-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493.

² Международное частное право : учебник / под ред. Н. И. Марышевой. М. : Изд-во Международные отношения, 2000. С. 189.

в) правовые споры, касающиеся сущности и объема юридических прав и обязанностей сторон, условий и размеров компенсации за нарушение обязательств по данному инвестиционному контракту.¹

Таким образом, Вашингтонская конвенция достаточно широко трактует понятие «инвестиционные споры». Государству-участнику Конвенции предоставляется возможность дать определение понятия «инвестиционные споры» в национальном законодательстве, путем определения категорий инвестиционных споров, передаваемых в МЦУИС с целью их рассмотрения.

В соответствии со ст. 10 Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» споры с участием иностранного инвестора можно разделить на две группы: инвестиционные и предпринимательские. Инвестиционные споры возникают при внесении инвестиций или по вопросу участия иностранного инвестора в инвестиционных правоотношениях (соблюдения режима, льгот, прав или гарантий, предоставленных иностранному инвестору в соответствии с законодательством или международными соглашениями). Вторая группа является хозяйственными спорами между коммерческими организациями, а также обжалование действий (бездействия) или нормативных актов должностного лица или органа, но с участием иностранного инвестора.

По мнению А. П. Гармозы, в международном инвестиционном праве существует устоявшееся разделение споров между инвестором и принимающим государством на споры, вытекающие из нарушения таким государством положений двустороннего инвестиционного соглашения

¹ Вашингтонская Конвенция 1965 года о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами [Электронный ресурс] // URL: <http://docs.cntd.ru/document/1902243> (дата доступа 21.08. 2016).

(ДИС), и споры, связанные с нарушением положений инвестиционного контракта.¹

Инвестиционные споры, по мнению ряда ученых, следует подразделить на три группы. К первой группе отнести инвестиционные споры между иностранным частным инвестором и государством, принимающим частные инвестиции (споры, которые касаются условий и порядка выплаты компенсации в случае национализации и осуществления других принудительных мер, возмещения убытков в случае вооруженных конфликтов, причинения убытков инвестору действиями органов государства и должностных лиц в аналогичных случаях). Во вторую группу включить различные имущественные споры: между участниками организаций с иностранными инвестициями, одного участника с самой организацией, между предприятиями и фирмами страны местонахождения предприятия с иностранными инвестициями или с юридическими и физическими лицами других стран. Указанные споры являются различными гражданско-правовыми спорами между равноправными субъектами. Третья группа охватывает споры между иностранными инвесторами или предприятием с иностранными инвестициями с органами государства страны, принимающей инвестиции. По своему характеру это споры административно-правовые.² Необходимо отметить, что на данную классификацию инвестиционных споров, указывает и судебная-арбитражная практика.³

¹ Гармоза А. П. Арбитраж на основании международных инвестиционных соглашений: вопросы компетенции. М. : Инфотропик, 2012. С. 48.

² Фархутдинов И. З. Формы и методы урегулирования международных инвестиционных споров // Адвокат. 2005. № 3. С. 37.

³ Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 12 июля 2011 г. № 17748/10 // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2011. № 10. С. 200–205.

Спор может быть разрешен не только в государственных арбитражных судах Российской Федерации, но также и в международном коммерческом арбитраже, который по своей природе является третейским судом. Следует отметить ряд преимуществ рассмотрения спора в международном арбитраже по сравнению с государственными судами: стороны международного коммерческого контракта могут влиять на состав арбитража; разрешение спора в третейском суде является более быстрым; стороны могут самостоятельно определить правила арбитражной процедуры; арбитражное решение является окончательным; решение международного коммерческого арбитража подлежит исполнению в соответствии с Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.¹, в которой участвует широкий круг государств, что позволяет исполнить арбитражное решение на территории множества государств.

Возможность рассмотрения спора в коммерческом арбитраже закреплена в двусторонних международных соглашениях о поощрении и взаимной защите инвестиций. В отношении споров между государством и инвестором, в двусторонних международных договорах с участием России предусматривается возможность выбора инвестором органа, в котором должен рассматриваться спор. Как правило, в международных соглашениях предусматривается рассмотрение спора в Арбитражном институте Торговой Палаты Стокгольма (в договорах с Австрией, Бельгией, Великобританией, Испанией), в арбитражном суде при Международной торговой палате в Париже (в соглашении с Литвой), в арбитраже *ad hoc*, создаваемом в соответствии с

¹ Конвенция Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Заключена в Нью-Йорке 10.06.1958) [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

регламентом ЮНСИТРАЛ (в соглашениях с Австрией, Бельгией, Великобританией, Данией, Испанией, Италией, Канадой, Республикой Кореей, Кувейтом, Польшей, Турцией, Францией, Японией, Египтом, Литвой), в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров, в случае если оба государства станут участниками Вашингтонской конвенции: в соглашениях с Японией, США, Румынией, Словакией, Чехией.

Стороны вправе предусмотреть рассмотрение инвестиционных споров в специализированном арбитраже – МЦУИС, который был создан на основании Вашингтонской конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранным лицом, 1965 г. В этом случае необходимо соблюдение следующих условий: правовые споры должны иметь инвестиционный характер, то есть возникать непосредственно из отношений, связанных с инвестициями; сторонами инвестиционного спора могут быть государство – участник Вашингтонской конвенции (или любой уполномоченный орган государства, о котором сообщено государством в МЦУИС), с одной стороны, и лицо иного государства – участника Вашингтонской конвенции, с другой стороны. В тоже время, Вашингтонская конвенция предусматривает возможность разрешения инвестиционных споров путем примирения и арбитража. МЦУИС ведет списки примирителей и арбитров, в которые включаются квалифицированные лица, назначенные в порядке, предусмотренном Вашингтонской конвенцией.

Принимая во внимание, что Вашингтонская конвенция не ратифицирована Россией, в случае обращения в МЦУИС, разрешение спора между Россией и иностранным инвестором возможно только в соответствии с Дополнительными правилами МЦУИС.

Необходимо отметить, что под иностранными лицами – субъектами права Вашингтонская конвенция понимает только

юридических лиц. Однако, в двусторонних инвестиционных договорах, заключенных в последнее время (например, в Соглашении, заключенном между Правительствами Германии и Китая), предусматривается, что инвесторами признаются также и образования без прав юридического лица. Очевидно, что в Вашингтонскую конвенцию должны быть внесены изменения, в первую очередь, на предмет соответствия двусторонним соглашениям о защите инвестиций.

Двухсторонние соглашения закрепляют и альтернативные методы урегулирования споров, возникающих в процессе осуществления инвестиционной деятельности. «Споры между обеими договаривающимися сторонами относительно толкования или применения настоящего договора, по возможности, будут решаться путем переговоров», – гласит ст. 9 Договора РФ с ФРГ о содействии осуществлению и взаимной защите капиталовложений. Статья 9 Соглашения с Бельгией и Люксембургом обязывает стороны любой инвестиционный спор решать по возможности дипломатическим путем.¹

Использование альтернативных способов урегулирования инвестиционных споров довольно часто практикуется за рубежом. К сожалению, в России они еще не получили распространение. Однако, в практике Международного коммерческого арбитража при Торгово-промышленной палате РФ имели место случаи обращения иностранных фирм с целью осуществления примирительного производства. Бесспорно, обращение спорящих сторон к примирительным процедурам позволит сэкономить средства и разрешить спор в кратчайшие сроки.

¹ Соглашение между Правительством СССР и Правительствами Королевства Бельгии и Великого Герцогства Люксембург о взаимном поощрении и взаимной защите капиталовложений: Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2001. Спец. Прил. № 7. С. 24.

Таким образом, основным способом урегулирования инвестиционных споров между государством и иностранным инвестором является их разрешение в международном коммерческом арбитраже. Однако, защита прав иностранных инвесторов возможна и в национальных судах государства-реципиента и путем осуществления примирительной процедуры.

Контрольные вопросы

1. Укажите виды юридических гарантий прав иностранных инвесторов.
2. Назовите признаки правовых гарантий иностранных инвестиций.
3. Назовите способы защиты интересов иностранного инвестора в случае национализации его собственности.
4. Какие требования предъявляются к компенсации, выплачиваемой иностранному инвестору в случае национализации его имущества?
5. Сформулируйте определение категории «инвестиционный спор».

6 ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРА МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ

6.1 Проблемы применения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

Международные договоры, регулирующие гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом, являются источниками международного частного права. В литературе указывается на возрастающее значение международного договора как источника международного

частного права.¹ По мнению М. М. Богуславского, «нормы, сформулированные первоначально в международном договоре, применяются в этих отношениях чаще, чем нормы внутреннего законодательства».²

К наиболее известному международному источнику, регулирующему договор международной купли-продажи товаров посредством унифицированных материально-правовых норм, можно отнести Конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

Для обретения юридической силы на территории РФ и, следовательно, способности регулировать гражданские отношения международный договор должен вступить в силу, как правило, в том порядке, который в нем предусмотрен. Международные договоры РФ подлежат официальному опубликованию. Однако данное положение не всегда соблюдается на практике. Так, например, Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., так и не была официально опубликована в России, однако российские суды применяют указанную Конвенцию.

Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров была принята в 1980 г. на конференции ЮНСИТРАЛ в Вене (Конвенция вступила в силу с 1 января 1988 г., Россия является участницей с 1 сентября 1991 г.)³. В Конвенции отражены особенности, свойственные континентальной и англо-американской правовым системам, поэтому Конвенцию считают результатом компромисса этих двух правовых систем.

¹ Минаков А. И. Международный договор как источник международного частного права (вопросы теории) // Советский ежегодник международного права. 1986. С. 229.

² Международное частное право. Современные проблемы / отв. ред. М. М. Богуславский. М., 1994. С. 212.

³ Конвенция Организации объединенных наций о договорах международной купли-продажи товаров (Вена, 04 апреля 1980 г.) // Вестник ВАС РФ. 1994. № 1. С. 12–58.

Одна из причин широкого применения Конвенции, как отмечается в Сборнике ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции ООН о международной купле-продаже товаров, заключается в ее гибкости.¹ Для этой цели разработчики Конвенции использовали различные средства, в частности применяли нейтральную терминологию, стремились обеспечить всеобщее соблюдение принципа добросовестности в международной торговле, установили правило, согласно которому следует использовать общие принципы, лежащие в основе Конвенции, для устранения любых пробелов в своде правил, устанавливаемых Конвенцией (ст. 7), а также признали обязательный характер согласованных или подразумеваемых обычаев и установившейся практики (ст. 9 Конвенции)².

Конвенция состоит из четырех частей: «Сфера применения и общие положения», «Заключение договора», «Купля-продажа товаров», «Заключительные положения». Вторая и третья части имеют самостоятельное значение: государства-участники могут по своему усмотрению установить для себя обязательность как обеих частей Конвенции, так и одной из них.

К договору международной купли-продажи товаров Конвенция применяется, когда коммерческие предприятия сторон договора находятся в разных государствах, являющихся участниками Конвенции (п. 1, «а», ст. 1 Конвенции), или когда коммерческие предприятия одного или обоих контрагентов расположены в государствах, не участвующих в Венской конвенции, но коллизионные нормы

¹ Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции ООН о международной купле-продаже товаров (2008) // URL: http://www.uncitral.org/uncitral/ru/case_law/digests.html (дата обращения – 15 октября 2016 г.).

² Аксенов А. Г. Правовое регулирование договора международной купли-продажи товаров между субъектами предпринимательской деятельности стран СНГ // Журнал российского права. 2013. № 5. С. 18.

отсылают к праву страны - участницы Конвенции (п. 1, «b», ст. 1 Конвенции). Необходимо иметь в виду, что стороны контракта должны быть осведомлены о факте нахождения их коммерческих предприятий в разных государствах, не позднее чем на момент заключения договора. В противном случае Конвенция неприменима (п. 2 ст. 1).

Национальная принадлежность стороны не имеет значения для решения вопроса о применимости Конвенции (п. 3 ст. 1). Таким образом, если коммерческие предприятия сторон находятся в одном государстве, то Конвенция не применяется, даже если стороны имеют различную национальность. Кроме того, тот факт, что место заключения договора находится в другом государстве, а не в том, где происходит исполнение договора, не придает договору «международного характера».

Необходимо отметить, что термин «коммерческое предприятие стороны» характеризует место основной коммерческой деятельности стороны. И. С. Зыкин в комментарии к Венской конвенции 1980 г. указывает, что «коммерческим предприятием может являться место нахождения главной конторы юридического лица, а также его представительства, филиала. Если место деятельности агента, представительства, филиала продавца или покупателя тесно связано с договором купли-продажи и его исполнением, именно их следует рассматривать как коммерческое предприятие для целей п. 1 ст. 1 Конвенции»¹.

Разработчики Конвенции использовали гибкие средства, в частности, нейтральную терминологию, стремились обеспечить соблюдение принципа добросовестности в международной торговле, установили правило, позволяющее использовать общие принципы, лежащие в основе Конвенции,

¹ Зыкин И. С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М. : Международные отношения, 1994. С. 10.

(ст. 7), а также признали обязательный характер обычаев и установившейся практики (ст. 9 Конвенции).

Согласно ст. 6 Венской конвенции 1980 г. стороны праве исключить ее применение или отступить от любого из ее положений или изменить его действие, за исключением ст. 12 Конвенции, касающейся вопроса о соблюдении письменной формы контракта.

Российская Федерация участвует в Соглашении об Общих условиях поставок товаров между организациями государств - участников Содружества Независимых Государств 1992 г. (ОУП СНГ)¹. Соглашение формулирует общие условия поставок между организациями государств - участников Содружества. В случае применения Соглашения необходимо решить вопрос, связанный с соотношением положений Венской конвенции 1980 г. и Соглашения 1992 г. Необходимо отметить, что Венская конвенция не затрагивает действий любого международного соглашения, которое уже заключено или может быть заключено и которое содержит положения по вопросам, являющимся предметом регулирования Конвенции (ст. 90). Таким образом, если договор подпадает под сферу действия как ОУП СНГ, так и Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., в первую очередь применяются положения ОУП СНГ, Венская конвенция же служит субсидиарным статутом.

6.2 Определение национального права, применимого для восполнения пробелов Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

¹ Соглашение об Общих условиях поставок товаров между организациями государств – участников Содружества Независимых Государств 1992 г. (ОУП СНГ) [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

С целью достижения наибольшей степени унификации, некоторые вопросы, касающиеся договора международной купли-продажи товаров, разработчики сознательно исключили из сферы регулирования Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. В частности, сфера применения Конвенции не касается, последствий, которые может иметь договор в отношении права собственности на проданный товар (ст. 4) или ответственности продавца за причиненные товаром повреждения здоровья или смерть какого-либо лица (ст. 5). В Конвенции отсутствуют положения о недействительности договора (ст. 4); не регулирует она вопросы, связанные с договорной неустойкой; правоспособностью сторон; представительством и выдачей доверенности, размером процентов годовых при просрочке исполнения денежного обязательства, исковой давностью.

Конвенции не охватывает ряд контрактов, например, продажу товаров, изготовленных из давальческого сырья, существенная часть которого была предоставлена заказчиком. К таким контрактам будут применяться не положения Конвенции, а общие нормы гражданского законодательства.

Восполняются положения Венской конвенции в соответствии с общими принципами, на которых она основана, при отсутствии таких принципов – в соответствии с национальным правом, которое определяется с помощью коллизионных норм. М. Г. Розенберг выделяет 19 таких принципов.¹ Одним из основных принципов Венской конвенции 1980 г. является принцип добросовестности в международной торговле (п. 1 ст. 7). Практика последнего времени показывает, что далеко не всегда данный принцип надлежащим образом соблюдается, и это в ряде случаев

¹ Розенберг М. Г. Международная купля-продажа. Комментарий к законодательству и практике разрешения споров. М. : Статут, 2004. С. 23.

приводит к материальному ущербу для отечественных предпринимателей и их зарубежных контрагентов.

В том случае, если коммерческие предприятия сторон находятся в государствах, не участвующих в Конвенции, применимое право определяется на основании коллизионной нормы. При условии применения права государства-участника Конвенции, необходимо решить вопрос о соотношении Конвенции и субсидиарного статута. Приоритет, по всей вероятности, будет иметь положения Венской конвенции.

Венская конвенция не содержит унифицированные коллизионные нормы, на основе которых суд мог бы определить субсидиарный статут конвенции. Однако Россия участвует в ряде международных соглашений, содержащих унифицированные коллизионные нормы. При этом в силу ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, п. 2 ст. 7 ГК РФ нормы таких соглашений будут применяться в приоритетном порядке по отношению к положениям ГК РФ.

Так, в соответствии с п. «е» ст. 11 Соглашения стран СНГ 1992 г. о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, если стороны, коммерческие предприятия которых находятся в странах – участниках Соглашения, не избрали применимое право, то применяется право места совершения сделки.

Однако, в настоящее время договор международной купли-продажи товаров заключается в большинстве случаев между «отсутствующими сторонами» путем направления оферты и акцепта. В результате контракт утрачивает связь с каким-либо конкретным местом, и определение места совершения сделки является затруднительным: «место заключения договора превратилось из реальной в юридическую, трудно устанавливаемую категорию»¹. Закрепление указанной привязки в Соглашении 1992 г., как

¹ Международное частное право : Учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. М. : Проспект, 2000. С. 358.

справедливо указывается в литературе, «не соответствует современным тенденциям развития коллизионного права, отраженным в универсальных и региональных конвенциях»¹.

В разделе VI ч. 3 ГК РФ «Международное частное право» закреплены два основополагающих принципа определения права, примененного к договорным обязательствам – принцип тесной связи и принцип характерного исполнения. Согласно п. 1 ст. 1211 ГК РФ при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора.

Правила, позволяющие определить, какая из сторон осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для того или иного договора, содержатся в п. 2 ст. 1211 ГК РФ. В частности, это: продавец – в договоре купли-продажи.

Сущность характерного исполнения раскрыта в докладе к Римской конвенции 1980 г., в котором сказано, что «в обычном двустороннем контракте, согласно которому одна сторона должна уплатить другой стороне деньги в обмен на оказанные услуги или поставленные товары, характерное исполнение – это скорее оказание услуги или поставка товара, чем уплата цены. Иными словами, характерное исполнение – это обычно то исполнение, за которое производится платеж, например поставка товара, предоставление права использования собственностью, оказание услуги»².

¹ Вилкова Н. Г. Унификация коллизионных норм в рамках СНГ // Журнал российского права. 1997. № 10. С. 96.

² Асосков А. В. Теория характерного исполнения как основной подход к коллизионному регулированию договорных обязательств в отсутствие соглашения сторон о выборе права // Проблемы частного права : сб. ст. к юбилею В. С. Ема / Под ред. Е. А. Суханова, Н. В. Козловой. М., 2011. С. 43.

В соответствии с п. 8 ст. 1211 ГК РФ, если из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела явно вытекает, что договор более тесно связан с правом иной страны, чем та, которая указана в п. 1–8 настоящей статьи, подлежит применению право страны, с которой договор более тесно связан. Таким образом, в отличие от законодательства других стран, в России закон наиболее тесной связи имеет подчиненное значение по отношению к другим привязкам.

Принцип наиболее тесной связи предусмотрен также Модельным ГК для стран СНГ (при невозможности определить характерное исполнение договора – п. 3 ст. 1225). Модель ГК не является международным договором, носит рекомендательный характер, являясь образцом для национальных законодателей стран СНГ.

Аналогичный способ разрешения коллизии права в договорных отношениях при отсутствии соглашения сторон о применимом праве предусмотрен и в Регламенте (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам «Рим 1»¹.

Контрольные вопросы

1. Укажите значение термина «коммерческое предприятие стороны» в свете Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

¹ Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам. Перевод с французского с учетом англоязычной и немецкоязычной редакций документа. Перевод и предисловие А. О. Четверикова. [Электронный ресурс] // URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/dogovornoe.htm>.

2. Определите сферу применения Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

3. Назовите унифицированные коллизионные нормы, на основе которых определяется субсидиарный статут Венской конвенции 1980 г.

4. Назовите основные принципы определения права, применимого к договорным обязательствам в разд. VI ч. 3 ГК РФ.

7 ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРА МЕЖДУНАРОДНОЙ МОРСКОЙ ПЕРЕВОЗКИ

7.1 Международные обычаи в области торгового мореплавания

Отношения в сфере торгового мореплавания нередко регламентируются исключительно обычаями. При этом одни обычаи, сложившиеся в этой области, существуют давно, например, обычай перевозить часть груза на палубе при торговле лесом, в то время как другие сформировались недавно.

Международные морские обычаи действуют для тех государств, которые признают их. Признание обычая государством выражается, как правило, в активной форме: в официальном заявлении государственных органов и их должностных лиц (декларации, меморандуме и т. д.), в решении суда. Примером обычая, санкционированного государством, является статья 285 КТМ РФ. Такие правила являются обычаем не в силу характера возникновения, а в силу широкого признания в договорной и судебной практике. По мнению И. С. Зыкина, обычай должен выражать

продолжительную правовую практику, т. е. не менее продолжительности жизни одного поколения¹.

Большую роль в придании правовой силы обычаю играет безотлагательная потребность в регламентации отношения правилом, не предусмотренным законодательством. Такая потребность сложилась при решении вопросов, касающихся общей аварии. Итогом унификации правил об общей аварии стали Йорк-Антверпенские правила, которые были приняты в 1860 г. В дальнейшем Йорк-Антверпенские правила 1860 г. неоднократно пересматривались. Последняя редакция Правил была принята Международным морским комитетом на конференции в Ванкувере в 2004 г.²

Данный документ представляет собой свод правил международного торгового мореплавания, регулирующий взаимоотношения сторон, которые возникают из общей аварии.

В частности, в документе дается определение института общей аварии, а также содержится перечень тех убытков, которые относятся к общей аварии.

Цель Правил заключается в закреплении положений, которые способствуют урегулированию отношений между сторонами и позволяют определить порядок распределения убытков в результате общей аварии. Однако Правила распространяются не на все случаи. В частности, вопрос, связанный с составлением расчета по распределению общей аварии определяется национальным законодательством, поскольку Йорк-Антверпенские правила его не

¹ Зыкин И. С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М. : Международные отношения, 1994. С. 72.

² Йорк-Антверпенские правила 2004 г. (Приняты в г. Ванкувере 31.05.2004–04.06.2004 на Конференции Международного морского комитета) [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

регламентируют. Как правило, применяется закон места, в котором после общей аварии груз был выгружен с судна.

Правила подразделяются на две части: литературные и цифровые. Цифровые правила определяют основные случаи общей аварии и порядок распределения общеаварийных расходов в этих случаях. Если же цифровые правила не предусматривают обстоятельств, при которых возникли расходы и пожертвования, вопрос о том, относятся ли они к общей аварии, решается на основе общих принципов, которые закреплены в литературных правилах.

Под общей аварией Правила понимают убытки, понесенные вследствие произведенных намеренно и разумно чрезвычайных расходов или пожертвований в целях спасания судна, фрахта и перевозимого на судне груза от общей для них опасности. Общая авария распределяется между судном, фрахтом и грузом пропорционально их стоимости. Убытки, которые не относятся к общей аварии, являются частной аварией.

В соответствии с Правилами убытки, имеющие место в результате общей аварии должны быть разумными. В том случае, если убытки будут признаны неразумными, возмещению они не подлежат. Под разумностью в соответствии с Правилами следует понимать убытки, размер которых меньше, чем стоимость спасаемых объектов. Так, если судно для приобретения якорь-цепи отклонилось от намеченного курса и потеряло более семи суток времени, в результате чего судовладелец понес дополнительные расходы, маловероятно, что такие расходы будут признаны разумными¹.

В соответствии со ст. 285 Кодекса торгового мореплавания РФ в случаях, если это предусмотрено соглашением сторон, а также в случаях неполноты

¹ Гуцуляк В. Н. Морское право : учеб. пособие. М. : РосКонсульт, 2000. С. 78.

подлежащего применению закона при определении рода аварии, определении размеров общеаварийных убытков и их распределении применяются Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие международные обычаи торгового мореплавания¹.

Необходимо иметь ввиду, что применение Правил зависит от соглашения сторон договора международной морской перевозки. Такое соглашение обычно выражается в соответствующих условиях чартера или коносамента.

7.2 Правило о навигационной ошибке в сфере международного торгового мореплавания

Одним из специфических обстоятельств, в соответствии с которым перевозчик освобождается от ответственности за утрату, недостачу и повреждение груза, является навигационная ошибка.

Опасности, возникающие в ходе мореплавания, несовершенство навигационной техники приводили к стремлению судовладельцев максимально защитить свои интересы от возможных убытков. Как следствие, в коносаментах с начала XIX в. появляется оговорка о небрежности. Грузовладельцы, стремясь ограничить сферу применения данной оговорки, отстаивали на практике правило, согласно которому оговорка о небрежности относится только к действиям и упущениям капитана, прочих лиц судового экипажа, лоцмана и других служащих судовладельца в судовождении и управлении судном. Указанное правило получает название «навигационной ошибки», под которой понимают ошибочные

¹ Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации : федер. закон от 30.04.1999 г. № 81-ФЗ // СЗ РФ. 1999. № 18. Ст. 2207.

действия капитана, прочих лиц судового экипажа и лоцмана в судовождении и управлении судном.

Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г. (в ред. Протокола 1968 г.) содержит положение, в соответствии с которым навигационная ошибка, вызвавшая утрату, недостачу или повреждение груза, не влечет за собой для перевозчика обязанности возместить причиненный грузовладельцу ущерб. Однако коммерческая ошибка, под которой понимаются ошибочные действия или упущения перевозчика при приеме, погрузке, размещении, сохранении, выгрузке или сдаче груза не освобождает судовладельца от ответственности. Он обязан возместить ущерб, если не докажет, что этот ущерб причинен не по его вине.

Данное разграничение объясняется тем, что на тот период времени разработчики международного договора полагали, что коммерческие ошибки зависят от степени умения и заботливости капитана и других лиц судового экипажа. Однако, допущение навигационной ошибки связано, в первую очередь, с несовершенством навигационных приборов и опасностями, подстерегавшими морское судно в океане.

Принцип освобождения морского перевозчика от ответственности за ущерб грузу вследствие навигационной ошибки нашел свое отражение в морском праве большинства государств, включая законодательство Российской Федерации.

Ошибка в судовождении может относиться только к судну, находящемуся в движении, например неправильная прокладка курса и посадка судна на мель, столкновение судов. К ошибкам в управлении судном относятся небрежные действия по обслуживанию систем, механизмов и оборудования судна, обеспечивающих нужды самого судна.

Однако, со стороны грузовладельцев навигационная ошибка нередко подвергалась острой критике. Поэтому

Конвенция ООН о морской перевозке грузов (Гамбург, 1978 г.) внесла принципиальные изменения, касающиеся, в первую очередь, правила о навигационной ошибке. Разработчики Конвенции правило об исключении ответственности морского перевозчика за навигационную ошибку не стали включать в текст документа. И связано это, бесспорно, с бурным развитием интернет среды, появлением современных средств навигационной связи.

Конвенция теперь в принципе подошла по-иному к вопросу формулирования ответственности перевозчика, основывая ответственность перевозчика на принципе презюмированной вины в утрате, повреждении или задержке груза.

Необходимо отметить, что Гамбургские правила получили широкое признание и применение среди большинства крупных морских держав. Не вызывает сомнения тот факт, что России необходимо ратифицировать Гамбургские правила и изменить положения внутреннего законодательства, касающиеся навигационной ошибки. В настоящее время появились совершенные средства навигационной связи, морские перевозки осуществляют крупные судовые компании. Поэтому ответственность морского перевозчика за навигационную ошибку отвечает современным представлениям о мореплавании.

Контрольные вопросы

1. В чем заключаются особенности применения Йорк-Антверпенских правил 2004 г.?
2. Укажите случаи, на которые распространяются Йорк-Антверпенские правила 2004 г.
3. В чем заключаются особенности закрепления правила о навигационной ошибке в международных договорах?

4. В чем заключаются причины закрепления правила о навигационной ошибке в национальном праве?

8 БРАЧНО-СЕМЕЙНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

8.1 Коллизионное регулирование вопросов заключения брака. Правовые последствия несоблюдения материальных условий брака

Российские граждане могут заключать браки с иностранцами гражданами, как в России, так и за рубежом. Ст. 156 СК РФ устанавливает: 1) форма и порядок заключения брака на территории Российской Федерации определяются законодательством Российской Федерации; 2) условия заключения брака на территории Российской Федерации определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является в момент заключения брака, с соблюдением требований ст. 14 настоящего Кодекса в отношении обстоятельств, препятствующих заключению брака.¹

Так, ст. 14 СК РФ не допускает заключение брака между лицами, из которых хотя бы одно уже состоит в другом зарегистрированном браке; близкими родственниками (родителями и детьми, дедушкой, бабушкой и внуками, полнородными и неполнородными братьями и сестрами); усыновителями и усыновленными; лицами, из которых хотя бы одно признано судом недееспособным вследствие психического расстройства. Таким образом, не допускается заключение брака в органах ЗАГС РФ с иностранцем, уже

¹ Семейный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 29.12.1995 // СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16.

состоящим в браке, даже при условии, что в государстве, гражданином которого он является, признаются полигамные браки. Факт не нахождения в браке подтверждается справкой, выданной компетентным органом государства гражданства иностранного гражданина при подаче заявления в органы ЗАГС РФ о вступлении в брак. Справка сопровождается переводом на русский язык, заверенным консульством (посольством) МИД соответствующего государства или нотариусом.

Однако необходимо отметить, что законодатель не включил в статью правило о соблюдении брачного возраста. Поэтому если законодательство иностранного государства, гражданином которого является супруг, предусматривает возможность заключение браков с лицами моложе 18 лет, то такой брак может быть заключен.

Таким образом, при исследовании условий вступления в брак российские органы ЗАГСa должны принимать во внимание положения иностранного права. Иначе заключенный брачный союз может быть признан в одном государстве и не признан в другом, что именуется в международном частном праве хромающим браком.

В тоже время, определенные положения иностранного семейного законодательства могут быть отвергнуты на основании противоречия российскому публичному порядку. В соответствии со ст. 167 СК РФ, если согласно коллизионной норме подлежит применению соответствующая норма семейного права иностранного государства, но это противоречит основам правопорядка РФ, то такая норма не подлежит применению. Положение ст. 167 СК РФ отличается от нормы ст. 1193 ГК РФ. В смысле статьи 1193 ГК РФ, суд не оценивает качество иностранного закона, иностранное семейное право не применяется, поскольку последствия такого применения могут противоречить основам правопорядка Российской Федерации.

На практике нередко возникают проблемы, касающиеся правовых последствий полигамных браков. В частности, российская гражданка заключает брак с подданным Сирии, который трижды вступал в брак по мусульманскому обряду в данной стране, став его четвертой женой. Спустя время, она разводится, возвращается в Россию и подает иск в российский суд о выделении ей содержания, поскольку в соответствии с мусульманским правом муж обязан содержать свою жену, если она не имеет средств к существованию после развода. Несмотря на то, что российское право не признает полигамные браки, так как они противоречат основам правопорядка, само требование о выделении содержания не противоречит публичному порядку. В такой ситуации иск россиянки должен быть удовлетворен.

Нередко в случае применения коллизионной нормы возникает необходимость решения предварительного коллизионного вопроса, именуемого правовой квалификацией. Например, в случае заключения однополого союза иностранцами в стране, где законодательством допускается подобные браки, необходимо осуществить квалификацию понятия «брак». Очевидно, что квалификация указанного термина в данном случае будет осуществлена в соответствии с положениями российского семейного законодательства.

В соответствии с СК РФ допускается заключение на территории России браков иностранных граждан в дипломатических представительствах и консульских учреждениях соответствующих иностранных государств (ст. 157). РФ признает консульские браки, заключенные на ее территории на началах взаимности. Супруги в момент заключения брака должны являться гражданами иностранного государства, назначившего посла или консула. Право консулов регистрировать браки предусмотрено в ряде консульских конвенций, заключенных Россией с

иностранными государствами. В ст. 5 Федерального закона «Об актах гражданского состояния» указано на полномочия консульских учреждений России осуществлять государственную регистрацию заключения брака.¹

Российские граждане могут заключать браки за рубежом. Брак, заключенный в иностранном государстве признается в России действительным при условии соблюдения законодательства государства места заключения брака (ст. 158 СК РФ). Речь в данном случае идет исключительно о форме и порядке заключения брака. Необходимо отметить, что в иностранных государствах признаются как светская, так и религиозная формы брака. Поэтому, например, брак, заключенный в Италии в религиозной форме с соблюдением подлежавшего применению законодательства, должен считаться действительным и в России.

Для признания в России заключенных за границей браков действительными необходимо, чтобы отсутствовали обстоятельства, препятствующие заключению брака, предусмотренные ст. 14 СК РФ. Статья 14 СК РФ является, бесспорно, императивной нормой и должна соблюдаться и в том случае, если брак заключается за рубежом.

Недействительность брака, заключенного на территории России или за ее пределами, в соответствии со ст. 156 и 158 СК РФ определяется законодательством, которое применялось при заключении брака. Аналогичные нормы содержатся в договорах о правовой помощи, заключенных Россией с иностранными государствами.

8.2 Коллизионное регулирование алиментных обязательств родителей и детей

¹ Об актах гражданского состояния : федер. закон от 15.11.1997 // СЗ РФ. 1997. № 47. Ст. 5340.

Коллизионные вопросы алиментных обязательств родителей и детей урегулированы рядом конвенций. Следует выделить Гагскую конвенцию о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей от 24 октября 1956 г., Минскую конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от

22 января 1993 г.

Гагская конвенция 1956 г. в качестве основной коллизионной привязки использует обычное место жительства ребенка. Конвенция применяется только в случаях, когда ребенок имеет свое обычное место жительства на территории государства – участника конвенции. Под ребенком понимается любой законный, внебрачный или усыновленный ребенок, не состоящий в браке, в возрасте до 21 года¹.

Алиментные обязательства подробным образом регламентируются Гагской конвенцией о праве, применимом к алиментным обязательствам от 2 октября 1973 г. Согласно конвенции алиментные обязательства регулируются законом обычного места жительства взыскателя алиментов. Если взыскатель не может получить алименты по этому закону, применяется общий национальный закон, а если и по этому закону получить алименты невозможно, – закон государства, суд которого рассматривает дело.²

В 1969 г. вступила в силу Гагская конвенция 1961 г. о юрисдикции и применимом праве в отношении детей.

¹ Гагская конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей от 24 октября 1956 г. [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

² Гагская конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам от 2 октября 1973 г. [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

Согласно Конвенции компетентными признаются учреждения государства, где ребенок обычно проживает, применяют они закон своего государства.¹

Алиментные обязательства родителей в отношении детей регулируются статьей 163 СК РФ: обязанность родителей по содержанию детей определяется законодательством государства их совместного места жительства, а при его отсутствии – законодательством гражданства ребенка. По требованию истца к алиментным обязательствам может быть применено законодательство постоянного места жительства ребенка.

Необходимо отметить, что, если лицо, обязанное уплачивать алименты выезжает за границу, взыскание алиментов с такого лица на основании решения российского суда будет зависеть от наличия с соответствующей страной договора о правовой помощи, предусматривающего признание и исполнение судебных решений на условиях взаимности. В том случае, если международный договор отсутствует целесообразно предъявлять иск о взыскании алиментов в суд соответствующего иностранного государства.

Отношения родителей и детей в международном частном праве регулируются также соглашениями двустороннего и регионального характера. Согласно Минской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. правоотношения родителей и детей определяются законодательством государства, на территории которого постоянно проживают дети. Минская конвенция и некоторые договоры о правовой помощи, закрепляя для рассматриваемых правоотношений специальное коллизионное регулирование, исходят из необходимости защиты интересов ребенка. Учитывая, что

¹ Гагская конвенция о юрисдикции и применимом праве в отношении детей от 5 октября 1961 г. [Электронный ресурс] // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

большинство норм Семейного кодекса Российской Федерации соответствуют нормам международных соглашений, необходимо ратифицировать ряд международных соглашений, в частности Гаагскую конвенцию о праве, применимом алиментным обязательствам 1973 г.

Контрольные вопросы

1. В чем заключаются правовые последствия несоблюдения материальных условий брака?

2. Назовите способ решения предварительного коллизионного вопроса в сфере трансграничных брачно-семейных отношений.

3. Назовите условия признания в России браков, заключенных за границей.

4. Сущность коллизионного регулирования вопросов алиментных обязательств родителей и детей.

9 ПРОБЛЕМЫ КОЛЛИЗИОННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ НАСЛЕДСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

9.1 Понятие и сфера действия применимого к наследованию права

Под наследственным статутом в научной литературе следует понимать, право, определяемое на основании коллизионной нормы, подлежащее применению ко всей совокупности наследственных отношений, осложненных иностранным элементом, или к основной их части.¹

Законодатель не устанавливает круг вопросов, которые регламентируются применимым правом. Как следствие, сфера действия наследственного статута составляет предмет рассмотрения доктрины. В частности, Л. А. Лунц относит к наследственному статусу «все вопросы, касающиеся круга наследников по закону, очередности их призвания к наследованию, их доли в наследственном имуществе; вопросы свободы завещательных распоряжений (в частности, вопросы круга возможных наследников по завещанию, их долей в наследственном имуществе, вопросы так называемых необходимых наследников и их обязательной доли, вопросы о подназначении наследников); вопросы срока на принятие наследства и на отказ от принятия наследства, о способности быть наследником (о так называемых недостойных наследниках)».²

Статут наследования регламентирует, как общие вопросы наследования (основания перехода имущества по наследству, состав наследства, условия открытия наследства, круг лиц и др.), так и специальные, касающиеся наследования по

¹ Звеков В. П. Международное частное право : курс лекций. М. : Издательская группа НОРМА-ИНФРА, 1999. С.156.

² Лунц Л. А. Указ. соч. С. 87.

определенным основаниям: на основании закона, по завещанию, в порядке наследственного договора и т. д.

В тоже время, в зарубежном праве законодатель не только формулирует коллизионную норму, но и определяет сферу действия выбранного на ее основании права. Это способствует единообразию в разрешении наследственных дел внутреннего и международного характера, а также разграничению наследования со смежными институтами. Так, ст. 92 Закона Швейцарии 1987 г. о международном частном праве предусматривает, что «право, применимое к наследованию, определяет, в чем заключается наследство, кто призывается к наследованию, в какой доле и кто отвечает по долгам наследодателя, какие институты наследственного права могут быть использованы и какие меры и на каких условиях предписаны».

В международном частном праве России такой подход уже использован в отношении определения сферы действия личного закона юридического лица (п. 2 ст. 1202 ГК РФ), сферы действия права, подлежащего применению к договору (ст. 1215 ГК РФ). Представляется, что аналогичное положение, касающееся определения сферы действия наследственного статута, следует включить в разд. VI ч. III ГК РФ.

Законодательство большинства зарубежных стран закрепляет единый статут наследования имущества, заключающийся в единой коллизионной привязке: закон страны гражданства наследодателя, закон страны последнего места жительства наследодателя либо закон страны места нахождения наследства. Единый принцип установления наследственного статута, по мнению ученых, в максимальной степени отвечает сущности наследования. В зарубежной доктрине высказывалось мнение, что данный критерий отыскания правопорядка, компетентного регулировать наследственные отношения международного характера,

является следствием такого понимания посмертного перехода имущества к другим лицам.¹

В то же время закрепление коллизионных норм только в национальном праве может повлечь за собой трудности при их применении, а также при исполнении судебных решений в тех государствах, которые строго следуют принципу подчинения недвижимости, находящейся на их территории, собственному закону.

Исходным принципом раздельности наследственной массы является разделение наследственного имущества на движимое и недвижимое. Для каждой из этих частей используется своя, самостоятельная коллизионная привязка – гражданство или место жительства наследодателя либо место нахождения имущества – для недвижимого имущества. Таким образом, каждый из компонентов наследства подчиняется своему статусу с точки зрения используемых формул прикрепления. На практике эти два самостоятельных статуса, регулирующие наследственные отношения могут совпадать, если недвижимость расположена на территории государства, гражданином или домицилированным лицом которого является наследодатель на момент своей смерти. Но они могут и различаться, если в составе наследства имеется недвижимость, расположенная в государстве, не совпадающим с государством гражданства или домицилия наследодателя, на момент смерти последнего. В тоже время «расщепление» наследственного статуса возникает в том случае, если умерший имел недвижимость в нескольких государствах.

Определение круга отношений, предусмотренных п. 1 ст. 1224, возможно с помощью его сопоставления с объемом специального коллизионного правила, содержащегося в абзаце втором упомянутой статьи, о «наследовании недвижимого имущества». Очевидным будет предположение

¹ Вольф М. Указ. соч. С. 606.

о том, что в общей норме речь идет о движимом имуществе. В буквальном смысле к движимостям или недвижимостям принято относить только один из видов имущества – вещи (ст. 130 ГК РФ), но состав наследства, вещами не исчерпывается (ст. 1112 ГК РФ). Таким образом, в п. 1 ст. 1224 следует внести уточнение: «отношения по наследованию движимых вещей и иного имущества, не относящегося к недвижимости». Представляется, что именно такое толкование адекватно отражает волю законодателя, так как охватывает наследование не только движимых вещей, но и иных объектов (например, имущественных прав).

9.2 Наследование по завещанию

Специальные коллизионные нормы регулируют отношения, связанные с составлением завещания и его отменой, формой завещания и актом его отмены. Так, способность лица к составлению и отмене завещания, форма завещания и акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел постоянное место жительства в момент составления акта. Завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если последняя удовлетворяет требованиям права места составления акта или требованиям российского права (п. 2 ст. 1224 ГК РФ). Аналогичные нормы содержатся в большинстве двусторонних договоров России о правовой помощи, в Минской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.

В случае принятия завещаний, совершенных за рубежом, следует обратить внимание, что ряд договоров о правовой помощи закрепляют иные требования к форме завещания в отношении недвижимого имущества: такое завещание должно также соответствовать законодательству государства, где

находится недвижимость. В Гаагской конвенции о коллизиях законов относительно формы завещательных распоряжений, 5 октября 1961 г. завещание считается действительным с точки зрения его формы, если она соответствует требованиям закона:

- места его составления;
- или гражданства завещателя, которым он обладал либо в момент составления завещания, либо на момент смерти;
- или места жительства завещателя, которое он имел либо в момент составления завещания, либо на момент смерти;
- или места, где завещатель имел основную резиденцию либо в момент составления завещания, либо на момент смерти;
- или, для недвижимого имущества, места его нахождения¹.

Присоединение России к указанной Конвенции позволит обеспечить действительность завещания с точки зрения формы.

Вашингтонская конвенция от 26 октября 1973 г., предусматривает создание новой, универсальной формы завещания. Завещание называется в Конвенции международным, поскольку применяется в сфере международных частноправовых отношений в области наследования. Международное завещание, предусмотренное Типовым законом, сочетает в себе различные виды завещания, существующие в мировой практике.

Необходимо отметить, что Российская Федерация не присоединилась к указанной Конвенции, однако нотариусам и иным лицам, уполномоченным в России на удостоверение завещаний, следует придерживаться формы международного завещания при совершении завещаний неграмотными лицами,

¹ Гаагская конвенция о коллизиях законов относительно формы завещательных распоряжений, 5 октября 1961 г. [Электронный ресурс] // <https://www.lawmix.ru/abrolaw/16032>.

иностранцами гражданами, не говорящими на русском языке и не могущим исполнить собственноручное (закрытое) завещание (ст. 1126 ГК РФ).

В России в настоящее время нет источников получения сведений о завещаниях, об их отмене или изменениях. Попытка создания общероссийского реестра завещаний в рамках Единой информационной системы нотариата Елот не увенчалась успехом.

На практике нередки случаи, когда о завещании становится известно с большим запозданием, уже после выдачи правоустанавливающих документов на имущество в силу наследования по закону. Активизация внешней миграции населения осложняет эту ситуацию, поскольку нередко завещания совершаются гражданами за рубежом. Решением указанной проблемы является учреждение национальной системы регистрации завещаний, актов их отмены или изменения. Система регистрации завещаний может регламентироваться как национальным законодательством, так и международными договорами.

Впервые идея создания национальных реестров завещаний была предложена в 1950 г. на II конгрессе Международного союза нотариата (МСН) в Мадриде. В итоге ряд государств – участников МСН создали централизованные системы регистрации завещаний. Например, такая система создана в Австрии, Бельгии, Франции, Нидерландах, в государствах – участниках Базельской конвенции о регистрации завещаний от 16 мая 1972 г.¹

В Конвенции установлен в отношениях между государствами-участниками универсальный режим регистрации завещаний и обмена информацией о них. В конвенции участвуют такие государства, как Бельгия,

¹ Базельская конвенция о регистрации завещаний от 16 мая 1972 г. [Электронный ресурс]. URL: http://www.conventions.ru/view_base.php?id=20370.

Испания, Италия, Кипр, Люксембург, Нидерланды, Португалия, Турция, Франция, Эстония. Российская Федерация в данной Конвенции не участвует. Однако, с учетом того, что Конвенция разработана и заключена в рамках Совета Европы, Российской Федерации необходимо присоединиться к данному международному документу в ближайшее время.

Законодательство некоторых государств, предусматривая совершение завещания в упрощенных формах (Израиль, Германия), при этом устанавливает дополнительные процедуры, связанные с признанием его действительности в момент открытия наследства. Это могут быть судебные или аналогичные им процедуры открытия завещания. Лица вправе признать завещание либо заявить возражения с передачей дела на разрешение суда. Поэтому если для завещания, совершенного за рубежом, требуется выполнения определенных дополнительных условий после смерти завещателя, то заинтересованным лицам необходимо их исполнить, даже если наследование будет осуществляться в России согласно российскому праву. Если этого не произойдет, завещание не может рассматриваться в России как действительное, поскольку данные дополнительные требования относятся к форме завещания, которая определяется в соответствии с законом места его совершения (п. 2 ст. 1224 ГК РФ).

Как отмечалось, в соответствии с российским законодательством, завещание или акт его отмены не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она удовлетворяет требованиям права места составления завещания или акта его отмены либо требованиям российского права. Как следствие, нотариусы и иные органы и учреждения могут составлять его в форме, предусмотренной российским законом. Однако, при составлении завещания

следует использовать форму завещания, предусмотренную правом страны, применимым к наследованию.

Контрольные вопросы

1. Определите сферу действия наследственного статута.
2. В чем заключаются особенности коллизионного регулирования вопросов наследования по завещанию?
3. Назовите проблемы получения сведений о завещаниях, об их отмене или изменениях.

10 ПРАВОВАЯ ПОМОЩЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ

10.1 Понятие и виды международной правовой помощи

Присутствие в гражданском деле «иностранного элемента» может выражаться в необходимости оказания следующих видов международной правовой помощи: проведении процессуальных действий на территории другого государства, исполнении судебного решения за рубежом, участии в деле иностранных истца или ответчика, вызове в суд участников процесса из другого государства, направлении судебного поручения иностранным судам и других. Хотя, изначально в качестве объекта международной правовой помощи выступали только судебные поручения.

В гражданском процессе под международной правовой помощью следует понимать выполнение процессуальных действий, предусмотренных законодательством запрашиваемой договаривающейся стороны. Разновидностью правовой помощи является судебная взаимопомощь.

В науке не прекращается дискуссия на предмет системной принадлежности международной правовой помощи как института. Можно утверждать, что во внутригосударственной сфере международная правовая помощь проявляет себя как комплексный институт, присутствующий во всех процессуальных отраслях права и является частью различных правовых систем – внутригосударственной и международной.

Несмотря на отсутствие в науке общепринятого определения понятия «международный гражданский процесс» международную правовую помощь по гражданским делам традиционно регулировали нормы международного гражданского процесса.

По мнению Л. А. Лунца, международный гражданский процесс является неотделимой частью международного частного права. Международный договор имеет значение для правоприменительной практики и, в частности, для таких значимых институтов международного гражданского процесса, как исполнение и признание иностранных судебных решений¹.

По своему содержанию международная правовая помощь довольно разнородна. Классифицируют ее на различные группы. Существующее деление судебной власти на ветви дает основания говорить о международной правовой помощи по уголовным, арбитражным, гражданским и семейным делам.

К институтам международной правовой помощи следует отнести: вызов участников процесса; выполнение поручений о совершении отдельных процессуальных действий (вручение документов, опрос свидетелей, сторон, третьих лиц, производство экспертизы, передача и исследование доказательств); признание и исполнение решений иностранных судов, исполнительных надписей;

¹ Лунц Л. А. Указ. соч. С. 48.

предоставление информации о содержании норм права и иной информации, необходимой для рассмотрения дела.

Вручение документов участникам рассмотрения дела с иностранным элементом, таких как, исковое заявление, извещения сторон о начавшемся судебном разбирательстве и вызове в суд, определения о назначении даты судебного заседания, определение об обеспечении иска и других.

Согласно ст. 11 Минской Конвенции вручение документов удостоверяется подтверждением, подписанным лицом, которому вручен документ и скрепленный официальной печатью запрашиваемого учреждения, вручающего документ или выданным этим учреждением иным документом, в котором должны быть указаны способ, место и время вручения.

В настоящее время вопросы направления и вручения иностранному государству извещений и иных процессуальных документов закреплены в главе 45.1. «Производство по делам с участием иностранного государства» Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации¹. Аналогичные положения содержатся и в Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации (глава 33.1 «Производство по делам с участием иностранного государства»)².

В получение и представление из-за рубежа доказательств по делу следует включить получение и представление письменных доказательств. Необходимость запроса такого рода документов очень часто возникает в практике судов общей юрисдикции и предполагает, например, получение

¹ Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 14.11.2002 № 138-ФЗ // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

² Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации : федер. закон от 24.07.2002 № 95-ФЗ // Справочная правовая система «КонсультантПлюс». URL: <http://base.consultant.ru/cons/cgi/online>.

свидетельств о заключении или расторжении брака, сведений о недвижимости, зарегистрированной за рубежом и т.п.

Таким образом, можно выделить следующие виды международной правовой помощи:

- направление вызова участников процесса;
- направление и выполнение поручений о совершении отдельных процессуальных действий (вручение документов, опрос свидетелей, сторон, третьих лиц, производство экспертизы, передача и исследование доказательств);
- признание и исполнение решений иностранных судов, исполнительных надписей;
- направление запросов и предоставление информации о содержании норм права и иной информации, необходимой для рассмотрения дела.

10.2 Порядок направления и исполнения судебных поручений российскими и иностранными судами

Одним из наиболее распространенных видов международной правовой помощи являются судебные поручения, без которых не обходится рассмотрение практически ни одного гражданского или арбитражного спора, осложненного присутствием иностранного элемента.

Поскольку выполнение судебных поручений базируется на положениях национального законодательства и международных договоров отсутствует единообразный подход по вопросу регламентации порядка передачи и исполнения судебных поручений.

Так, в континентальном праве правовая помощь предоставляется на условиях взаимности, а судебные поручения передаются дипломатическим путем, если иное не предусмотрено международным договором. Порядок исполнения судебных поручений регламентирован законодательством государства места их выполнения.

Условия и порядок исполнения поручений устанавливается не на законодательном уровне, а на уровне ведомственных инструкций и правил министерств юстиции.

Что же касается англо-американского права, то в нем отсутствует общее понятие правовой помощи. Чаще всего используется институт специально уполномоченных (комиссионеров). При этом законодательством не исключена возможность обращения с судебным поручением непосредственно в суд.

В международной практике можно выделить четыре способа направления судебных поручений:

1) путем непосредственного направления в суд другого государства;

2) дипломатическим путем, а именно направление судебных поручений через министерство иностранных дел, консульство или посольство, которое обращается в министерство иностранных дел запрашиваемого государства, оно в свою очередь передает поручение с просьбой о его исполнении в соответствующий суд;

3) путем исполнения специальным уполномоченным органом запрашиваемого государства, назначенным судом запрашивающего государства;

4) путем направления судебных поручений центральным органам юстиции.

Порядок исполнения судебных поручений регламентирован в международных актах и национальном законодательстве.

Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г. предусматривает передачу судебных поручений дипломатическим путем. Документы вручаются консулом запрашивающего государства, который передает компетентным властям. Возможна также передача судебного

поручения через центральные органы юстиции.¹ СССР при присоединении к Конвенции сделало оговорку, что документы должны направляться только дипломатическим путем.

Конвенция 1965 г. значительно упростила процедуру вручения документов. В том случае, если российскому суду необходимо вручить документ за границей, он направляет этот документ непосредственно центральному органу запрашивающего государства.² В Российской Федерации таким уполномоченным органом является министерство юстиции.

Следует иметь в виду, в том случае, если государства являются одновременно участниками Гаагской конвенции 1954 г. и Гаагской конвенции 1965 г., то применяется положения Конвенции 1965 г.

Минская конвенция предусмотрела общее правило в соответствии, с которым компетентные учреждения юстиции участников конвенции сносятся друг с другом через центральные органы учреждений юстиции, если конвенцией не установлено иное. Правовая помощь оказывается путем выполнения процессуальных и иных действий, таких как вручение документов, составление и пересылка документов, изъятие, пересылка и выдача вещественных доказательств, проведение экспертизы, допрос сторон, экспертов, свидетелей.

Минской конвенцией установлены требования к форме и содержанию поручения об оказании правовой помощи, порядку исполнения, вызову гражданских истцов и

¹ Конвенция по вопросам гражданского процесса (Гаага, 01.03.1954) // Сборник международных договоров Российской Федерации по оказанию правовой помощи. М. : СПАРК, 1996. С. 6–13.

² Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам (Гаага, 15.11.1965) // СЗ РФ. 2004. № 50. Ст. 4951.

ответчиков, свидетелей, потерпевших, их представителей, экспертов, закреплены особенности исполнения поручений о вручении документов и о подтверждении их вручения, об установлении адресов и иных данных. Важно отметить, что при исполнении поручения об оказании правовой помощи запрашиваемое учреждение применяет законодательство своей страны. Но есть и исключение, по просьбе запрашивающего учреждения возможно применение процессуальных норм запрашивающего государства, если только они не противоречат законодательству запрашиваемой стороны. В случае если в результате оказания правовой помощи может быть нанесен ущерб безопасности или суверенитету запрашиваемого государства в ее оказании может быть отказано.

Порядок исполнения и направления судебных поручений в российском процессуальном законодательстве регулируется ст. 256 АПК РФ и ст. 407 ГПК РФ.

Арбитражные суды нашей страны исполняют поручения (судебных и компетентных органов) о выполнении отдельных процессуальных действий, полученные ими в соответствии с международными договорами или федеральным законом.

Статья 256 АПК РФ предусматривает право суда не исполнять поручение, если:

- 1) его исполнение не входит в компетенцию российского арбитражного суда;
- 2) его исполнение приведет к нарушению основополагающих принципов российского права или иным образом будет противоречить публичному порядку нашего государства;
- 3) подлинность документа, в котором содержится поручение о выполнении конкретных процессуальных действий, не установлена.

Если иное не предусмотрено международным договором России, то поручения о выполнении отдельных

процессуальных действий исполняются арбитражным судом в порядке, установленном АПК РФ. В порядке, предусмотренном международным договором России или федеральным законом арбитражные суды вправе обратиться с поручениями о выполнении отдельных процессуальных действий к иностранным судам или компетентным органам иностранных государств.

Статья 407 ГПК РФ содержит неполный и открытый перечень видов судебных поручений – это получение показаний свидетелей, объяснений сторон, заключений экспертов, вручение извещений и других документов, осмотр на месте и иные. Суды исполняют поручения иностранных судов о совершении процессуальных действий, переданные им в порядке, установленном международным договором РФ или федеральным законом. Судебные поручения не исполняются на территории России, если:

1) их исполнением может быть нанесен ущерб суверенитету России или исполнение поручений угрожает ее безопасности;

2) в компетенцию суда не входит исполнение того или иного поручения.

В случае если не предусмотрено международным договором России иное, то исполнение судебных поручений производится в соответствии с российским правом.

Также как и АПК РФ, в ГПК РФ закреплена возможность обращения судов России в иностранные суды с поручениями о совершении процессуальных действий, в порядке, установленном международным договором России или федеральным законом.

Контрольные вопросы

1. Определите системную принадлежность международной правовой помощи как института.

2. Укажите виды международной правовой помощи.
3. Опишите порядок исполнения иностранных судебных поручений.
4. Назовите нормативные акты, регламентирующие порядок исполнения иностранных судебных поручений.
5. Опишите порядок сношений отечественных судов с иностранными правоохранительными органами при исполнении иностранных судебных поручений.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Развитие международных торговых, брачно-семейных отношений между субъектами различных государств, активное вовлечение государств в коммерческую деятельность, которая тесно связана с международными товарными и финансовыми рынками, приводит к необходимости исследования проблем международного частного права.

Международное частное право регулирует частноправовые отношения, осложнённые иностранным элементом, с помощью специфического метода правового регулирования, суть которого заключается в преодолении коллизий. Коллизии права различных государств вызывают сложности при определении правового регулятора трансграничных частноправовых отношений, поскольку в нормативный состав международного частного права могут быть включены не только национальные, но и международные унифицированные нормы, которые предотвращают коллизионную проблему.

Правовая база международного частного права постоянно совершенствуется путем принятия международных договоров, а также разработки и принятия соответствующих законов на национальном уровне. Однако, несмотря на определенные достижения, остается немало проблем, которые должны быть решены не только законодательным путем, но и посредством обращения к более гибким правовым схемам.

В учебном пособии рассмотрены особенности правового положения государства в сфере международных невластных отношений, основные правила заключения соглашения сторонами договора о выборе применимого права, проблемы, связанные с предоставлением государственных гарантий иностранным инвесторам, особенности заключения брака, а

также алиментных обязательств с участием иностранного лица, выявлены проблемы применения международных договоров в сфере международной купли-продажи товаров, торгового мореплавания, наследственных правоотношений. Освещены вопросы оказания международной правовой помощи в рамках международного гражданского процесса, что является важным этапом в ходе изучения проблем международного частного права.

Проанализированы теоретические вопросы, касающиеся определения правовой природы международного частного права, его места в системе права, соотношения с международным публичным правом. Делается вывод о специфике предмета международного частного права, что приводит к сочетанию материально-правового и коллизионного регулирования, необходимости определения соотношения международного и национального права. В случаях отсутствия четко сформулированных правовых предписаний, а также для большего понимания и толкования норм международного и национального законодательства, нередко приходится обращаться к доктринальным концепциям, судебной-арбитражной практике при принятии судебных решений. Анализ доктринальных подходов в учебном пособии помогает лучше понимать сущность и назначение международного частного права.

ОГЛАВЛЕНИЕ

ВВЕДЕНИЕ	3
1 Проблема правовой природы и места международного частного права в системе права...	6
1.1 Особенности предмета правового регулирования международного частного права.....	6
1.2 Концептуальные направления в отечественной и зарубежной доктрине о месте международного частного права	9
1.3 Соотношение международного частного права и международного публичного права.....	12
2 Проблемы, связанные с применением коллизионных норм.....	14
2.1 Основные принципы разрешения конфликта квалификаций.....	14
2.2 Проблемы определения категории «публичный порядок».....	16
2.3 Оговорка о публичном порядке в сфере международного гражданского процесса.....	20
2.4 Концепция сверхимперативных норм международном частном праве.....	25
3 Институт автономии воли в международном частном праве.....	29
3.1 Теоретические концепции о правовой природе автономии воли	29
3.2 Способы выражения воли сторон о выборе применимого права.....	31
3.3 Выбор права, применимого к части договора.....	36
4 Государство как участник международных частноправовых отношений.....	42

4.1 Эволюция доктринальных представлений и правового регулирования иммунитета иностранного государства.....	42
4.2 Отражение концептуальных позиций по вопросу иммунитета иностранного государства в международных договорах.....	45
4.3 Регулирование вопросов иммунитета государства в российском и зарубежном законодательстве.....	52
5 ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО ОБЕСПЕЧЕНИЯ ГАРАНТИЙ ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ....	58
5.1 Понятие и классификация юридических гарантий прав иностранных инвесторов.....	58
5.2 Проблемы, связанные с выплатой компенсации в случае принудительного изъятия иностранной собственности.....	64
5.3 Особенности судебного порядка защиты прав иностранных инвесторов.....	70
6 ПРОБЛЕМЫ ПРАВОВОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ ДОГОВОРА МЕЖДУНАРОДНОЙ КУПЛИ-ПРОДАЖИ.....	76
6.1 Проблемы применения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.....	76
6.2 Определение национального права, применимого для восполнения пробелов Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.	80
7 ПРАВОВОЕ РЕГУЛИРОВАНИЕ ДОГОВОРА МЕЖДУНАРОДНОЙ МОРСКОЙ ПЕРЕВОЗКИ...	85
7.1 Международные обычаи в области торгового мореплавания.....	85
7.2 Правило о навигационной ошибке в сфере международного торгового мореплавания.....	88

8 БРАЧНО-СЕМЕЙНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ.....	90
8.1 Коллизионное регулирование вопросов заключения брака. Правовые последствия несоблюдения материальных условий брака.....	90
8.2 Коллизионное регулирование алиментных обязательств родителей и детей.....	94
9 ПРОБЛЕМЫ КОЛЛИЗИОННОГО РЕГУЛИРОВАНИЯ НАСЛЕДСТВЕННЫХ ОТНОШЕНИЙ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ.....	97
9.1 Понятие и сфера действия применимого к наследованию права.....	97
9.2 Наследование по завещанию.....	100
10 ПРАВОВАЯ ПОМОЩЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ГРАЖДАНСКОМ ПРОЦЕССЕ.....	104
10.1 Понятие и виды международной правовой помощи.....	104
10.2 Порядок направления и исполнения судебных поручений российскими и иностранными судами.....	107
ЗАКЛЮЧЕНИЕ.....	112

Научное издание

Глинщикова Татьяна Вадимовна

ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Учебное пособие

В авторской редакции
Дизайн обложки – Н. П. Лиханская

Подписано в печать 00.03.2017. Формат 60 × 84 ¹/₁₆.

Усл. печ. л. – 6,8. Уч.-изд. л. – 5,3.

Тираж 100 экз. Заказ №

Типография Кубанского государственного аграрного университета.
350044, г. Краснодар, ул. Калинина, 13