

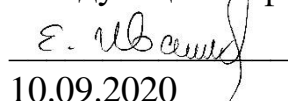
УЧРЕЖДЕНИЕ ОБРАЗОВАНИЯ
«ВИТЕБСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ
ИМЕНИ П.М. МАШЕРОВА»

Факультет юридический

Кафедра истории и теории права


СОГЛАСОВАНО

Заведующий кафедрой

 Е.Ф. Ивашкевич
10.09.2020

СОГЛАСОВАНО

Декан факультета

 А.А. Бочков
10.09.2020

УЧЕБНО-МЕТОДИЧЕСКИЙ КОМПЛЕКС
ПО УЧЕБНОЙ ДИСЦИПЛИНЕ

**ЧАСТНОЕ ПРАВО
В КОНТЕКСТЕ СОВРЕМЕННЫХ
ИНТЕГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ**

для специальности II степени высшего образования (магистратура)

1-24 80 01 Юриспруденция

Составитель: В.А. Барышев

Рассмотрено и утверждено

на заседании научно-методического совета 22.10.2020, протокол № 1

УДК 340.1-042.62(075.8)

ББК 67.022.155я73

Ч-25

Печатается по решению научно-методического совета учреждения образования «Витебский государственный университет имени П.М. Машерова». Протокол № 3 от 23.12.2020.

Составитель: доцент кафедры истории и теории права ВГУ имени П.М. Машерова **В.А. Барышев**

Р е ц е н з е н т ы :

заведующий кафедрой правоведения и социально-гуманитарных дисциплин ВФ УО ФПБ «Международный университет “МИТСО”»,
кандидат исторических наук, доцент *В.П. Бездель*;
заведующий кафедрой гражданского права и гражданского процесса
ВГУ имени П.М. Машерова, кандидат юридических наук,
доцент *И.И. Шматков*

Ч-25 Частное право в контексте современных интеграционных процессов для специальности II ступени высшего образования (магистратура) 1-24 80 01 Юриспруденция : учебно-методический комплекс по учебной дисциплине / сост. В.А. Барышев. – Витебск : ВГУ имени П.М. Машерова, 2021. – 280 с.

Учебно-методический комплекс включает теоретический материал, планы практических занятий и важнейшие нормативные акты по дисциплине «Частное право в контексте современных интеграционных процессов». Предназначен для студентов специальности II ступени высшего образования (магистратура) 1-24 80 01 Юриспруденция.

УДК 340.1-042.62(075.8)

ББК 67.022.155я73

© ВГУ имени П.М. Машерова, 2021

СОДЕРЖАНИЕ

ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ РАЗДЕЛ	4
Глава 1 Понятие предмета «Частное право в контексте современных интеграционных процессов»	8
Глава 2 Правовое положение физических и юридических лиц в современных интеграционных процессах. Участие государства в частноправовых отношениях	15
Глава 3 Законодательство Европейского союза и Евразийского экономического союза в свете современных интеграционных процессов	36
Глава 4 Коллизионные нормы в современных интеграционных процессах	50
Глава 5 Право собственности в условиях интеграционных процессов ..	67
Глава 6 Иностраннне инвестиции как фактор экономической интеграции	87
Глава 7 Регулирование внешнеэкономических сделок в современных интеграционных процессах	105
Глава 8 Обязательства из причинения вреда	121
Глава 9 Регулирование интеллектуальной собственности в современных интеграционных процессах	145
Глава 10 Наследственные правоотношения в современных интеграционных процессах	181
Глава 11 Международная унификация брачно-семейных отношений ...	196
Глава 12 Трудовые отношения в международном частном праве, ЕАЭС и ЕС	222
Глава 13 Разрешение споров в интеграционных частноправовых отношениях	250
ПРАКТИЧЕСКИЙ РАЗДЕЛ	269
Планы практических занятий	269
Вопросы к экзамену	276
ОСНОВНАЯ ЛИТЕРАТУРА	279

ТЕОРЕТИЧЕСКИЙ РАЗДЕЛ

Глава 1 Понятие предмета «Частное право в контексте современных интеграционных процессов»

1. Интеграционные процессы в современном мире и их результаты.
2. Международные интеграционные процессы в праве.
3. Предмет «Частное право в контексте современных интеграционных процессов».

Глава 2 Правовое положение физических и юридических лиц в современных интеграционных процессах. Участие государства в частноправовых отношениях

1. Общие принципы регулирования правового положения физических лиц.
2. Правовое положение иностранных физических лиц в Республике Беларусь.
3. Иностранные юридические лица и определение их национальности.
4. Содержание личного закона юридического лиц.
5. Виды правовых режимов, предоставляемых иностранным юридическим и физическим лицам.
6. Участие государства в частноправовых отношениях.
7. Иммунитеты государства в частноправовых отношениях.
8. Теория функционального иммунитета государства

Глава 3 Законодательство Европейского союза и Евразийского экономического союза в свете современных интеграционных процессов

1. Унификация частного права в Европейском Союзе.
2. Основные акты Европейского Союза в сфере интегрирования частного права.
3. Гармонизация и унификация частного права в Евразийском Экономическом Союзе.
4. Регулирование трансграничного банкротства в странах Европейского Союза.
5. Национальное законодательство по регулированию трансграничного банкротства.

Глава 4 Коллизионные нормы в современных интеграционных процессах

1. Коллизионные нормы как основной путь определения применимого права в интеграционных правоотношениях.
2. Универсальные коллизионные привязки.
3. Коллизионный и материально-правовой методы регулирования в международном частном праве.

4. Обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны.
5. Оговорка о публичном порядке.

Глава 5 Право собственности в условиях интеграционных процессов

1. Место и значение права собственности в частном праве.
2. Коллизионное регулирование права собственности и иных вещных прав в законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации.
3. Судебные прецеденты по защите права собственности в решениях Европейского суда по правам человека.
4. Право собственности на культурные ценности и его охрана.
5. Проблема национализации собственности в международном частном праве.

Глава 6 Иностранные инвестиции как фактор экономической интеграции

1. Понятие и история развития международного инвестиционного права.
2. Источники и принципы международного инвестиционного права.
3. Понятие и классификация иностранных инвестиций.
4. Особые экономические зоны в Республике Беларусь.
5. Международные договоры об иностранных инвестициях.
6. Порядок разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными инвесторами.

Глава 7 Регулирование внешнеэкономических сделок в современных интеграционных процессах

1. Понятие и виды внешнеэкономических сделок
2. Применимое право во внешнеэкономических сделках.
3. Негосударственное регулирование международной торговли.
4. Договор международной купли-продажи товаров, применимое право и форма.
5. Конвенция ООН о договоре международной купли-продажи товаров 1980 года.
6. Применение международных торговых терминов в договорах купли-продажи товаров.
7. Международный финансовый лизинг.

Глава 8 Обязательства из причинения вреда

1. Возникновение института обязательства из причинения вреда и его правовое регулирование.
2. Регулирование внедоговорных обязательств в Европейском Союзе.
3. Деликтные обязательства в законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации.

4. Регулирование деликтных обязательств в международных договорах с участием Республики Беларусь.
5. Ответственность за ущерб, причиненный товарами или услугами.
6. Регулирование иных внедоговорных обязательств.
7. Ответственность государства за причинение вреда физическому лицу и ответственность лица за причинение ущерба государству.

Глава 9 Регулирование интеллектуальной собственности в современных интеграционных процессах

1. Понятие интеллектуальной собственности и особенности ее охраны.
2. Международная охрана авторских прав.
3. Международная унификация охраны смежных прав.
4. Охрана авторских и смежных прав в сети Интернет.
6. Универсальные международные конвенции по охране промышленной собственности.
7. Патентование в СНГ и европейских странах.
8. Международные соглашения по охране прав на товарные знаки и знаки обслуживания.
9. Охрана прав на товарный знак в сети Интернет.
10. Передача прав на интеллектуальную собственность.

Глава 10 Наследственные правоотношения в современных интеграционных процессах

1. Общие положения о наследовании.
2. Коллизионное регулирование наследственных отношений международного характера.
3. Универсальные международные конвенции по регулированию наследственных отношений.
4. Региональные и двусторонние соглашения в сфере наследственных правоотношений.
5. Регулирование наследственных отношений с иностранным элементом в законодательстве Республики Беларусь.
6. Регулирование получения наследственного имущества в отдельных странах.

Глава 11 Международная унификация брачно-семейных отношений

1. Брак и семья как естественные условия жизни человека.
2. Правовое регулирование заключения смешанных браков.
3. Регулирование правоотношений между родителями и детьми по нормам международного частного права.
4. Международная унификация брачно-семейных отношений.
5. Международно-правовое регулирование взыскания алиментов за границей.

6. Международное усыновление и международная опека и попечительство.

7. Расторжение смешанных браков.

Глава 12 Трудовые отношения в международном частном праве, ЕАЭС и ЕС

1. Общие положения регулирования трудовых отношений.

2. Коллизионные нормы в трудовых отношениях.

3. Универсальные международные конвенции по регулированию труда мигрантов.

4. Регулирование труда мигрантов в СНГ и Евразийском экономическом союзе.

5. Трудовое право Европейского Союза.

6. Правовое регулирование труда иностранцев в Республике Беларусь.

7. Правовое регулирование труда граждан Республики Беларусь за рубежом.

8. Социальное обеспечение трудящихся-мигрантов.

Глава 13 Разрешение споров в интеграционных частноправовых отношениях

1. Понятие международного арбитража и его виды.

2. Главные центры международного коммерческого арбитража.

3. Международные арбитражные регламенты.

4. Арбитражные и третейские суды в Республике Беларусь.

5. Арбитражное соглашение.

6. Исполнение решений международных арбитражных судов.

7. Арбитражные решения по искам, предъявленным государствам в частном порядке.

ГЛАВА 1

Понятие предмета «Частное право в контексте современных интеграционных процессов»

1. Интеграционные процессы в современном мире и их результаты

Интеграция в переводе с латинского (*integratio*) означает соединение отдельных частей в общее, целое, единое. Названное явление уже длительное время присутствует в развитии большинства стран мира, в результате чего современный мир трудно представить без такого явления, как интеграция. Если еще полвека назад первые интеграционные проекты выглядели как рискованный, а то и просто авантюрный политический эксперимент, то сегодня большинство серьезных аналитиков-международников рассматривают интеграцию как важнейшую составную часть эволюции мирового сообщества.

Данное явление в очень короткий по историческим меркам срок превратилось в мощнейший фактор, оказывающий огромное воздействие не только на всю сферу международных отношений, но и на общую динамику развития мирового хозяйства и даже на духовную жизнь человеческой цивилизации. Не случайно вторую половину XX – начало XXI в. часто называют эпохой интеграции. Начавшись в середине прошлого века с относительно скромного проекта по объединению части экономических потенциалов шести стран Западной Европы и передачи управления ими наднациональным структурам (Европейское объединение угля и стали, 1951 г.), интеграция за столетия сделала огромный шаг вперед как в качественном плане, охватив не только экономику в целом, но и социальную сферу, правовые вопросы и отчасти военно-политические отношения.

Результатом интеграции стала глобализация современного мира, проявляющаяся не только в экономике, но и в политике, культуре и праве. Это объективный процесс, носящий системный характер и охватывающий все сферы жизни общества. Понятие глобализации введено в научный оборот в середине 90-ых годов прошлого столетия и получило широкое распространение, несмотря на отсутствие однозначного и общепринятого определения. Важнейшей чертой глобализации явилась объединение всех факторов производственных отношений и в первую очередь системы производств, торговли, финансов в единое мировое хозяйство. Главными действующими лицами в таком мировом хозяйстве выступают физические лица и создаваемые ими объединения. На этом фоне трансграничные связи представителей разных стран в лице граждан и юридических лиц становятся все более разнообразными и интенсивными. В результате глобализации мир становится более связанным и более зависимым от всех субъектов, участвующих в этом процессе.

Глобализация не может претендовать на научную категорию, если она не имеет собственной истории. В литературе выделяют три этапа глобализации:

1) 1870–1914 гг. начальный этап, когда в результате промышленной революции в развитых странах, начался вывоз капитала в виде инвестиций, пошел процесс образования мирового товарного рынка, началась массовая миграция населения в страны Нового света из Европы, а из Китая и Индии в малонаселенные страны Юго-Восточной Азии;

2) 1950–1980-е гг. – этап быстрого экономического подъема после мировых войн, характеризующийся появлением транснациональных корпораций, ростом торговых и инвестиционных потоков, приведших к формированию мировой экономики;

3) с 1980-х гг. и до настоящего времени – этап, на котором сформировался современный глобальный мир, характеризующийся постиндустриальным этапом экономического развития с ведущей ролью IT-технологий.

Характерной особенностью современного этапа глобализации стало вхождение в число ее участников наиболее населенных стран мира – Китая и Индии, располагающие общим населением в 3 млрд. человек. В то же время практически вся Африка, большая часть Латинской Америки не смогли включиться в этот процесс, продолжая оставаться экономически отсталыми, бедными, политически нестабильными. Практически то же самое произошло и на постсоветском пространстве, где ни одно государство не продемонстрировало значительных экономических успехов, а в политическом плане на постсоветском пространстве произошел переход от социалистической демократии к политическим режимам, во главе которых в большинстве стран находятся пожизненные президенты. Результатом этого явилась утрата социального равенства, рост бедности и нищеты, упадок образования и культуры. Но особенно трагические последствия вызвали преступные действия новых властных элит в области национальных отношений, что привело кряду вооруженных конфликтов на постсоветском пространстве, отдельные из которых не завершились и в настоящее время.

Все это дает основание утверждать о противоречивости процесса глобализации, где наряду с бесспорными позитивными результатами присутствуют и негативные. К позитивным результатам глобализации следует отнести:

научно-технический прогресс во всех сферах материального производства создал более высокий уровень потребления, более комфортные условия жизни;

экономика, производство, рынки стали действительно мировыми, межгосударственные производственные связи создали основу для создания единого мирового экономического пространства;

появились новые средства коммуникации в виде всемирной мобильной связи, интернета, социальных сетей, которые доступны практически всем людям, независимо от того, в какой стране они живут;

мир открыт для свободного передвижения людей, и современное развитие транспорта позволяет это быстро и беспрепятственно делать;

вырос уровень образования в мире, произошел рост бытовой культуры в большинстве стран.

К негативным последствиям глобализации относятся:

нанесение уже непоправимого ущерба мировой экосистеме в результате все возрастающего потребления как возобновляемых, так и не возобновляемых природных ресурсов;

борьба наиболее мощных в экономическом отношении государств за мировое лидерство, что ведет к торговым и информационным войнам между ними;

усиление неравенства потребления между «золотым миллиардом», живущим в наиболее развитых странах и потребляющим большую часть производимых материальных благ, и остальным миром;

насаждение единого стандарта потребления в материальной и духовной жизни отдельных стран, что вступает в противоречие с национальной культурой и традициями отдельных народов;

возникновение международного терроризма, который представляет собой ответ исламской религии на вызовы глобализации;

открытость современного мира привела к быстрому распространению каронавируса, что может стать закономерностью в распространении новых видов пандемий.

Противоречивые последствия мировой глобализации привели к появлению в ряде стран движения антиглобалистов. Основной тезис антиглобалистов – нынешняя модель глобализации, созданная мировым капиталом, сформировала потребительское и хищническое отношение к природе, не решает экологических проблем, создала растущий разрыв в доходах, уровне потребления, здоровья, образования в странах «золотого миллиарда» и «третьего мира». Анти-глобалисты устраивают шумные протестные акции во время проводимых саммитов большой семерки, Всемирного экономического форума в Давосе и других мероприятий капитанов мировой экономики. У антиглобалистов нет четкой альтернативной программы развития современного мира, в основном они выступают за более справедливое распределение богатств, сохранение окружающей среды, решение экологических проблем, против наплыва нелегальных мигрантов в Европу. Выступления антиглобалистов обычно сопровождаются столкновениями с силами правопорядка, актами насилия и вандализма. Некоторые политики называют антиглобализм «великой смутой XXI века».

Таким образом, интеграционные процессы в различных сферах жизни большинства государств мира привели к глобализации – всемирному экономическому, политическому и культурному единообразию мирового социума. Результаты, отношение и оценка данного явления весьма неоднозначна, что проявляется в появившемся и набирающем массовость движении антиглобалистов в ряде высокоразвитых стран.

2. Международные интеграционные процессы в праве

Процесс глобализации распространился и на правовую сферу, в результате чего происходит заимствование одной правовой системой черт и признаков другой. Это проявляется в унификации и интеграции законодательства, совершенствовании правотворческого процесса, развития права на глобальном уровне. Историческим началом унификации права можно считать римское *jus gentium* (право народов), которое представляло попытку создания единообразного права, применимого к отношениям римлян с иностранцами и жителями провинций Римской империи. Новые унификационные начинания стали возможны только во второй половине XIX. В основе их лежали практические потребности, развитие промышленности, торговли и международных сношений. В 1865 г. состоялся первый конгресс по торговому праву, который имел целью унификацию отдельных разделов морского права. Развитие промышленности во второй половине XIX века потребовало международной охраны изобретений, промышленных моделей и образцов, которое было установлено Парижской конвенцией по охране промышленной собственности 1883 года, впоследствии неоднократно редактированной и действующей в настоящее время в редакции Стокгольмского акта 1967 года. В 1886 году была принята Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений, действующая в последующих редакционных изменениях до настоящего времени. Следствием развития железнодорожных перевозок было заключение в 1890 г. Бернской конвенции о железнодорожных перевозках грузов. В 1893 году была учреждена Гаагская конференция по международному частному праву, целью которой являлась унификация брачно-семейных отношений в плане устранения коллизий законов. Результатом работы Гаагской конференции явилось принятие в 1902–1905 гг. четырех межгосударственных конвенций в области семейного права, участниками которых были ряд европейских государств, включая Россию. Унификация продолжилась после Первой мировой войны, о чем свидетельствуют Женевские конвенции 1930 и 1931 гг. о простых и переводных векселях и о чеке. Со второй половины XX века процесс унификации права пошел значительно быстрее. Это проявилось в принятии Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., Конвенции ООН о международной купле-продаже товаров 1980 г., Конвенциях о международном финансовом лизинге и факторинге 1988 г., произошло окончательное международное оформление охраны авторских прав и промышленной собственности, установлена международная охрана смежных прав и т.д.

Унификационное движение в праве охватывает широкий спектр вопросов и происходит практически непрерывно. Объективным фактором, обуславливающим унификацию в праве, является стремление, во-первых, обеспечить четкие гарантии в области соблюдения гражданских, брачно-семейных и трудовых прав иностранцев, установить единообразные пра-

вила ведения торговли, осуществление инвестиций, проведение банковских операций; во-вторых, избежать с помощью единообразных актов те сложности и неопределенности, которые порождаются коллизиями законов. К этому следует добавить веру юристов в создание международного, межгосударственного законодательства без ущерба для суверенитета отдельных государств.

Унификация в праве реализуется тремя основными способами:

1) путем заключения конвенции, содержащей единообразный закон, что стало классической формой унификации. Такая конвенция обязывает все подписавшие ее государства неуклонно соблюдать ее положения и привести нормы национального законодательства в соответствие с нормами конвенции;

2) путем совместной выработки правовых норм, которые инкорпорируются затем в национальное право стран, участвовавших в совместной выработке этих норм. Однако при этом страны не связаны какими-либо жесткими обязательствами, и каждое государство само решает, когда и в какой форме произойдет эта инкорпорация. Такой путь наименее эффективен, в чем можно было убедиться на примере деятельности государств СНГ;

3) путем подготовки какой-либо официальной или частной организацией типового закона или закона-модели, который затем предлагается государствам для имплементации в национальном законодательстве.

В качестве примера создания типовых законов можно привести деятельность Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), которая предложила государствам ряд типовых законов: О международном торговом арбитраже, 1985 г., О международных кредитовых переводах, 1992 г., Об электронной торговле, 1996 г., О трансграничной несостоятельности, 1997 г., Об электронных подписях, 2001 г. и др.

Международная унификация права ведется не только на общемировом, но и на региональном уровне. В результате ликвидации колониального режима в Африке у суверенных государств появилось стремление к созданию унифицированного «африканского права», Лига арабских государств предпринимает попытки оформления права Среднего Востока, Межамериканский банк экономического развития учредил Латиноамериканский институт интеграции, занимающийся правовыми и экономическими проблемами интеграции.

Таким образом, процесс правовой интеграции в мире развивается с конца XIX столетия. Его цель – максимально сблизить право различных государств в интересах обеспечения соблюдения прав физических и юридических лиц в процессе международного общения. Правовая интеграция является дополнением общей глобализации современного мира и в этом плане она объективна необходима и безальтернативна.

3. Предмет «Частное право в контексте современных интеграционных процессов»

Уже в римском праве возникло деление на публичное (*jus publicum*) и частное (*jus privatum*) право. Публичное право, по утверждению римского юриста Ульпиана, есть то, которое относится к положению римского государства; частное – которое относится к пользе отдельных лиц. Поскольку европейское право формировалось на основе римского права, то это деление признавалось и признается во всем романо-германском праве. Случались только отдельные исключения, как это было в советском праве, в котором по идеологическим причинам деление права на публичное и частное не признавалось. Это было результатом широко известной установки, данной главой советского правительства В.И. Лениным при работе над первым Гражданским кодексом РСФСР в 1922 году: «...мы ничего «частного» не признаем, для нас все в области хозяйства есть публично-правовое, а не частное». Вступать в полемику с вождем никто из советских юристов, естественно, не мог. Только с началом рыночных реформ в СССР позиция советской правовой науки в этом вопросе начала меняться.

Деление права на частное и публичное означает юридическое признание сфер общественной жизни, вмешательство в которые государства и его органов не допускается или ограничивается законом. Тем самым исключается возможность произвольного вторжения государства в сферу личной свободы, юридически узаконивается степень и границы «прямого приказа» государства и его структур, раздвигаются границы свободы собственности и частной инициативы.

Основной смысл деления права на частное и публичное заключается в том, чтобы конституционная формула «Человек, его права, свободы и гарантии их реализации являются высшей ценностью и целью общества и государства» (ст. 2 Конституции Республики Беларусь) получила предметно-юридическое воплощение во всей национальной правовой системе.

К частному праву принято относить гражданское право, брачно-семейное право, трудовое право и международное частное право, в котором регулируются частноправовые отношения с наличием иностранного элемента. К публичному праву относятся конституционное право, уголовное право, административное право, таможенное право, налоговое право, уголовно-процессуальное право, административно-процессуальное право, гражданско-процессуальное право, международное публичное право.

Однако разграничение сфер действия публичного и частного права весьма условно, поскольку здесь не может быть установлено четко обозначенных границ. В сфере частного права используются общеобязательные, императивные правила, которым обязаны следовать участники регулируемых правоотношений. Так в гражданском законодательстве установлена обязательность регистрации всех юридических лиц и индивидуальных предпринимателей или регистрация недвижимости и всех сделок проводи-

мых с ней. В то же время и в сфере публичного права может применяться судебный порядок защиты интересов граждан, что свойственно частноправовому регулированию. Примером может служить существование институтов частного и частного-публичного обвинения в уголовном праве. Также не следует забывать, что защита гражданских прав полностью относится к сфере публичного права.

При всей свободе действий, которое частное право предоставляет участникам отношений, оно остается правом, которое предусматривает общеобязательные правила поведения для всех субъектов. И в этом плане частное право стремится к регулированию новых правоотношений, которые возникают в обществе. Сегодня стал очевиден кризис традиционных брачных отношений, происходящий в ряде стран. Представление о браке и обязанностях, которые он налагает, уже давно подверглись значительной трансформации. Еще советским учителям было сложно объяснять школьникам: почему Маша не последовала за Дубровским, Татьяна Ларина не ответила на чувства прозревшего Онегина, Анна Каренина предпочла жизни с любимым человеком броситься под колесами поезда. В наше время очевидным кризисом брачных отношений стал отказ от регистрации брачных отношений и переход к фактическому сожительству без каких-либо юридических обязательств. Количество людей, проживающих в фактическом сожительстве, растет по всему миру, и не имеет четкой зависимости от религии, политической системы, уровня жизни в данной стране. В Европе есть страны, где большинство детей рождается вне брака: в Исландии (64,3 %), Эстонии (59,7 %), Словении (56,8 %), Болгарии (56 %), Норвегии (55 %), Швеции (54,2 %), Франции (55 %). В странах Латинской Америки, где население исповедует католичество, которое традиционно консервативно относится к браку, большинство детей в XXI столетии рождается вне брака, а в таких странах, как Сальвадор, детей, рожденных вне брака уже более 70 %, в Панаме – более 80 %.

Законодатели ряда государств совершенно обоснованно считают такую ситуацию в брачных отношениях не нормальной и предпринимают попытки урегулирования названных отношений в силу их особой общественной значимости и важности. В результате в законодательстве Франции, Германии, Бельгии, Израиля, Эквадора и других государств появились нормы об обязательной регистрации фактического сожительства. По этой же причине большинство европейских стран приняли законы по регистрации однополых браков. Логика законодателей, очевидно, была следующей: не желаете регистрировать нормальные браки, регистрируйте однополые союзы, хотя в нашем понимании такие браки представляются не приемлемыми, как противоречащие общественной морали.

Очевидно, что происходящее в сфере брачно-семейных отношений, имеет непосредственное отношение к глобализации и подлежит самому тщательному изучению.

Таким образом, предмет «Частное право в контексте интеграционных процессов» изучает гражданско-правовые, брачно-семейные, трудовые отношения в отдельных государствах, а также названные отношения с присутствием в них иностранного элемента, в динамике их развития в современном глобальном мире. Изучение данного предмета должно сформировать представление об основных трендах и перспективах развития современного частного права как права общецивилизационного. Главная определяющая особенность частного права – это равенство участников правоотношений, их независимость и не подчиненность друг другу. Частное право включает в себя значительную часть прав человека, относящихся к неотъемлемым правам личности: право на владение собственностью и распоряжение ею, право на вступление в брак и создание семьи, право на труд и достойное его вознаграждение, право на результаты духовного и технического творчества. В итоге сознательного и разумного осуществления указанных прав, человек достигает того, что древние греки называли эвдемонией, а мы именуем счастьем, что, по мнению абсолютного большинства живших ранее и живущих ныне, и является смыслом прихода человека в этот мир на короткий промежуток, именуемый жизнью, ведь крылатую фразу «человек создан для счастья, как птица для полета» еще никто не опроверг.

ГЛАВА 2

Правовое положение физических и юридических лиц в современных интеграционных процессах. Участие государства в частноправовых отношениях

1. Общие принципы регулирования правового положения физических лиц

Принятие Всеобщей декларации прав человека в 1948 г., закрепление этих прав в Международном пакте о гражданских и политических правах и двух Факультативных протоколах к нему, а также Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах привели к договорному закреплению на межгосударственном уровне основного принципа международного права – уважения прав человека и основных свобод. Отношения личности и государства в демократических странах должны выстраиваться на равноправной основе, предполагающей всемерное соблюдение прав и свобод человека при неукоснительном исполнении последним своих обязанностей. Права человека распространяются не только на граждан данного государства, они в таком же объеме действуют и в отношении иностранцев и лиц без гражданства, которые относятся к «иностранцам» в широком смысле этого слова.

Следует отметить характерную тенденцию нашего времени, проявляющуюся в постоянном увеличении присутствия иностранцев в большин-

стве государств мира, и Республика Беларусь не является исключением в этом плане.

Международное частное право регулирует правовое положение иностранцев в сфере имущественных, личных неимущественных, семейных, трудовых и процессуальных отношений. Деятельность государства в этой области включает, во-первых, защиту прав собственных граждан, находящихся постоянно или временно в зарубежных странах; во-вторых, соблюдение прав иностранных граждан и лиц без гражданства, находящихся на его территории.

Применительно к иностранцам каждая страна разрабатывает свое законодательство, регулирующее их положение в данной стране.

Относительно места нахождения правовых норм, регулирующих положение иностранцев, можно выделить три группы государств. К первой группе следует отнести Францию и ее бывшие колонии, где эти нормы включаются в международное частное право. Вторую группу формируют страны, где право иностранцев составляет подотрасль административного права (ФРГ, Швейцария, Австрия и др.). Третья группа – страны, где нормы, регулирующие правовое положение иностранцев, рассредоточены по разным отраслям права: государственному, административному, гражданскому, трудовому, брачно-семейному, процессуальному. К этой группе относится Республика Беларусь и большинство стран СНГ.

Основной привязкой, определяющей правовое положение иностранцев, является личный закон физического лица (*lex personalis*). На основании его определяется правосубъектность (право- и дееспособность) иностранных граждан и лиц без гражданства. Исторически сложились два варианта применения личного закона: закон гражданства (*lex patriae*) и закон места жительства (*lex domicilia*). Закон гражданства требует, чтобы вопросы правосубъектности иностранного гражданина решались согласно его гражданству. Такой подход наиболее соответствует духу международного частного права. Закон гражданства применяется в большинстве европейских стран, а также в Республике Беларусь и других странах СНГ.

В Великобритании, США, Канаде, Австралии и некоторых других странах личным законом физического лица считается закон места жительства (*lex domicilia*). При таком определении личного закона физического лица все правоотношения, в которые вступают иностранные граждане, регулируются по праву страны их местожительства. В качестве главного аргумента в пользу применения закона места жительства в отношении иностранцев выдвигался довод об интересах гражданского оборота при заключении различных сделок, поскольку они могут признаваться недействительными по причине недееспособности иностранца по его личному закону. В настоящее время эта проблема решается путем определения дееспособности иностранца при заключении сделок по месту их совершения.

В отношении лиц без гражданства и лиц, получивших убежище, практически во всех странах применяется закон места жительства.

Таким образом, личный закон определяет правовое положение физического лица или его правовой статус. В соответствии с личным законом определяются все вопросы правового статуса физического лица: правоспособность и дееспособность, ограничение и лишение дееспособности, признание лица безвестно отсутствующим и умершим, личные имущественные и неимущественные права (право на имя, на защиту чести, достоинства и деловой репутации и др.).

2. Правовое положение иностранных физических лиц в Республике Беларусь

Гражданско-правовое положение иностранных граждан – это совокупность прав, предоставленных им в гражданских, семейных и трудовых правоотношениях в соответствии с законодательством Республики Беларусь.

Для определения гражданского положения иностранного гражданина в белорусском законодательстве применяется личный закон. Это закреплено в ст. 1103 ГК Республики Беларусь:

«1. Личным законом физического лица считается право страны, гражданство (подданство) которой это лицо имеет. При наличии у лица двух или более гражданств личным законом считается право страны, с которой лицо наиболее тесно связано. Если лицо наряду с гражданством Республики Беларусь имеет гражданство (подданство) двух или более иностранных государств, его личным законом считается право Республики Беларусь.

2. Личным законом лица без гражданства считается право страны, в которой это лицо постоянно проживает.

3. Личным законом беженца считается право страны, предоставившей убежище».

Как видно из содержания статьи, привязка к личному закону используется в двух вариантах: как закон гражданства в отношении иностранных граждан и как закон места жительства применительно к лицам без гражданства.

В ст. 2 Закона «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» дано уточнение гражданства лиц, имеющих множественное гражданство. Согласно указанной статье иностранные граждане, имеющие гражданство нескольких государств, считаются гражданами того государства, по документам которого они въехали в Республику Беларусь.

Пробелом в праве является отсутствие особого определения личного закона для иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь. Для такой категории лиц логично было бы предусмотреть в качестве личного закона право места их проживания (*lex domicilii*).

Специально регулируется вопрос о гражданской дееспособности иностранных граждан и лиц без гражданства, под которой понимается способность лица своими действиями приобретать и осуществлять гражданские права, создавать для себя гражданские обязанности и исполнять их. В отношении дееспособности действует общая привязка к личному закону (п. 1 ст. 1104), но в отношении отдельных наиболее важных действий (сделок, совершаемых в Республике Беларусь, и обязательств, возникающих вследствие причинения вреда в Республике Беларусь) установлены специальные привязки к законодательству Республики Беларусь (п. 3 ст. 1104 ГК).

В договорах о правовой помощи, заключенных Республикой Беларусь, дееспособность физического лица обычно определяется по личному закону. В соответствии с многосторонними конвенциями о правовой помощи стран СНГ дееспособность физических лиц определяется законодательством договаривающейся стороны, гражданином которой является это лицо (ст. 23 Минской конвенции 1993 года, ст. 26 Кишиневской конвенции 2002 года).

Способность физического лица быть индивидуальным предпринимателем определяется по праву страны, где это лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя (п. 4 ст. 1104 ГК).

Противоречивые подходы определились в праве отдельных государств по проблеме лишения или ограничения гражданской дееспособности лица. Белорусское законодательство вопрос признания физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняет праву страны суда (п. 5 ст. 1104 ГК Республики Беларусь). Российское законодательство считает в этом случае компетентным российское право (п. 3 ст. 1197 ГК Российской Федерации), а украинское законодательство этот вопрос разрешает при помощи личного закона этого лица (п. 2 ст. 18 Закона Украины «О международном частном праве»).

Право физического лица на имя, его использование и защиту определяется его личным законом (ст. 1106 ГК). Законодательство Республики Беларусь предусматривает возможность для гражданина переменить свое имя, но при этом гражданин обязан принимать необходимые меры для уведомления должников и кредиторов о перемене своего имени и несет риск последствий, вызванных отсутствием у этих лиц сведений о перемене имени (п. 2 ст. 18 ГК). Согласно п. 4 ст. 18 ГК Республики Беларусь не допускается приобретение прав и обязанностей под именем другого лица. Защита права на имя имеет особое значение для личности, поскольку с именем связана ее самоидентификация. Можно привести пример, когда в конце 80-х годов XX столетия действия болгарских властей по произвольному изменению турецких фамилий на болгарские привели к серьезному политическому кризису в стране и спровоцировали массовый выезд болгарских граждан турецкого происхождения в Турцию.

Новацией действующего Гражданского кодекса Республики Беларусь стало включение в него коллизионных вопросов опеки и попечительства. Установление и отмена опеки и попечительства над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности совершеннолетними производится по личному закону лица, в отношении которого устанавливается или отменяется опека или попечительство (п. 1 ст. 1109). Обязанность опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство) определяется личным законом лица, назначаемого опекуном (попечителем) (п. 2 ст. 1109). В свою очередь, правоотношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Если лицо, находящееся под опекой (попечительством), проживает в Республике Беларусь, то применяется белорусское право, если оно более благоприятно для этого лица (п. 3 ст. 1109).

Постоянно проживающие в Республике Беларусь иностранцы, занимающиеся на законных основаниях трудовой или предпринимательской деятельностью, имеют все социально-экономические права, которыми пользуются и граждане Беларуси, включая право на социальное обеспечение. Для этой категории иностранцев установлено бесплатное медицинское обслуживание. Временно пребывающим и временно проживающим иностранцам медицинская помощь оказывается на платной основе в соответствии с законодательством Республики Беларусь, если иное не установлено международными договорами.

Оказание медицинской помощи гражданам СНГ, временно проживающим и временно пребывающим в Республике Беларусь, регулируется Соглашением об оказании медицинской помощи гражданам государств-участников Содружества Независимых Государств от 27 марта 1997 года. В соответствии со ст. 2 Соглашения: Скорая и неотложная медицинская помощь при внезапных острых состояниях и заболеваниях, угрожающих жизни больного или здоровью окружающих, несчастных случаях, отравлениях, травмах, родах и неотложных состояниях в период беременности оказывается гражданам беспрепятственно, бесплатно и в полном объеме на территории государства временного пребывания лечебно-профилактическими учреждениями независимо от организационно-правовых форм, ведомственной принадлежности и форм их собственности.

С момента, когда устранена угроза жизни больного или здоровью окружающих и возможна его транспортировка, дальнейшее оказание медицинской помощи осуществляется на платной основе».

Выплата пенсий иностранным гражданам производится на основе межгосударственных соглашений. Фонд социального обеспечения Республики Беларусь в 2018 году выплачивал пенсии более 26 тысячам иностранных граждан, наибольшее количество из которых – россияне (23725), латыши (1720), литовцы (905).

Постоянно проживающие иностранцы имеют равное право с гражданами Республики Беларусь на образование, если иное не определено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь. Временно пребывающие и временно проживающие в Республике Беларусь иностранцы имеют право на получение образования в соответствии с международными договорами Республики Беларусь или на основании договоров об обучении, заключенных с учреждениями образования или научными организациями Республики Беларусь.

Иностранцы в Республике Беларусь имеют право на сохранение и развитие своего национального языка и культуры, соблюдение национальных традиций и обычаев. В то же время иностранные граждане обязаны соблюдать законодательство Республики Беларусь, уважать ее национальные традиции.

В целом законодательство Республики Беларусь, регулирующее гражданские права иностранных граждан и лиц без гражданства на территории Республики Беларусь, соответствует международным стандартам в сфере прав человека, установленным Всеобщей декларацией прав человека 1948 года, Международным пактом о гражданских и политических правах и Международным пактом об экономических, социальных и культурных правах 1966 года.

3. Иностранные юридические лица и определение их национальности

Современное экономическое развитие характеризуется широким присутствием зарубежных юридических лиц в экономике других государств, что совпадает с интересами государств, поскольку в условиях рыночной экономики привлечение иностранных инвесторов рассматривается как одно из важнейших средств развития национальной экономики. В связи с этим возникает необходимость разделения субъектов хозяйствования на отечественных и иностранных. Необходимость подобного разделения вызывается потребностью учитывать то обстоятельство, что в отношении иностранных юридических лиц действуют две правовые системы – право государства, в котором образовано данное юридическое лицо, и право государства, на территории которого данное юридическое лицо ведет свою деятельность.

В отношении юридических лиц по аналогии с физическими лицами применяется понятие «национальность». Российский автор Л.П. Ануфриева отмечает: «Категория «национальность» применительно к юридическим лицам является условной, неточной, поскольку она не может иметь исходного содержания – т.е. особой правовой связи лица с государством, выражаемой в институте гражданства, – но используемой в определенной мере лишь в целях удобства, краткости обиходного употребления, и в юридиче-

ском отношении не может рассматриваться как надлежащая для целей обращения к ней при характеристике юридических лиц»¹.

В отличие от национальности юридического лица категория личного закона или личного статута, употребляемая применительно к юридическому лицу, является официально закрепленной. Она рассматривается в международном частном праве как одна из классических коллизионных привязок (*lex societatis*), т.е. формул прикрепления, действующих в отношении юридического лица.

В практике взаимоотношений государств вопрос о личном статуте юридических лиц, определяемом на основе национальной принадлежности, возникает в связи с их налогообложением, что является важной составной частью общего правового положения юридического лица в зарубежном государстве. Это, во-первых, связано с наличием в отдельных государствах льгот в отношении иностранных инвесторов, во-вторых, с вопросом об устранении двойного налогообложения. По общему правилу юридические лица, созданные в одних государствах и ведущие деятельность в других странах, уплачивают налоги в одном из государств, что определяется специальными договорами об избежании двойного налогообложения. Республика Беларусь заключила такие договоры с Китаем, Латвией, Литвой, Молдовой, Польшей, Россией, Узбекистаном, Украиной, Швецией и другими государствами.

Несмотря на определенную условность и неточность понятия «национальность» юридического лица в доктрине различают четыре основные теории определения национальности юридического лица: 1) инкорпорации или учреждения; 2) оседлости или места нахождения управляющего органа; 3) центра эксплуатации или места деятельности; 4) контроля или реального владения.

Наиболее распространенный подход в определении национальности юридического лица основан на признаке его учреждения и регистрации, получившем название инкорпорации в странах общего права. Суть теории инкорпорации (включения) сводится к тому, что юридическое лицо имеет национальность того государства, в соответствии с правом которого оно учреждено. В Скандинавских странах отправным моментом в определении национальности юридического лица принято считать первую запись о регистрации, но это действие также обычно связано с учреждением юридического лица.

В части третьей Модели Гражданского кодекса для стран СНГ в качестве привязки для определения закона юридического лица было указано право страны, где данное лицо учреждено (ст. 1211). В связи с этим в большинстве стран СНГ национальность юридического лица определяется по месту его учреждения. Таким же образом определяется национальность

¹Ануфриева, Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. / Л.П. Ануфриева. – М., 2000. – Т. 2: Особенная часть. – С. 39.

юридического лица в Гражданском кодексе Республики Беларусь (ст. 1111) и Гражданском кодексе Российской Федерации (п. 1 ст. 1202).

Теория оседлости основана на местонахождении центра управления юридического лица (совета директоров, правления, президента или исполнительного директора компании). Подобный подход используется в ряде стран континентальной Европы: Австрии, Франции, ФРГ, Испании, Бельгии, Польши и других. Из постсоветских государств теория оседлости действует в Грузии. В Украине для определения национальности юридического лица возможно применение трех критериев: оседлости, места учреждения и нахождения исполнительного органа управления. В частности, в ст. 25 Закона «О международном частном праве Украины» указано:

«1. Личным законом юридического лица считается право государства местонахождения юридического лица.

1. Для целей настоящего Закона местонахождением юридического лица считается государство, в котором юридическое лицо зарегистрировано или иным образом создано в соответствии с правом этого государства.

2. При отсутствии таких условий или если их невозможно установить, применяется право государства, в котором находится исполнительный орган управления юридического лица».

Немецкий юрист Х. Шак обращает внимание на то, что следует различать местонахождение юридического лица по уставу и фактическое нахождение главных органов управления. Согласно его утверждению: «Привязка к фактическому месту нахождения является правилом в международном праве хозяйственных обществ и товариществ»².

Следует отметить, что критерий оседлости имеет значение и для стран, в целом придерживающихся теории инкорпорации. Так, в постановлении Пленума Верховного Суда Российской Федерации и Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 1 июля 1996 г. № 6/8 было указано: «При государственной регистрации юридических лиц следует исходить из того, что местом нахождения юридического лица является место нахождения его органов».

В основе теории центра эксплуатации лежит критерий осуществления основной деятельности юридическим лицом. Теория получила распространение в развивающихся государствах, нуждающихся в притоке капиталов и заинтересованных в привлечении иностранных инвесторов. Для обеспечения контроля за деятельностью иностранных компаний применяется привязка к национальному законодательству, в результате чего иностранные юридические лица причисляются к собственным лицам. В этой теории присутствует в определенной мере отзвук антиколониальной борьбы народов развивающихся государств, их стремление избежать новой экономической зависимости от бывших метрополий в лице их компаний. Теория рас-

²Шак, Х. Международное гражданское процессуальное право / Х. Шак. – М., 2001. – С. 117.

пространена в странах, которые пережили период колониального господства: Индии, африканских странах.

Теория контроля или реального владения юридическим лицом используется преимущественно в период вооруженных конфликтов, поскольку с ними связан вопрос о так называемых «враждебных иностранцах» – лицах, являющихся гражданами государства-противника, владеющих собственностью в данном государстве в условиях войны. По законам военного времени происходит ограничение прав всех лиц, принадлежащих к государствам, с которыми ведутся военные действия

Исходным началом теории контроля в литературе считается дело компании «Даймлер», рассмотренное английским судом в 1915 г. В ходе судебного процесса было установлено, что из 25 тыс. акций компании «Даймлер», занимавшейся продажей шин в Англии, только одна принадлежала британскому подданному, а все остальные принадлежали подданным Германии.

Примером такого же рода являются законы, принятые в Швеции в 1916 и 1925 годах, направленные против приобретения земли и рудников компаниями, хотя и созданными в Швеции, но фактически контролируемые иностранцам.

Критерий контроля в современной международной практике применяется в целях ограничения появления нежелательных инвесторов. Так, согласно законодательству Литовской Республики земли несельскохозяйственного назначения разрешено продавать только иностранным субъектам, отвечающим критериям «европейской и трансконтинентальной принадлежности», т.е. из числа государств-членов Евросоюза и НАТО.

Различие подходов государств к определению принадлежности юридических лиц может приводить к ситуации, когда одно юридическое лицо, в результате применения разных критериев определения его национальности, может обладать двойной национальностью. Разрешение этой проблемы возможно с помощью международных договоров.

В рамках Европейского экономического сообщества (предшественник ЕС) была предпринята попытка унифицировать коллизионные правила по определению национальности юридических лиц путем принятия Конвенции стран ЕЭС о взаимном признании хозяйственных обществ и юридических лиц от 29.02.1968 года. Однако эта Конвенция не вступила в силу. Брюссельская конвенция о юрисдикции и исполнении судебных решений от 27.09.1968 года требует руководствоваться предписанием своего международного частного права относительно местонахождения юридического лица и соответственно его национальности (ч. 1 ст. 53). Так, согласно Закону Бельгии о международном частном праве 2004 года обычное место нахождения юридического лица определяется по месту, где находится основной орган юридического лица.

4. Содержание личного закона юридического лица

Определение национальности юридического лица необходимо для установления его статута или, как принято это называть в международном частном праве, личного закона юридического лица. В отличие от национальности, которая имеет только доктринальный характер, это понятие является официально закрепленным в праве большинства государств. Под личным законом юридического лица понимают нормы, определяющие его внутреннее право, т.е. право на основании, которого происходит управление юридическим лицом.

В ст. 1111 ГК Республики Беларусь установлено: «Законом юридического лица считается право страны, где это юридическое лицо учреждено». Очевидно, что под законом юридического лица следует понимать его личный закон. Данная статья предельно лаконична, поскольку она не раскрывает правового содержания личного закона юридического лица, что следует признать правовым пробелом.

В российском ГК в п. 2 ст. 1202 содержание личного закона юридического лица раскрыто путем перечисления вопросов, которые разрешаются исходя из него. К таким вопросам отнесены:

- 1) статус организации в качестве юридического лица;
- 2) организационно-правовая форма юридического лица;
- 3) требования к наименованию юридического лица;
- 4) вопросы создания, реорганизации и ликвидации юридического лица, в том числе вопросы правопреемства;
- 5) содержание правоспособности юридического лица;
- 6) порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей;
- 7) внутренние отношения, в том числе отношения юридического лица с его участниками;
- 8) способность юридического лица отвечать по своим обязательствам;
- 9) вопросы ответственности учредителей (участников) юридического лица по его обязательствам.

Весь перечень приведенных характеристик определяет правосубъектность юридического лица, т.е. его право- и дееспособность.

Статус организации в качестве юридического лица отвечает на вопрос: является ли данное образование юридическим лицом вообще? Как указывается в литературе, в отдельных странах могут не совпадать подходы к определению статуса юридических лиц. Так, полное товарищество, являющееся юридическим лицом по праву Республики Беларусь, России и других государств СНГ, не признается юридическим лицом в большинстве европейских стран, где оно рассматривается как соглашение между партнерами, сохраняющими независимую правосубъектность. Объединение признается юридическим лицом, если оно выражает самостоятельную волю в гражданском обороте и обладает самостоятельной правосубъектностью.

Организационно-правовая форма юридического лица определяет взаимоотношения между его участниками, структуру органов и их взаимодействие, степень обособленности имущества и особенности ответственности участников по общим обязательствам. Все эти вопросы регулируются внутренним правом юридического лица, и, если в Республике Беларусь неизвестна организационная форма иностранного юридического лица, оно должно признаваться в качестве такового. Организационно-правовые формы охватывают и отношения участников, создавших юридическое лицо, как между собой, так и взаимоотношения с созданным ими юридическим лицом. Вопрос имеет важное значение, вследствие чего выделен в самостоятельный пункт. Это особенно актуально в случае приобретения иностранным акционером части акций белорусских предприятий или приобретения белорусскими акционерами иностранных активов.

Требования, предъявляемые к наименованию, определяются по личному закону юридического лица. Белорусское законодательство требует указания в наименовании на организационно-правовую форму и характер деятельности (для некоммерческих организаций и унитарных предприятий). Существуют ограничения в выборе наименования для юридических лиц. Так использование в названии официального полного или сокращенного названия Республики Беларусь, слов «национальный» и «белорусский», использование элементов государственной символики в реквизитах документов или рекламных материалах допускается в порядке, определенном Президентом Республики Беларусь (ст. 50 ГК). Не допускается также использование нецензурных и неблагозвучных слов в названии юридических лиц.

Закрепление в российском Гражданском кодексе круга вопросов, которые разрешаются на основе личного закона юридического лица, придает самому статусу юридического лица правовую определенность. Очевидно, что отсутствие в белорусском Гражданском кодексе перечня вопросов, раскрывающих содержание личного закона юридического лица, может создавать сложности во взаимоотношениях государственных органов, регламентирующих деятельность хозяйствующих субъектов с юридическими лицами, учрежденными в других государствах.

5. Виды правовых режимов, предоставляемых иностранным юридическим и физическим лицам

Любое юридическое лицо и организация, не являющаяся юридическим лицом, в другой стране всегда находятся под двойной юрисдикцией, как это свойственно и физическим лицам. С одной стороны, они подчиняются своему внутреннему праву, которое определяет их личный закон, с другой стороны, они подчиняются праву страны, на территории которой ведут хозяйственную и иную деятельность. Личный закон определяет правосубъектность иностранного юридического лица, если оно будет призна-

но таковым, и в этом плане личный закон всегда сопровождает иностранное юридическое лицо, обладая экстерриториальным действием. Условия хозяйственной и иной деятельности юридических лиц и организаций, не являющихся юридическими лицами, определяются правовым режимом принимающего государства.

«Правовой режим» следует отличать от «правового положения» и «правового статуса», под которыми подразумевается совокупность прав и обязанностей конкретной группы лиц. Понятие «правовой режим» является более общим, раскрывающим самые основные принципы правовой политики в данной области. На основе выбора того или иного правового режима в дальнейшем формируется правовое положение определенной группы лиц или индивидуальный правовой статус конкретного субъекта права.

В современном законодательстве и доктрине принято выделять следующие основные правовые режимы: режим недискриминации, национальный режим, режим наибольшего благоприятствования и преференциальный режим. Остановимся подробнее на каждой из разновидностей правового режима.

Режим недискриминации берет свое начало в одном из основополагающих принципов международного публичного права – в принципе суверенного равенства государств. Суть режима не дискриминации заключается в недопустимости дискриминации иностранных лиц в зависимости от принадлежности государства их национальности к той или иной общественно-политической системе, объединению государств и независимо от того, как складываются отношения государства с государством, к которому принадлежат физические или юридические лица. Режим не дискриминации не требует специального закрепления в международных договорах, заключаемых договаривающимися государствами, поскольку его правовое действие основывается на норме *ius cogens* международного публичного права.

В то же время в некоторых типах международных договоров (и в том числе в договорах о поощрении и защите капиталовложений) принято подчеркивать необходимость соблюдения режима недискриминации в отношениях между договаривающимися сторонами. Например, п. 3 ст. 3 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Японии о поощрении и защите капиталовложений, подписанного в Москве 13 ноября 1998 г., содержит следующее положение: «Капиталовложениям и доходам инвесторов каждой Договаривающейся Стороны в любое время предоставляется справедливый и равноправный режим и постоянная защита и безопасность на территории другой Договаривающейся Стороны. Ни одна Договаривающаяся Сторона на своей территории никоим образом не применяет необоснованных или дискриминационных мер в отношении деловой деятельности в связи с капиталовложениями инвесторов другой Договаривающейся Стороны».

Таким образом, фиксирование применения режима недискриминации в двусторонних международных договорах не является каким-либо преимуществом или предпочтением, оказываемым другому договаривающемуся государству, - речь идет лишь о фиксировании применения правового принципа, носящего обязательный характер для всех государств в силу общепризнанных норм международного публичного права. Нарушение режима недискриминации следует рассматривать одновременно и как нарушение принципа суверенного равенства государств, которое дает возможность другому государству ставить вопрос о привлечении виновного государства к ответственности, установленной нормами международного публичного права. В то же время нормы международного права могут предусматривать случаи правомерного ограничения прав лиц из определенного иностранного государства как санкции экономического или политического характера (введение торгового эмбарго, квот и ограничений).

В Республике Беларусь, как и в большинстве стран мира, возможно применение всех названных режимов в отношении иностранных юридических и физических лиц: преференциального, национального и режима наибольшего благоприятствования.

Режим не дискриминации уже охарактеризован и он, безусловно, присутствует в практике отношений в Республике Беларусь с иностранными юридическими и физическими лицами. Существование такого режима вызвано заинтересованностью государства в иностранных инвестициях и технологиях, которые крайне необходимы и важны для развития экономики. Наличие такого режима подтверждается в более шестидесяти соглашениях о взаимной защите и поощрении инвестиций, заключенных правительством Республики Беларусь с правительствами зарубежных стран.

Преференциальный режим (от латинского *praeferre* – предпочитать, давать преимущества) предусматривает предоставление иностранным субъектам определенных преимуществ и льгот по сравнению с собственными юридическими и физическими лицами. Преференциальный режим для иностранных инвесторов был предусмотрен Законом Республики Беларусь от 14 ноября 1991 года «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь» и заменившим его Инвестиционным кодексом Республики Беларусь 2001 года до его редактирования Законами Республики Беларусь от 5 августа 2004 года, 1 ноября 2004 года и 18 июля 2006 года. В настоящее время преференциальный режим для иностранных субъектов хозяйствования предусмотрен в свободных экономических зонах, Парке высоких технологий, Китайско-белорусском индустриальном парке «Великий камень», малых городах и сельской местности. Возможно также точечное предоставление привилегий иностранным инвесторам в инвестиционных договорах.

Национальный режим предусматривает предоставление иностранным юридическим лицам таких же условий деятельности, как и собственным

субъектам хозяйствования. Нормы национального режима закреплены в Гражданском кодексе Республики Беларусь. Согласно п. 3 ст. 1 ГК Республики Беларусь правила, установленные гражданским законодательством, применяются и в отношениях с участием иностранных и международных юридических лиц. Статья 1113 ГК специально устанавливает национальный режим деятельности иностранных юридических лиц в Республике Беларусь: «Иностранные юридические лица осуществляют в Республике Беларусь предпринимательскую и иную деятельность, регулируемую гражданским законодательством, в соответствии с правилами, установленными этим законодательством для такой деятельности юридических лиц Республики Беларусь, если законодательством Республики Беларусь для иностранных юридических лиц не предусмотрено иное». В целом национальный режим преобладает в правовом положении иностранных юридических лиц. В ряде государств с развитой рыночной экономикой отсутствует специальное правовое регулирование деятельности иностранных юридических лиц и между ними и собственными юридическими лицами правовые различия не устанавливаются.

В то же время каждое государство вправе вводить определенные ограничения, связанные с допуском и деятельностью на их территории иностранных юридических лиц. Такие ограничения не должны носить избирательный, дискриминационный характер, то есть ограничения должны распространяться на всех иностранных юридических лиц. Общий правовой режим для всех иностранных субъектов принято называть режимом наибольшего благоприятствования. Как правило, о таком режиме государства договариваются в двусторонних договорах о поощрении и взаимной защите инвестиций. В ст. 3 Соглашения между Правительством Республики Беларусь и Правительством Китайской Народной Республики о поощрении и взаимной защите инвестиций от 11 января 1993 года говорится: «1. Каждая из Договаривающихся Сторон обеспечивает на своей территории в отношении инвестиций, находящихся в собственности инвесторов другой Договаривающейся Стороны, режим не менее благоприятный, чем в отношении инвесторов третьих государств». Приведенная формулировка статьи традиционна для определения режима наибольшего благоприятствования. По своему правовому содержанию этот режим является, как правило, менее льготным, чем национальный. Режим наибольшего благоприятствования предоставляется обычно всем иностранным юридическим лицам на территории иностранного государства и выступает в качестве минимального правового стандарта их положения.

В некоторых случаях в международных договорах содержится указание на два режима: национальный и режим наибольшего благоприятствования. Так, в Соглашении между правительством Республики Беларусь и правительством Украины о содействии и взаимной защите инвестиций от 14 декабря 1995 года говорится: «Каждая Договаривающаяся Сторона на

своей территории предоставит инвестициям инвесторов другой Договаривающейся Стороны режим, который является справедливым и равным и не менее благоприятным, чем тот, который она предоставляет инвестициям своих собственных инвесторов или инвестициям инвесторов любого третьего государства» (п. 1 ст. 4).

6. Участие государства в частноправовых отношениях

В п. 3 ст. 1 ГК Республики Беларусь участниками регулируемых гражданским законодательством отношений определены граждане республики, юридические лица Республики Беларусь, Республика Беларусь, административно-территориальные единицы Республики Беларусь.

В главе 5 Гражданского кодекса содержатся специальные нормы, касающиеся участия Республики Беларусь и административно-территориальных единиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством. В частности, в ст. 124 установлено: «1. Республика Беларусь, административно-территориальные единицы участвуют в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, на равных с иными участниками этих отношений – физическими и юридическими лицами.

2. К субъектам гражданского права, указанным в пункте 1 настоящей статьи, применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, если иное не вытекает из законодательства или особенностей данных субъектов».

Из содержания данной статьи можно сделать три вывода: 1) государство и административно-территориальные единицы могут быть участниками гражданско-правовых отношений; 2) они не пользуются какими-либо преимуществами в названных правоотношениях; 3) в отношении их применяются те же нормы, что и в отношении юридических лиц.

Согласно ст. 125 от имени Республики Беларусь в гражданско-правовых отношениях могут выступать государственные органы в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов.

Статья 126 ГК определяет ответственность по обязательствам Республики Беларусь и административно-территориальных единиц. Гражданско-правовая ответственность, согласно этой норме, носит индивидуальный характер: Республика Беларусь не отвечает по обязательствам административно-территориальных единиц, а последние, в свою очередь, не отвечают по обязательствам Республики Беларусь. Также не отвечают Республика Беларусь и ее административно-территориальные единицы по обязательствам созданных ими юридических лиц, если иное не установлено законодательными актами.

Действующая в Республике Беларусь экономическая модель предполагает активное участие государства в разнообразных хозяйственных отношениях не только с национальными, но и иностранными юридическими и физическими лицами. Конкретными формами участия белорусского гос-

ударства в лице Республики Беларусь и административно-территориальных единиц в гражданских правоотношениях являются:

- получение государственных займов, предоставляемых частными субъектами, в частности банками и фондами. Согласно ст. 53 Бюджетного кодекса, долговые обязательства Республики Беларусь могут существовать в виде долговых обязательств по кредитам (займам), привлеченным от имени Республики Беларусь как заемщика от кредитных организаций, иностранных государств, международных организаций и иных нерезидентов Республики Беларусь, а также обязательствам по государственным ценным бумагам, выпущенным от имени Республики Беларусь;

- предоставление гарантий Республикой Беларусь иностранным юридическим лицам по займам ее субъектов. В частности, ст. 60 и 68 Бюджетного кодекса предусматривают возможность оформления гарантий Правительства Республики Беларусь по внешним займам, предоставляемым резидентам Республики Беларусь;

- проведение государством торговых сделок с иностранными субъектами. В соответствии со ст.6 Закона «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» правом на осуществление внешнеторговой деятельности обладают все резиденты и нерезиденты Республики Беларусь, а также Республика Беларусь, ее административно-территориальные единицы в порядке и на условиях, установленных законодательством Республики Беларусь, международным и иностранным правом;

- участие Республики Беларусь и административно-территориальных единиц в привлечении иностранных инвестиций предусмотрено в Законах Республики Беларусь «Об инвестициях», «О концессиях», «О государственно-частном партнерстве»;

- Республика Беларусь и административно-территориальные единицы являются участниками гражданских правоотношений с иностранными субъектами не непосредственно, а через юридических лиц, собственность которых полностью или частично принадлежит государству;

- государство может быть участником отношений интеллектуальной собственности не только как регулятор названных правоотношений, но и как непосредственный правообладатель объектами интеллектуальной собственности, хотя этот вопрос является проблемным в законодательстве Республики Беларусь;

- государственные закупки товаров и услуг, производимые за счет бюджетных средств, также предполагают участие Республики Беларусь и административно-территориальных единиц в гражданских правоотношениях с иностранными субъектами, выступающими в роли поставщиков товаров или услуг;

- Республика Беларусь и административно-территориальные единицы могут нести ответственность в случае причинения вреда органами гос-

ударства или должностными лицами физическим и юридическим лицам иностранного государства, а также быть истцами при причинении ущерба государству;

– для ведения внешнеполитической деятельности Республика Беларусь может приобретать или арендовать за рубежом земельные участки, заключать контракты на выполнение работ по строительству зданий для дипломатических представительств и консульских учреждений, осуществлять в установленном порядке закупку товаров (работ, услуг) за счет республиканского бюджета. В таких случаях от имени Республики Беларусь сделки с иностранными частными субъектами заключает Министерство иностранных дел или дипломатические и консульские учреждения, аккредитованные в иностранных государствах;

– Республика Беларусь и административно-территориальные единицы могут быть наследниками имущества иностранных граждан в Республике Беларусь и белорусских граждан за рубежом, если нет наследников ни по закону, ни по завещанию.

7. Иммуниеты государства в частноправовых отношениях

При участии государства в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом главной проблемой является иммунитет государства. Термин «иммунитет» происходит от латинского *immunitas*, что означает освобождение от чего-либо. В международном частном праве иммунитет обычно понимается как освобождение государства от юрисдикции иностранного суда. Иммунитет государства в гражданско-правовых отношениях – это важнейший институт, имеющий статус принципа, по поводу которого ведутся споры уже на протяжении длительного времени.

Для международного частного права первостепенное значение имеют юрисдикционные иммунитеты, поскольку они ограждают государство от предъявления к нему исков гражданско-правового характера. В теории и практике международного частного права различают три вида юрисдикционных иммунитетов: иммунитет от юрисдикции иностранного суда, иммунитет от предварительного обеспечения иска и иммунитет от исполнения решения иностранного суда в отношении государства.

Судебный иммунитет означает неподсудность государства иностранным судам вне зависимости от того, что является причиной возбуждения судебного производства. Однако этот иммунитет не имеет абсолютного характера, поскольку государство может от него добровольно отказаться, дав согласие на юрисдикцию иностранного суда.

Иммунитет от предварительного обеспечения иска устанавливает невозможность проведения иностранным судом в отношении государственной собственности обеспечительных действий принудительного характера.

Иммунитет от исполнения решений иностранного суда не позволяет исполнять в принудительном порядке решения иностранного суда, вынесенные в отношении государства.

Наличие юрисдикционного иммунитета государства не означает, что иностранное государство и его представители могут игнорировать право того государства, где они осуществляют свою деятельность. Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 года указывает, что все лица, пользующиеся иммунитетами и привилегиями, «обязаны уважать законы и постановления государства пребывания. Они также обязаны не вмешиваться во внутренние дела этого государства» (п. 1 ст. 41).

Иммунитет государства – это не одностороннее волеизъявление государства. В любом случае иммунитет государства содержит в себе категорию взаимности, поскольку он возможен только в результате действия двух субъектов права: одно государство ограничивает свою юрисдикцию по отношению к действиям и имуществу другого государства, второе государство получает право на освобождение от юрисдикции первого государства. Из этого следует, что иммунитетом государство может пользоваться только в случае гражданско-правовых отношений с иностранными юридическими и физическими лицами и связанной с ними юрисдикцией на территории другого государства. Следовательно, в пределах собственной территории в гражданско-правовых отношениях с иностранными юридическими и физическими лицами государство не вправе обращаться к иммунитету. На практике это значит, что иностранные юридические и физические лица могут обращаться в суды с предъявлением исковых требований непосредственно к государству, которое в такой ситуации не может сослаться на юрисдикционный иммунитет, поскольку он действует только в отношении юрисдикции иностранного суда. Насколько объективен и беспристрастен будет суд по отношению к собственному государству – это вопрос взаимодействия отдельных ветвей власти. При этом следует учитывать, что суды независимы от других ветвей власти, но они должны стоять на страже государственных интересов.

Несмотря на предметную и функциональную взаимосвязь юрисдикционных иммунитетов, каждый из них имеет самостоятельное значение. Это означает, что согласие государства на юрисдикцию иностранного суда не означает его согласия на действия по предварительному обеспечению иска и принудительное исполнение вынесенного против государства решения. Эта норма закреплена в Венской конвенции о дипломатических сношениях 1961 года, где установлено: «Отказ от иммунитета от юрисдикции в отношении гражданского или административного дела не означает отказа от иммунитета в отношении исполнения решения, для чего требуется особый отказ» (п. 4 ст. 32). Самостоятельность юрисдикционных иммунитетов закреплена и в ст. 23 Европейской конвенции об иммунитете государств от 16 мая 1972 года, где указано: «На территории Договаривающе-

гося государства не могут быть осуществлены принудительное исполнение судебного решения или охранительная мера в отношении имущества другого Договаривающегося государства, за исключением тех случаев и тогда, когда это государство дало на это свое ясно выраженное согласие в письменной форме»³.

Иммунитет государства и его собственности как институт международного публичного и частного права был вызван к жизни необходимостью поддержания официальных отношений между государствами. Выстраивание равноправных отношений между государствами было бы невозможно, если бы органы и представители иностранных государств за рубежом оказывались под полной юрисдикцией этих государств. Сложившийся в XIX веке иммунитет государств изначально имел абсолютный характер, т.е. никаких оговорок и исключений в отношении иммунитета иностранных государств и его представителей не допускалось.

8. Теория функционального иммунитета государства

Возникновение теории функционального иммунитета явилось ответом на возникшую необходимость в ограничении абсолютного иммунитета государства. Суть теории функционального иммунитета государства достаточно проста: все действия государства делятся на публично-правовые (*acta jure imperii*) и частноправовые (*acta jure gestionis*). В результате при публично-правовых действиях, когда государство осуществляет свои функции, основанные на суверенитете, оно сохраняет иммунитет и, следовательно, неподсудно иностранным судам; в отношении его также невозможны меры по обеспечению иска и принудительное исполнение судебного решения иностранного суда. При действиях частноправового характера государство лишается иммунитета и выступает в отношениях со своими зарубежными контрагентами на равных, не имея возможности обращаться к иммунитету.

Первой страной, перешедшей к практике применения теории функционального иммунитета государства, стали США, когда в мае 1952 года Государственный департамент официально объявил, что при выдаче заключений о наличии иммунитета у иностранного государства он в дальнейшем будет руководствоваться теорией функционального иммунитета. На законодательном уровне переход к теории функционального иммунитета в США был оформлен в 1976 году с принятием Закона «Об иммунитете иностранных государств».

Вслед за США Великобритания в 1978 году приняла Закон «О государственном иммунитете», который в ряде моментов совпадает с Законом США 1976 года.

³Европейская конвенция об иммунитетах государств от 16 мая 1972 года // Международное частное право: сборник нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – М., 2006. – С. 584.

Законы об иммунитете государства, основанные на теории функционального иммунитета государства, также были приняты в Австралии (1984 г.), Аргентине (1995 г.), Канаде (1982 г.), Пакистане (1981 г.), Сингапуре (1979 г.), ЮАР (1981 г.). В ряде стран специальный закон об иммунитете иностранного государства не принят, но судебная практика исходит с позиции теории функционального иммунитета (Австрия, Бельгия, Дания, Греция, Италия, Норвегия, ФРГ, Франция, Финляндия, Швейцария и др.).

Первым международным актом, регулирующим иммунитет государства, явилась Европейская конвенция об иммунитете государства, подписанная 16 мая 1972 года в рамках Совета Европы.

В преамбуле содержалось обоснование принятия Конвенции: «...целью Совета Европы является достижение более тесного союза между его членами; в международном праве существует тенденция к ограничению тех случаев, когда государство может ссылаться на иммунитет в иностранных судах; установление в отношении друг с другом совместных норм, касающихся объема иммунитета от юрисдикции, которым государство пользуется в судах другого государства».

В главе I Конвенции «Иммунитет от юрисдикции» были перечислены условия, при которых Договаривающееся государство не будет пользоваться иммунитетом в судах другого Договаривающегося государства. К таким условиям отнесены:

- предъявление встречного иска к Договаривающемуся государству, выступающему в качестве истца или третьего лица в судебном разбирательстве в суде другого Договаривающегося лица (ст. 1);
- наличие международного соглашения, ясно выраженного положения, содержащегося в договоренности, составленной в письменной форме, или ясно выраженного согласия, данного после возникновения спора (ст. 2);
- Договаривающееся государство не пользуется иммунитетом в суде другого Договаривающегося государства, если оно ссылается на иммунитет от юрисдикции после принятия решения по существу вопроса (ст. 3);
- если судебное разбирательство связано с обязательством государства, которое в силу имеющегося соглашения должно быть осуществлено на территории государства, где происходит судебное разбирательство (ст. 4);
- когда судебное разбирательство связано с трудовым соглашением, заключенным между государством и физическим лицом, и работа подлежит исполнению на территории государства, где происходит судебное разбирательство (ст. 5);
- если Договаривающееся государство участвует с одним или несколькими частными лицами в обществе, ассоциации или юридическом лице, имеющем свое реальное или официальное место нахождения или свое главное учреждение на территории государства, где происходит разбирательство (ст. 6);

– если Договаривающееся государство имеет на территории государства, где происходит судебное разбирательство, бюро, агентство либо другое учреждение, через которые оно осуществляет тем же образом, что и частное лицо, промышленную, коммерческую или финансовую деятельность и если судебное разбирательство касается этой деятельности (ст. 7), а также в других случаях.

В итоге, следует констатировать, что Европейская конвенция 1972 года значительно ограничивает иммунитет государства в гражданско-правовых отношениях. Об этом свидетельствуют ст. 1-13, где конкретно указаны правоотношения с участием государства, в которых ему не может быть предоставлен иммунитет. Помимо этого, каждое государство-участник может расширить действие функционального иммунитета в отношении иностранных государств для своих судебных учреждений, сделав оговорку в соответствии со ст. 24 Конвенции.

Исходя из договорного характера Конвенции, в ней предусмотрено, прежде всего, добровольное исполнение решения иностранного суда государством, как это указано в ст. 20. Однако, если государство не пожелает добровольно исполнять решение, вынесенное в отношении его иностранным судом, в дело могут быть приведены юридические механизмы, роль которых выполняют компетентный суд самого государства либо Европейский суд, специально созданный в соответствии с Протоколом к Конвенции для приведения в исполнение решений иностранных судов в отношении государств.

Европейская конвенция 1972 года вступила в силу 11 июня 1976 года. В Конвенции в настоящее время участвуют восемь государств: Австрия, Бельгия, Великобритания, Кипр, Люксембург, Нидерланды, ФРГ, Швейцария.

Важность проблемы государственного иммунитета побудила Генеральную Ассамблею ООН принять 19 декабря 1977 года специальную резолюцию, которая рекомендовала Комиссии международного права ООН (КМП) включить в программу своей работы тему юрисдикционных иммунитетов государств и их собственности. На основе доклада Специального комитета по юрисдикционным иммунитетам государств и их собственности, представленного на 59-й сессии Генеральной Ассамблеи ООН 2 декабря 2004 года, была принята резолюция, которая предложила государствам-членам стать участниками Конвенции Организации Объединенных Наций о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности. Названная конвенция также предусматривает возможность предъявления исков иностранным государствам, в случае коммерческой деятельности государства (*jure gestionis*).

Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности в настоящее время еще не вступила в силу: на 01.01.2018 сдали на хранение Генеральному секретарю ООН ратификационные гра-

моты 21 государство, а для вступления в силу требуется тридцать ратификационных грамот.

Следует сделать вывод, что Конвенция ООН 2004 года значительно уступает Европейской конвенции об иммунитете государств 1972 года в плане возможности практической реализации теории функционального иммунитета государств. Главная особенность Конвенции 2004 года состоит в сохранении иммунитета государств от принудительных мер по обеспечению иска до вынесения судебного решения и иммунитета от исполнения решения иностранного суда. На практике это означает, что юрисдикция суда по отношению к иностранному государству оказывается во многом формальной, поскольку оказывается невозможным без согласия государства осуществить обеспечительные меры и исполнить вынесенное в отношении государства решение суда.

ГЛАВА 3

Законодательство Европейского союза и Евразийского экономического союза в свете современных интеграционных процессов

1. Унификация частного права в Европейском Союзе

В современном мире тенденция унификации и гармонизации международного частного права, как и права вообще, наиболее ярко проявляется в условиях интеграции, происходящей в странах Европы, в первую очередь в рамках Евросоюза (ЕС).

Право Европейского Союза в настоящее время приоритетно перед внутригосударственным правом государств-членов и обладает прямым действием. Приоритет права ЕС сохраняется и тогда, когда оно затрагивает конституционные права участников. Если закон государства противоречит общесоюзному праву, он должен быть отменен либо соответствующим образом модифицирован. Прямое действие права ЕС состоит в том, что для вступления правового акта ЕС в силу не нужна ратификация или иная форма признания со стороны государства-члена.

Такое право получило в ЕС название вторичного права, хотя, на наш взгляд, его правильнее было бы называть первичным. Право включает правовые акты, принимаемые органами ЕС – Европейским советом и Комиссией Европейских сообществ (КЕС), которые издают регламенты, директивы, постановления, решения, рекомендации, дают заключения. Наиболее часто для обозначения общеобязательных актов используется наименование «директива», которая обозначает цель, оставляя за исполнителями (в основном государствами-членами) право выбора средств для ее реализации. ЕС может также законодательствовать с помощью актов, именуемых «регламентами», обладающими прямым действием, и «решений». Европейский парламент также принимает участие в этой нормотворческой

деятельности. Он дает свои заключения по проектам, подготовленным КЕС, а после того, как Совет одобряет проект, он выносится на рассмотрение Европарламента, который может абсолютным большинством голосов вносить в него поправки или отклонить. Парламент может издавать так называемые необязательные акты. Они касаются политических проблем и не устанавливают каких-либо прав и обязанностей для государств-членов.

Вторичное право ЕС является основным регулятором международных частноправовых отношений. К числу его источников относятся Европейская конвенция о патентах; Конвенция о юрисдикции и судебных решениях; Директива о гармонизации законодательства в области защиты банков данных о личности; Директива о бухгалтерской отчетности банков и страховых обществ; Директива о служебной ответственности во врачебной и строительной деятельности; Директива о взаимном признании дипломов высших учебных заведений в странах ЕС; Директива о компьютерных программах; Директива о массовых увольнениях; решения Суда ЕС.

На решениях Суда Европейского Союза следует остановиться особо. Судебное правотворчество превратилось в одну из отличительных особенностей правового порядка, сложившегося в ЕС. В решениях Суда отражаются общие правовые начала, провозглашенные в конституциях государств-членов.

Европейское право затрагивает в настоящее время большинство сфер правового регулирования и в первую очередь частноправового характера: авторское право, патентное право, акционерное право, коммерческое право, право конкуренции, право договоров.

Существенным препятствием на пути унификации и гармонизации частного права в рамках ЕС являются фундаментальные различия между правовыми системами, к которым принадлежат государства-члены: континентальной, общего права, скандинавской. Поэтому развитие коммунитарного права в частноправовой сфере носит избирательный характер, касаясь, прежде всего, тех областей, где экономические отношения переросли национальные рамки.

Унификация договорного права на европейском уровне на протяжении нескольких десятилетий происходило в основном посредством принятия органами Сообщества нормативных актов (директив), в силу которых государства-члены должны были провести мероприятия по изменению своего национального права в соответствии с содержанием европейских актов. Указанным способом устранялись препятствия, вытекавшие из различий в праве отдельных государств, для достижения главной цели Европейского сообщества, а именно создания единого экономического пространства. Использование указанного метода унификации права привело к появлению в национальном законодательстве государств – членов ЕС весьма значительного числа единообразных правовых норм, относящихся

к регулированию договорных отношений, которые в основном обеспечивают защиту потребителя, а также не допускают ограничение конкуренции.

Однако такая форма унификации не создавала «европейского» права, хотя национальное законодательство отдельных государств-членов стало единообразным по своему содержанию. Это означало, что источником регулирования договорных отношений оставалось соответствующее национальное частное право (кодексы, законы и т.п.), а не собственно нормы права ЕС.

В 1989, 1994, 2000 и 2001 гг. Европейский парламент заявлял о необходимости подготовительных работ, направленных на выработку Европейского кодекса общего частного права. Парламент предусмотрел следующий порядок действий: выработка документов в сфере частного права, закрепляющих концепции и решения, общие для государств-членов до конца 2004 г.; преподавание этих текстов в университетах начиная с 2005 г.; принятие комплекса норм, относящихся к договорному праву после 2010 г. Однако эти планы не были реализованы.

Весьма развернутая система права ЕС (европейского права) на сегодня не может рассматриваться в качестве самостоятельного правопорядка, ибо право ЕС пока не действенно вне связи с суверенными, властными правопорядками стран-членов. Очевидно, право ЕС все еще представляет собой регионально-локальную, предметно-ограниченную отрасль (подсистему) международного права, поскольку концептуально источником права ЕС остаются согласованные властные воли государств-членов и не исключается их выход из правового поля ЕС, как это продемонстрировала Великобритания. Вместе с тем право ЕС есть и зачаток постепенно формирующегося самостоятельного правопорядка национально-федеративной или конфедеративной направленности. Сложность принятия Конституции ЕС и Лиссабонского договора наглядно показали незавершенность становления и неопределенность путей развития данной правовой системы.

2. Основные акты Европейского Союза в сфере интегрирования частного права

Начало унификации частного права в рамках Европейского Союза было положено Конвенцией о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Римской конвенцией» 1980 г.), подписанной в Риме в 1980 году. В дальнейшем принимаемые акты в ЕС по регулированию частных правоотношений получали наряду с официальным полным названием краткое неофициальное название: «Рим I», «Рим II», «Рим III», «Рим IV».

Линейку «Римов» открывает Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам – («Рим I»).

Регламент № 864/2007 Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязатель-

ствам» – «Рим II» по времени был утвержден на год ранее, чем «Рим I», но получил второй номер, поскольку первый номер был зарезервирован за регулирующей договорные обязательства «Римской конвенцией» 1980 г.

Регламент Совета Европейского Союза № 1259/2010 «О расширении сотрудничества в отношении применимого права к расторжению брака и раздельному проживанию супругов» – «Рим III» унифицирует бракоразводные процессы.

Регламент Европейского парламента и Совета Европейского Союза № 650/2012 от 4 июля 2012 «О юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов, а также о создании Европейского свидетельства о наследовании» – «Рим IV» направлен на унификацию наследственных правоотношений.

Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» – «Рим I» установил на территории государств-членов Европейского сообщества и Европейского Союза (ЕС) единообразные правила «конфликта законов» – коллизионные нормы, определяющие, законодательство какого именно государства (не обязательно государства-члена ЕС) должно применяться в том случае, если правоотношение содержит иностранный элемент и, соответственно, может регулироваться правом разных стран (например, правом страны продавца, страны покупателя или страны, где приобретен товар, в случае договора купли-продажи).

Регламент «Рим I» разрешает проблему конфликта законов (коллизионную проблему) в отношении наиболее распространенного вида обязательств частного характера, которые возникают на основании гражданско-правовых или торговых (коммерческих) договоров. В сферу применения Регламента «Рим I» входят и договоры, которыми оформляются трудовые отношения наемных работников (индивидуальные трудовые договоры).

Как отмечается в преамбуле Регламента, замена Римской конвенции Регламентом «Рим I» позволяет одновременно достигнуть нескольких важных целей, в частности:

– усовершенствовать содержание и расширить сферу применения единообразных коллизионных норм ЕС в области договорного права: например, уточнить правила относительно того, какому законодательству будет подчиняться договор, стороны которого не воспользовались предоставленной им свободой выбора применимого права или включить специальные правила относительно договора страхования (статья 7 «Договоры страхования»);

– упростить и демократизировать процедуру внесения изменений и дополнений, направленных на дальнейшее совершенствование коллизионных норм ЕС в области договорного права: в отличие от Римской конвенции Регламент «Рим I» принимается и изменяется в соответствии с законо-

дательной процедурой совместного принятия решений, при которой обязательно согласие Европейского парламента как института ЕС, избираемого всеобщим прямым голосованием его граждан, и Совета Европейского Союза как института ЕС, состоящего из представителей национальных правительств, принимающих решение квалифицированным большинством (т.е. при отсутствии права вето у отдельных государств-членов);

– создать единообразную судебную практику (прецедентное право) на основе решений Суда ЕС, дающих нормативное толкование Регламента «Рим I», в том числе по искам Европейской комиссии к государствам-членам, нарушающим его правила, и по запросам национальных судов. В случае Римской конвенции создание такой судебной практики (прецедентного права) оказалось невозможным, поскольку Суд Европейских сообществ не получил полномочий по ее толкованию (соответствующие протоколы к Конвенции не были своевременно ратифицированы всеми государствами-членами).

Как и другие нормативные акты ЕС, принятые в форме регламента (франц.: *reglement*; англ.: *regulation*; нем.: *Verordnung*), Регламент «Рим I» с момента введения в действие – 17 декабря 2009 г. (ст. 29) – в полном объеме приобретает юридически обязательную силу и прямое действие в государствах-членах ЕС, в том числе в их национальных судах.

Содержание других Регламентов рассматривается в соответствующих темах пособия.

3. Гармонизация и унификация частного права в Евразийском Экономическом Союзе

Договор о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 г. (далее – Договор о ЕАЭС) провозгласил в качестве главной цели формирование единого рынка товаров, услуг, капитала и трудовых ресурсов в рамках Союза (ст. 4 Договора о ЕАЭС). Для достижения указанной цели необходимо установление единых правовых режимов для физических и юридических лиц государств-членов, которыми являются на сегодня Россия, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан и Армения. Основными правовыми механизмами установления единообразных правил являются гармонизация и унификация законодательства государств-членов ЕАЭС. Согласно ст. 2 Договора о ЕАЭС под гармонизацией законодательства понимается сближение законодательства государств-членов, направленное на установление сходного (сопоставимого) нормативного правового регулирования в отдельных сферах. Унификация законодательства определяется как сближение законодательства государств-членов, направленное на установление идентичных механизмов правового регулирования в отдельных сферах, определенных Договором о ЕАЭС. Исходя из расставленных в Договоре приоритетов, основным механизмом интеграции в сфере права для госу-

дарств-членов будет гармонизация, в то время как унификация предполагается только в сферах, прямо определенных в Договоре о ЕАЭС.

В разделе XV Договора о ЕАЭС, а также в Протоколе о торговле услугами, учреждении, деятельности и осуществлении инвестиций (далее – Протокол № 16) определено регулирование торговли товарами, услугами и осуществление инвестиций. В данном случае устанавливается публично-правовое регулирование отношений государств-членов, но оно в условиях рыночных отношений адресовано непосредственно физическим и юридическим лицам, которые в своей деятельности будут им подчинены, ведя деятельность в любом из государств-членов.

При этом в Договор о ЕАЭС включены отдельные нормы, которые не коррелируют с национальным правом государств. Например, согласно п. 6 (24) Протокола № 16 в качестве одной из возможных форм учреждения субъектов экономической деятельности указывается открытие филиала, под которым понимается обособленное подразделение юридического лица, расположенное вне места его нахождения и осуществляющее все его функции или их часть, в том числе функции представительства. В то же время, белорусское гражданское законодательство не предусматривает возможность открытия на территории Республики Беларусь филиалов иностранных организаций, в том числе, и организаций государств-членов ЕАЭС. Применительно к деятельности представительств коммерческих иностранных организаций на территории Республики Беларусь, она может носить только подготовительный и вспомогательный характер (п. 8 Положения о порядке открытия и деятельности в Республике Беларусь представительств иностранных организаций, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30.05.2018 № 408). Данный пример служит доказательством необходимости гармонизации частноправовых норм корпоративного права государств-членов ЕАЭС.

По устоявшемуся в правовой доктрине мнению корпоративное право относится к сфере национального регулирования, чем и вызвано расхождение многих норм. Даже присутствие идентичных наименований организационно-правовых форм в разных государствах не означает идентичности их содержания. Это утверждение справедливо и для государств-членов ЕАЭС. Если первоначально после распада СССР их национальное корпоративное право характеризовалось общностью, обусловленной следованием положениям Модельного гражданского кодекса СНГ, принятого Межпарламентской Ассамблеей государств-участников СНГ 16 февраля 1996 года, то почти за 30 тридцатилетний период независимости, оно претерпело значительные изменения, обусловленные особенностями экономического и политического развития отдельных стран.

Наглядным примером здесь может служить проблема удовлетворения требований кредиторов ликвидируемого юридического лица, обеспеченных залогом его имущества. Согласно белорусскому законодательству

удовлетворение требований кредиторов по обязательствам, обеспеченным залогом имущества ликвидируемого юридического лица, производится в третью очередь, наряду с погашением задолженности по платежам в бюджет и государственные внебюджетные фонды (п. 1 ст. 60 ГК Республики Беларусь). В соответствии с гражданским законодательством Казахстана и Кыргызстана требования залоговых кредиторов также удовлетворяются в третью очередь, но перед платежами в бюджет и государственные внебюджетные фонды, которые отнесены к четвертой очереди погашения. По законодательству Армении требования залоговых кредиторов удовлетворяются в первую очередь, т.е. ранее всех других требований. Законодательство Российской Федерации требования залоговых кредиторов не относит к какой-либо очереди, однако предусматривает, что их требования удовлетворяются за счет средств, полученных от продажи предмета залога, преимущественно перед иными кредиторами, за исключением обязательств перед кредиторами первой и второй очереди, права требования по которым возникли до заключения соответствующего договора залога.

С признанием необходимости проведения гармонизации в рассматриваемой сфере возникает вопрос о ее пределах и основных направлениях. Так, некоторые авторы полагают, что необходимо унифицировать и гармонизировать не только корпоративные правоотношения, но и правоотношения, неразрывно связанные с ними. При этом предлагается гармонизировать законодательство, регулирующее правоотношения в сфере создания, деятельности, реорганизации и ликвидации корпораций для формирования единого правового пространства. Очевидно, что приоритетными направлениями гармонизации корпоративного права государств-членов ЕАЭС на данном этапе должны стать следующие направления. Во-первых, обеспечение транспарентности трансграничной деятельности компаний, в частности, гармонизация некоторых правил, касающихся порядка ведения и предоставления информации из национальных регистров государственной регистрации юридических лиц и создание в сети Интернет единого портала объединенных национальных регистров. Национальные регистры юридических лиц и индивидуальных предпринимателей функционируют во всех государствах-членах ЕАЭС, однако имеют разные названия, находятся в компетенции различных государственных органов, содержат разный перечень информации о юридическом лице, а также разный порядок и условия ее предоставления, в том числе разный перечень и объем информации, предоставляемой бесплатно. Функционирование единого рынка невозможно без предоставления участникам трансграничной деятельности возможности получения полной и своевременной информации о своих иностранных контрагентах. Трансграничной мобильности юридических лиц будет содействовать внедрение на региональном уровне института редомицилирования компаний и возможности трансграничной реорганизации юридических лиц в форме слияния, присоединения, разделения, выде-

ления. Под редомицилированием (редомициляцией) понимается изменение личного закона иностранного юридического лица без ликвидации юридического лица, т.е. без утраты его правосубъектности. В настоящее время такой институт закреплен только в национальном праве Армении (ст. 59.1–59.3 ГК Республики Армения). Он включает возможность редомициляции как иностранных юридических лиц в Республике Армения, так и юридических лиц Республики Армения в иностранных государствах. Несмотря на то, что подготовительные работы по гармонизации корпоративного права государств-членов ЕАЭС уже начаты, остается открытым вопрос о правовых инструментах гармонизации, которые могли бы быть отнесены к праву ЕАЭС (ст. 6 Договора о ЕАЭС).

Таким образом, в настоящее время еще нельзя утверждать, что наднациональное правовое регулирование международных частноправовых отношений в рамках ЕАЭС сложилось. Во многом это обусловлено тем, что у самого ЕАЭС и его органов (Высшего Евразийского экономического совета, Евразийского межправительственного совета и Евразийской экономической комиссии) не прописана компетенция по регулированию частноправовых, в том числе, корпоративных отношений. Учитывая данное обстоятельство, можно констатировать, что на сегодняшний день не только наиболее эффективным, но и наиболее легитимным инструментом гармонизации корпоративного права государств-членов ЕАЭС могут стать т.н. международные договоры в рамках ЕАЭС, заключаемые государствами-членами по вопросам правового регулирования корпоративных отношений. Очевидно, что при проведении работы по гармонизации законодательства государств-членов ЕАЭС следует использовать положительный опыт Европейского союза, с учетом особенностей евразийской экономической интеграции.

4. Регулирование трансграничного банкротства в странах Европейского Союза

До наступления эпохи глобализации банкротство или экономическая несостоятельность имело преимущественно национальный характер, т.е. финансовые потери несли, как правило, кредиторы одной страны, с которыми предприятие-банкрот не могло расплатиться. С появлением транснациональных компаний, массовым привлечением в экономику страны иностранных инвестиций у банкротства возникает иностранный элемент, который может выступать в качестве субъекта правоотношения (кредитор и должник имеют различную государственную принадлежность); объекта правоотношения (активы должника расположены на территории двух и более стран); юридического факта (в разных государствах могут быть возбуждены одновременные производства в отношении одного и того же должника).

В практике национальных судов и арбитражей сложились два основных принципа правового регулирования отношений, связанных с трансграничной несостоятельностью (банкротством): территориальный и универсальный. Территориальный принцип правового регулирования отношений, связанных с трансграничной несостоятельностью, положен в основу большинства национальных законов. Сущность данного принципа заключается в том, что в отношении одного лица в разных государствах могут быть открыты несколько процедур банкротства, которые регулируются национальным правом. В конкурсную массу при проведении процедуры банкротства включается только имущество должника, находящееся на территории этого государства. В то же время имущество банкрота, находящееся на территории иностранных государств, оказывается исключенным из конкурсной массы, предназначенной для погашения долгов.

При территориальном принципе правового регулирования трансграничной несостоятельности возникают параллельные производства в отношении одного субъекта в разных государствах, что создает проблему применения различного права. Как отмечал известный немецкий специалист по вопросам банкротства Марк Хоман (MarkHoman): управление процедурой банкротства в трансграничном деле с множественными производствами, возбужденными на территории нескольких стран по разным законам похоже на попытки играть в шахматы, когда фигуры должны двигаться согласно конфликтными правилами: по одним правилам фигура движется только по диагонали, по другим – по одной клетке, а по третьим – двигаться вообще запрещено. Результат нетрудно предсказать – играть в шахматы будет невозможно.

Универсальный принцип регулирования трансграничной несостоятельности осуществляется на основе единого производства, объединяющего все активы должника. При этом судебное решение и применимое право действуют на территориях других государств («один суд, одно право»). В этом видится несомненное преимущество этого принципа. Однако для того, чтобы принцип универсализма был реализован, необходимо тесное взаимодействие правовых систем государств, заключающееся в признании решений иностранных судов по трансграничной несостоятельности.

Трансграничному банкротству в Европейском Союзе уже давно уделяется самое пристальное внимание. Еще в 1960 г. по решению Европейской комиссии ЕС был создан и начал работать Комитет экспертов по банкротству. В рамках Совета Европы в 1990 году в Стамбуле была принята Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства (ЕТС №136), известная также как «Стамбульская конвенция». Однако названная Конвенция не вступила в силу, поскольку не набрала необходимого количества ратификаций государств.

Следующей попыткой кодификации трансграничного банкротства явилась Конвенция ЕС по международным аспектам несостоятельности,

подготовленная специальной рабочей группой в рамках ЕС и открытая для подписания 23 ноября 1995 г. Условием вступления в силу Конвенции была ратификация и подписание ее всеми государствами-членами ЕС до 23 мая 1996 г. В срок Конвенция была ратифицирована и подписана всеми членами ЕС, кроме Великобритании, у которой возникли разногласия с другими членами организации. В результате и Конвенция 1995 г. так же не вступила в силу.

После введение в действие 1 мая 1999 г. «Амстердамского договора», который вывел Европейский Союз на новый уровень интеграции, правовые вопросы, к которым относится трансграничное банкротство, начали регулироваться не межгосударственными соглашениями, а наднациональными директивами и регламентами ЕС. В связи с этим Германия и Финляндия в 2000 году инициировали рассмотрение Советом ЕС проекта Регламента процедур несостоятельности, который был единогласно принят Советом 29 мая 2000 г. и вступил в силу 31 мая 2002.

Регламент применялся к физическим и юридическим лицам, включая некоммерческие организации. Исключениями из действия Регламента было регулирование трансграничной несостоятельности страховых компаний, кредитных и инвестиционных учреждений.

Регламент процедур несостоятельности N1346/2000 фактически воспроизводил нормы Конвенции по международным аспектам несостоятельности 1995 г. Документ содержал положение о главной процедуре, которая открывалась там, где находится центр главных интересов должника. Таким центром, согласно европейским правилам, является место расположения главных органов управления должника.

Практика разрешения дел о несостоятельности субъектов Европейского союза продиктовала необходимость дальнейшего совершенствования Регламента. В результате 20 мая 2015 года Европейский парламент и Совет Европейского союза приняли Регламент (ЕС) 2015/848 «О процедурах несостоятельности» (новая редакция).

Редакция Регламента 2015 г. значительно более обширна по сфере регулирования трансграничной несостоятельности: она состоит из введения, в котором оговариваются все правовые аспекты действия Регламента и 92-х статей. Сфера регулирования Регламента осталась прежней: он подлежит применению к процедуре банкротства вне зависимости от того, является ли должник физическим или юридическим лицом, обладает он статусом предпринимателя или нет.

Регламент (ЕС) 2015/848 содержит положения, регулирующие подсудность судебных разбирательств о банкротстве и требований, которые вытекают непосредственно из процедур банкротства, также включает положения по признанию судебных решений. Новым в регулировании Регламента является процедуры, которые способствуют спасению неблагополучных в финансовом отношении, но экономически жизнеспособных

предприятий, которые дают им второй шанс. Учитывая направленность на сохранение жизнеспособных предприятий, регламент распространяется на процедуры реструктуризации обязательств должника на стадии, когда присутствует только вероятность наступления неплатежеспособности, а также на процедуры, которые позволяют должнику оставить все или часть активов под свой контролем.

Применимым правом к производству о банкротстве является право государства-члена ЕС, на территории которого проводится процедура банкротства. Право государства проведения процедуры банкротства определяет условия возбуждения такой процедуры, ее проведение и закрытие (ст.7 Регламента). В то же время ст. 33 Регламента содержит норму о публичном порядке: «Любое государство-член может отказать в возбуждении процедуры несостоятельности, открытой в другом государстве-члене или в исполнении судебного решения, вынесенного в ходе данной процедуры иностранным судом, если правовые последствия будут явным образом противоречить публичному порядку данного государства, в частности, ее фундаментальным принципам или конституционным правам человека и гражданина».

Регламент 2015 г. отменил действие двусторонних и многосторонних договоров, заключенных государствами-членами ЕС по вопросам, имеющим отношение к трансграничному банкротству. Всего отменено действие 29 двусторонних договоров между государствами-членами ЕС и Стамбульской конвенции 1990 года (ст. 85 Регламента). Регламент (ЕС) 2015/848 применяется с 26 июня 2017 года.

5. Национальное законодательство по регулированию трансграничного банкротства

В Республике Беларусь банкротство регулируется Законом от 13 июля 2012 года №415-З «Об экономической несостоятельности (банкротстве)» и Указом Президента Республики Беларусь от 5 февраля 2013 года №63 «О некоторых вопросах правового регулирования процедур экономической несостоятельности (банкротства)». Главным документом является Закон от 13 июля 2012 года, в котором не содержится специального регулирования, касающегося трансграничного банкротства. Однако ст.4 Закона регулирует вопросы соотношения законодательства об экономической несостоятельности (банкротстве) Республики Беларусь и норм международного права, а также признания на территории Республики Беларусь судебных актов иностранных государств по делам об экономической несостоятельности (банкротстве).

В части первой статьи установлен приоритет норм международного договора с участием Республики Беларусь в отношении правил, содержащихся в Законе. В части второй установлено: «К отношениям, регулируемым настоящим Законом, в которых в качестве кредиторов участвуют ино-

странные лица, применяются положения настоящего Закона, если иное не установлено международным договором Республики Беларусь».

В соответствии с частью третьей ст. 4 Закона 2012 года решения судов иностранных государств по делам об экономической несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Республики Беларусь в соответствии с международными договорами Республики Беларусь.

При отсутствии международных договоров Республики Беларусь с иностранными государствами, касающихся экономической несостоятельности (банкротства), судебные акты иностранных государств по таким делам признаются на территории Республики Беларусь на основе принципа взаимности и иных норм международного права, действующих для Республики Беларусь.

Подсудность дел о банкротстве в Республике Беларусь должна определяться в соответствии со ст. 51 ХПК – по месту нахождения должника.

В постсоветской истории России последовательно принимались три закона о банкротстве. Закон РФ от 19 ноября 1992 года №3929-1 «О несостоятельности (банкротстве) предприятий» стал первым законом, установившим основания и порядок признания лица банкротом, порядок осуществления конкурсного производства, определившим очередность удовлетворения требований кредиторов, порядок ликвидации предприятий.

Следующим актом явился Федеральный закон от 08.01.1998 года №6-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)», где был расширен круг лиц, которые могли быть признаны банкротами. Названный закон, в отличие от первого, содержал главу об особенностях рассмотрения дел о банкротстве.

Третьим по счету в новейшей истории России стал Федеральный закон от 26.10.2002 года №127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)». С 1 июля 2018 года Закон о банкротстве действует в новой редакции. Существенное значение в практике применения положений Закона о банкротстве имеют разъяснения Высшего Арбитражного Суда РФ. Последнее по времени – Постановление Пленума ВАС РФ от 06.12.2013 года № 88 «О начислении и уплате процентов по требованиям кредиторов при банкротстве».

Трансграничные банкротства в Федеральном законе 2002 года, как и в белорусском законе, практически также специально не урегулированы: есть лишь фрагментарные упоминания трансграничного банкротства в ряде статей. В п.4 ст.1 установлен приоритет международных договоров Российской Федерации над нормами Федерального закона о банкротстве. Пунктом 5 этой же статьи предусмотрено применение к отношениям с участием иностранных лиц в качестве кредиторов положений Федерального закона, если иное не предусмотрено международным договором Российской Федерации. Решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами Российской Федера-

ции, а при отсутствии таких договоров решения иностранных судов признаются на началах взаимности, если иное не предусмотрено Федеральным законом (п.6 ст.1). Следует отметить полное совпадение норм ст.1 Федерального закона и ст.4 Закона Республики Беларусь от 13 июля 2012 года №415-З «Об экономической несостоятельности (банкротстве)» применительно к регулированию отношений с участием иностранных лиц, приоритету норм международных договоров и признанию решений иностранных государств по делам о банкротстве.

С 1 октября 2015 года в Российской Федерации стало возможно банкротство физических лиц. В связи с этим было принято Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 13.10.2015 N 45 "О некоторых вопросах, связанных с введением в действие процедур, применяемых в делах о несостоятельности (банкротстве) граждан". В Постановлении разъясняется, что инициировать процедуру банкротства гражданина может: а) сам гражданин; б) любой из кредиторов гражданина; в) уполномоченные государственные органы (ФНС, ФТС).

В 2011 году Министерство экономического развития РФ разработало законопроект о трансграничной несостоятельности, но он не был внесен в Государственную Думу и на настоящий момент снят с повестки дня.

В США 20 апреля 2005 года в Кодекс о банкротствах 1978 года была включена новая Глава 15 «Вспомогательные и иные трансграничные процедуры». Данная глава принята на основе Типового Закона «О трансграничной несостоятельности» 1997 г., рекомендованного комиссией ООН по Международному торговому праву (ЮНСИТРАЛ). В результате принятия Главы 15 американское регулирование трансграничных отношений координируется с практикой других государств, принявших Типовой закон 1997 года за основу своего внутреннего законодательства о трансграничной несостоятельности.

Ранее в США процедуры трансграничной несостоятельности регулировались параграфом 304 Кодекса о банкротствах. Указанная норма была неполной и не могла внести ясность в отношения субъектов трансграничной несостоятельности. Участвовавшие в последние годы случаи трансграничных банкротств, в основном, регулировались правоприменительной практикой американских судов, которая стала основой при составлении положений Главы 15.

Основным инструментом, применяемым судами США ранее, были так называемые протоколы о трансграничных банкротствах. Суть этого подхода заключалась в прямом контакте судов США с судами других государств и определении комплекса мер, осуществляемых для реализации процедуры трансграничного банкротства, путем подписания двусторонних протоколов. Такая практика, в наибольшей степени сложилась с государствами, географически, расположенными по соседству с США (Канада, Мексика),

что было обусловлено тесными экономическими отношениями и стремлением сторон к поиску взаимоприемлемого решения.

Цель Главы 15 – обеспечить эффективный механизм регулирования процедур несостоятельности, в которые вовлечены кредиторы, дебиторы, активы, заявители и другие лица, находящиеся в различных государствах.

Ее реализации служат пять задекларированных в главе принципов, которые практически полностью соответствуют пяти целям, изложенным в преамбуле Типового закона 1997 года. В основе Главы 15 лежит порядок признания процедур несостоятельности, открытых в других государствах, и осуществления комплекса вспомогательных мероприятий на территории США.

В соответствии с новыми положениями, имплементирующими нормы Типового закона, основная процедура трансграничной несостоятельности может быть открыта в государстве, где располагается «центр основных интересов должника». Соответственно, вспомогательная процедура открывается по местонахождению его представительства или нахождения отдельного имущества.

Иностранные представители могут обратиться в суды США с целью признания процедур банкротства, возбужденных в других государствах. Обращение осуществляется путем подачи в суд заявления о признании иностранной процедуры. К заявлению должны быть приложены доказательства возбуждения основной процедуры в другом государстве, и документы, свидетельствующие о назначении уполномоченного лица (применительно к Республике Беларусь таковым является кризисный управляющий). После проведения слушаний по заявлению, суд принимает решение о признании процедуры, возбужденной в другом государстве. В установленных случаях суд может отказать в таком признании.

Глава 15 Кодекса о банкротствах 1978 года обязывает Суды США и управляющих сотрудничать с иностранным представителем и запрещает дискриминацию иностранных кредиторов (за исключением требований некоторых государств по налогам, которые могут быть урегулированы отдельными соглашениями). Судам США предоставляется право прямого обращения в суды других государств минуя процедуры, установленные для других категорий судебных дел. В данном случае, суд США может напрямую обращаться в экономический суд Республики Беларусь с запросами, поручениями и иными просьбами, т.е. процедура взаимодействия максимально упрощается. В случаях когда, основная процедура трансграничного банкротства открыта в другом государстве, вспомогательная процедура в США ограничивается активами, расположенными на территории Соединенных Штатов и не может затрагивать имущества должника, находящегося в других государствах. В отличие от Главы 15, ранее действовавший параграф 304 Кодекса о банкротстве не ограничивал компетенцию американского суда наличием имущества должника на территории США.

Это положение американского закона пыталось использовать руководство российской компании «ЮКОС», подав иск о банкротстве в Федеральный суд по банкротствам в Хьюстоне в США в декабре 2004 года (подробнее о банкротстве НК «ЮКОС» в § 4).

Подводя итог, следует отметить, что отсутствие в законодательстве Республики Беларусь специального регулирования трансграничного банкротства является серьезным правовым пробелом. Потребность в таком регулировании уже существует и будет все более востребована в силу объективных причин, связанных с общим процессом глобализации экономики. В качестве правовой основы белорусского закона о трансграничном банкротстве следует взять, на наш взгляд, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 года как наиболее признанный в мире универсальный акт, устанавливающий важнейшие принципы осуществления международного банкротства и взаимодействия правовых систем государств в этом процессе.

ГЛАВА 4

Коллизионные нормы в современных интеграционных процессах

1. Коллизионные нормы как основной путь определения применимого права в интеграционных правоотношениях

В частноправовых отношениях с участием представителей разных государств главной проблемой является выбор применимого права, поскольку каждая сторона, вполне естественно, настаивает на применении своего права как наиболее приемлемого для нее. Ситуацию, когда на регулирование правоотношения регулирует по крайней мере две правовые системы, принято называть правовой коллизией (от лат. *Collisio* – столкновение).

Преодолеть коллизию правовых систем возможно путем формулирования специальных норм, которые помогают выбрать право одной страны для разрешения конкретного правоотношения. Такие специальные нормы, позволяющие избрать применимое право, получили названия коллизионных. Название не совсем удачное, поскольку коллизионные нормы на самом деле не «сталкивают», а разводят правовые системы и в этом плане им бы больше подошло название «разводящие» или «антиколлизионные», но в правовой науке существует единство терминологии, поэтому мы будем применять устоявшееся название.

Коллизионные нормы – это нормы, которые не разрешают правоотношения с наличием иностранного элемента, а только указывают, право какой страны должно быть применено к правоотношению. Они выполняют в разрешении правоотношения вспомогательную роль, что характеризует их как процессуальные нормы.

По своей структуре коллизионная норма состоит из двух частей, которые принято называть *объемом* и *привязкой*. Объем – это вид, требующего регулирования правоотношения с иностранным элементом. Привязка – часть коллизионной нормы, указывающая на то, право какой страны должно применяться к данному виду правоотношения. Если соотнести строение коллизионной нормы с общим строением правовой нормы, рассматриваемой в теории права, то объем соответствует гипотезе, а привязка – диспозиции.

Возьмем для примера п. 1 ст. 1118 Гражданского кодекса Республики Беларусь, в котором установлено: «Исковая давность определяется по праву страны, применяемому для регулирования соответствующего правоотношения». Объем этой нормы – исковая давность, т.е. время, в течение которого следует заявлять иск по поводу нарушения определенного права. Привязка – право страны, применяемое для регулирования соответствующего правоотношения.

Объем коллизионной нормы, т.е. характер регулируемого правоотношения, обычно не вызывает никаких сложностей. Вся специфика и сложность коллизионной нормы заключается в привязке, поскольку только от нее зависит правильность выбора применимого права.

За время существования международного частного права сложились определенные виды коллизионных привязок, которые также называют формулами прикрепления. Вид коллизионной привязки – это устойчивое, повторяющееся соответствие между характером правоотношения и применимым для его регулирования правом. Устойчивость и повторяемость соответствия между характером правоотношения и применимым к его регулированию правом дают основания называть вид коллизионной привязки законом, что и присутствует в их названиях. Виды коллизионных привязок в международном частном праве имеют также латинское обозначение.

Классическими коллизионными привязками, сложившимися в международном частном праве большинства государств, являются следующие:

1) личный закон физического лица (*lex personalis*). Его вариантами будут закон гражданства (*lex patriae*) и закон места жительства (*lex domicilia*). Применяется для регулирования отношений с участием иностранных граждан и лиц без гражданства;

2) личный закон юридического лица (*lex societatis*). Он определяет государственную, национальную принадлежность юридического лица, которая может определяться по месту учреждения юридического лица, месту нахождения руководящего органа, месту деятельности лица, действительной принадлежностью активов юридического лица;

3) закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*). Применяется для определения права собственности и иных вещных прав в отношении движимого и недвижимого имущества;

4) закон, избранный сторонами (*lex voluntatis*). Стороны имеют право на выбор по своей воле и в своих интересах применимого права. Это одно

из фундаментальных начал международного частного права, приобретшее в последнее время значение принципа;

5) закон места совершения акта (*lex loci actus*). Вариантами этой привязки выступают закон места совершения договора (*lex loci contractus*), закон места исполнения обязательств (*lex loci solutionis*). Применяется для определения формы договора, сроков действия доверенности, действия и исполнения обязательств;

6) закон места заключения брака (*lex loci celebrationis*). Определяет форму заключения брака, в некоторых странах условия заключения и действительность брака;

7) закон места причинения вреда (*lex loci delicti*). Требуется применения к правоотношению, возникающему в связи с причинением вреда, права страны, где причинен вред;

8) закон страны продавца (*lex loci venditoris*). В договоре купли-продажи требует применения права государства, которое представляет продавец;

9) закон наиболее тесной связи (*Proper Law*). Требуется применения права той страны, с которой данное правоотношение наиболее тесно связано. В настоящее время превратился в один из ведущих коллизионных принципов международного частного права;

10) закон флага (*lex flagi*). Определяет применение права страны к правоотношениям, связанным с морскими или воздушными перевозками, страны принадлежности морского или воздушного судна;

11) закон места работы (*lex loci laboris*). Требуется применения права страны, где осуществляется трудовая деятельность лица;

12) закон места истребования охраны прав «*lex loci protectionis*». Устанавливает применение права страны, в судебный орган которой истец обращается за защитой нарушенного права;

13) закон суда (*lex fori*). Всегда определяет форму процессуального производства, а при невозможности установить содержание иностранного права (при условии согласия сторон) может применяться и материальное право суда, разрешающего правоотношение.

Возможно применение и других коллизионных привязок.

Лучшему пониманию сущности и предназначения коллизионных норм способствует их классификация. Различные основания классификации дают возможность характеризовать коллизионные нормы с разных сторон.

Коллизионные нормы принято классифицировать по следующим основаниям: 1) происхождению; 2) характеру действия; 3) количеству правовых систем, на которые указывают; 4) числу привязок, содержащихся в норме.

По происхождению коллизионные нормы делятся на национальные, определенные в праве государства, и международные, установленные договорами, унифицирующими нормы международного частного права.

По характеру действия коллизионные нормы делятся на императивные и диспозитивные. Императивные коллизионные нормы обязательны для сторон, которые не могут от них отступить. Например, п. 1 ст. 1132 ГК Республики Беларусь содержит такую императивную норму: «К правам на интеллектуальную собственность применяется право страны, где испрашивается защита этих прав». Данная императивная норма белорусского права устанавливает обязательность применения к охране интеллектуальной собственности права той страны, где подается иск о защите этих прав.

Диспозитивные нормы содержат коллизионную привязку, предлагающую применимое право, но вместе с тем стороны могут отступить от предлагаемой нормы, заменив ее нормой по договоренности. Например, ст. 1120 ГК Республики Беларусь гласит: «Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество, являющееся предметом сделки, определяется по праву места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон». Коллизионная норма, рекомендуемая законодателем, – «определяется по праву места совершения сделки» – может быть заменена иной нормой по соглашению сторон.

По количеству правовых систем, на которые указывают коллизионные нормы, они могут быть односторонние и двусторонние. Односторонние нормы указывают на применение права только одной страны, как правило, это национальное право данного государства. Примером может быть ст. 1107 ГК Республики Беларусь: «Регистрация актов гражданского состояния граждан Республики Беларусь, проживающих вне пределов Республики Беларусь, осуществляется в консульских учреждениях Республики Беларусь. При этом применяются законы и иные акты законодательства Республики Беларусь».

Двусторонние коллизионные нормы указывают на возможность применения к правоотношению неограниченного количества правовых систем. Например, ст. 1115 ГК Республики Беларусь: «К личным неимущественным правам применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о защите таких прав». В данном случае возможно применение права любого государства в зависимости от того, где произошло нарушение личных неимущественных прав и испрашивается их защита.

По числу привязок коллизионные нормы могут быть однозначными, где содержится одна привязка (односторонняя или двусторонняя), и сложными.

Сложные коллизионные нормы, в свою очередь, содержат альтернативные, множественные и кумулятивные привязки.

Примером альтернативной коллизионной нормы могут быть все диспозитивные коллизионные нормы, а также нормы, где возможен выбор

применимого права из двух вариантов. Например, п. 1 ст. 1123 ГК Республики Беларусь: «К защите права собственности и иных вещных прав применяется по выбору заявителя право страны, где находится имущество, или право страны суда».

Множественность привязок присутствует при трех и более возможных привязках в норме, например, ст. 1130 ГК Республики Беларусь: «К требованию о возмещении ущерба, возникшего у потребителя в связи с покупкой товара или оказанием услуги, по выбору потребителя применяется право страны, где:

- 1) находится место жительства потребителя;
- 2) находится место жительства или место нахождения производителя или лица, оказавшего услугу;
- 3) потребитель приобрел товар или ему была оказана услуга».

Кумулятивные коллизионные нормы (от лат. *cumulatio* – скопление) содержат привязки, совмещающие разные коллизионные решения, где имеется общее (генеральное) правило и здесь же приводится исключение из него в качестве дополнительной (субсидиарной) привязки. Примером может служить ст. 1117 ГК Республики Беларусь: «Форма и срок действия доверенности определяются по праву страны, где выдана доверенность. Однако доверенность не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если последняя удовлетворяет требованиям права Республики Беларусь». Общая, генеральная норма определяет форму и срок действия доверенности по праву страны, где она выдана. Дополнительная, субсидиарная норма позволяет признавать действующей доверенность, выданную в другом государстве, если она в отношении формы соответствует законодательству Республики Беларусь.

При отсылке коллизионной нормы к праву определенной страны может возникнуть дополнительная сложность, обусловленная федеративным устройством государства и наличием в нем множественности правовых систем в субъектах федерации. Так, например, в США все штаты имеют собственное гражданское законодательство. В этом случае возникает проблема определения применимого права. Ее разрешению посвящена ст. 1101 ГК Республики Беларусь: «В случаях, когда подлежит применению право страны, в которой действуют несколько территориальных или иных правовых систем, применяется правовая система в соответствии с правом этой страны».

Аналогичная по предмету регулирования ст. 1188 Гражданского кодекса Российской Федерации несколько шире по содержанию. Она включает дополнительную кумулятивную норму, относящуюся к ситуации, когда невозможно определить, какая из правовых систем подлежит применению. В этом случае применяется правовая система, с которой данное правоотношение наиболее тесно связано.

На практике применимое право в правоотношении с иностранным элементом может определяться не только в отношении определенного гос-

ударства, но и в отношении лиц и времени, когда произошло правоотношение. Право, действующее в отношении лиц, принято называть интерперсональным правом. Согласно этому праву в европейских странах определяются условия вступления в брак для иностранцев в другой стране. Право на вступление в брак определяется личным законом лица, вступающего в брак. Например, согласно ст. 22 Семейного кодекса Украины, брачный возраст для женщины устанавливается в семнадцать, а для мужчины – в восемнадцать лет. В соответствии с этой нормой гражданка Украины может вступать в брак в другом государстве в семнадцать лет, несмотря на то, что общий возраст вступления в брак в этом государстве может быть выше.

Право, действующее в отношении времени возникновения, существования или прекращения правоотношения, называется интертемпоральным. Согласно ему определяется право, действовавшее в то или иное время в государстве или на определенной территории применительно к правоотношению. Согласно интертемпоральному праву определяется и начало, а также прекращение действия правовых актов, регулирующих то или иное правоотношение. При этом всегда применяется принцип, не допускающий обратного действия закона во времени.

2. Универсальные коллизионные привязки

1. Коллизионные привязки, рассмотренные выше, относятся к так называемым классическим коллизионным привязкам, которые сложились еще в XIX веке. В последние десятилетия в международном частном праве появились тенденции к изменению подходов в определении применимых коллизионных привязок. Суть изменений состоит в замене классических коллизионных привязок немногочисленными принципами определения применимого права или универсальными коллизионными привязками, известными также под названием гибких коллизионных привязок.

Одной из первых на этот тренд указала российский автор Е.В. Кабатова: «На наш взгляд, современное состояние международного частного права дает основание говорить о постоянном снижении роли многочисленных коллизионных привязок – к месту совершения акта, месту нахождения стороны, месту нахождения объекта, месту наступления последствий – и замене их небольшим числом основных принципов, которые будут направлять поиски суда в нахождении применимого права. К таким принципам можно отнести действующие сегодня принципы нахождения наиболее тесной связи правоотношения с конкретным правопорядком, нахождения наиболее благоприятного правопорядка, учет императивных норм страны суда и третьей страны»⁴.

⁴Кабатова, Е.П. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве / Е.П. Кабатова // Международное частное право. Современная практика / под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. – М., 2000. – С.9.

К универсальным коллизионным привязкам, на наш взгляд, следует отнести: 1) право, избранное сторонами правоотношения; 2) право, наиболее тесно связанное с правоотношением, определяемое правоприменительным органом на основе ряда критериев; 3) наиболее благоприятное право для «слабой» стороны правоотношения (потерпевший, несовершеннолетний, работник в трудовых отношениях).

2. Возможность избирать применимое право для участников правоотношения существовала в международном частном праве с момента его возникновения, и была сформулирована как классическая привязка – закон воли сторон. Однако в применении этой универсальной коллизионной привязки имеются объективные и субъективные ограничения. Объективные ограничения заключаются в невозможности сторон по своему усмотрению избирать применимое право в силу норм, установленных государством. Так, к правоотношениям, объектом которых является недвижимость, всегда будет применяться право страны, где она находится. Субъективные ограничения связаны с волей самих участников, поскольку, исходя из личных устремлений, они, не имея публично-правовых препятствий к избранию применимого права, в большинстве случаев не могут договориться о том, какое право они солидарно желали бы применить к конкретному правоотношению.

3. Закон наиболее тесной связи правоотношения (*proper law*) возник из прецедента дела Бэбкок против Джонсона, рассмотренного в 1962 году Апелляционным судом штата Нью-Йорк.

Суть дела состояла в следующем. Супруги Джонсоны, проживавшие в штате Нью-Йорк, отправились на выходные в Канаду, взяв в попутчицы свою знакомую Бэбкок. По дороге в провинции Онтарио машина попала в аварию, в результате которой Бэбкок получила серьезные увечья. Считая, что авария произошла по небрежности водителя, Бэбкок предъявила иск Джонсону в штате Нью-Йорк. Дело осложнилось тем, что, исходя из законодательства провинции Онтарио, собственник или водитель автомобиля освобождается от ответственности за ущерб, причиненный здоровью «гостя в экипаже». Право штата Нью-Йорк, наоборот, такую ответственность предусматривало. Согласно действовавшему на тот момент правилу, суд должен был применить привязку «места совершения деликта» (*lex loci delicti*), но он не пошел по этому пути, а применив ряд обоснований (место начала поездки и предполагаемого возвращения, место регистрации и страхования автомобиля, место постоянного жительства деликвента и потерпевшей), суд пришел к заключению, что именно штат Нью-Йорк наиболее «заинтересован» в этом деле, и применил его законодательство.

Поскольку США – страна прецедентного права, этот прецедент закрепился в правовой системе страны. Во втором Своде законов о конфликте законов, изданном в 1971 году в США, было закреплено правило, отсы-

лавшее к праву штата, которое наиболее тесным образом связано с правоотношением и со сторонами.

В настоящее время данная универсальная коллизионная привязка получила широкое признание не только в США, но и ряде европейских государств.

4. Применение универсальной коллизионной привязки, требующей наиболее благоприятного права для «слабой» стороны правоотношения, связано с гуманизацией международного частного права. Привязка актуальна при определении размера возмещения материальной компенсации потерпевшей стороне в правоотношениях, связанных с причинением вреда. Она предусматривает возмещение максимальной компенсации потерпевшему, если у суда имеется возможность выбора применимого права из нескольких правовых систем. Также эта привязка должна применяться, если при разрешении правоотношения требуется защитить интересы несовершеннолетнего или работника при разрешении трудового спора с нанимателем.

5. В европейском частном праве определенность коллизионных норм считается более важной ценностью, нежели их гибкость. Именно поэтому в данной системе права предпочтение отдается закону как основному источнику, что, в свою очередь, способствует тенденции к кодификации коллизионных норм. Как полагают европейские коллизионисты, применение определенных коллизионных формул с жесткими привязками за редким исключением не должно вести к несправедливым результатам. В тех же случаях, когда европейским странам не удается достичь консенсуса по каким-либо конкретным вопросам коллизионного права, законодатель временно оставляет эти вопросы на усмотрение доктрины и судей. Так, например, когда европейским странам не удалось прийти к единству мнений относительно коллизионных норм в сфере деликтного права, им пришлось ограничиться кодификацией в Римской конвенции 1980 года лишь норм в области договорного права. Вместе с тем европейские коллизионисты осознают, что не во всех областях права целесообразно создание жестких коллизионных привязок. Например, европейцы предпочитают гибкие подходы в выборе права в международных контрактах. Европейские юристы стремятся к минимизации неопределенности коллизионных норм с помощью кодификации в законодательстве общих принципов и понятий МЧП.

3. Коллизионный и материально-правовой методы регулирования в международном частном праве

1. Коллизионные нормы определенного государства в своей совокупности образуют подсистему международного частного права, известную как коллизионное право. Использование коллизионной нормы при регулировании правоотношения свидетельствует об обращении к коллизионному методу регулирования. При этом коллизионная норма выполняет не просто вспомогательную, справочную функцию по отношению к регулируемому правоотношению, что позволяет разрешить коллизионную проблему. В со-

временной доктрине и практике международного частного права утвердилась мысль, что коллизионная норма не должна отрываться от результата регулирования. В частности, коллизионная норма должна быть ориентирована на социальный результат в соответствии с общим принципом справедливости.

На достижение социального эффекта направлено применение более благоприятного права для «слабой» стороны. Примером может служить п. 3 ст. 1109 Гражданского кодекса Республики Беларусь: «Правоотношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако если лицо, находящееся под опекой (попечительством), проживает в Республике Беларусь, применяется право Республики Беларусь, если оно более благоприятно для этого лица».

2. В российской доктрине международного частного права утвердилось мнение, что коллизионная норма отсылает не к отдельной, изолированной иностранной материальной норме, а иностранной правовой системе в целом. На это обстоятельство обращал внимание в свое время известный советский юрист Л.А. Лунц: «В случаях отношений с иностранным элементом коллидируют не отдельные нормы разных государств, а их правовые системы»⁵.

Несмотря на длительную историю существования, общепризнанность и распространенность, коллизионный метод имеет два основных недостатка. Во-первых, существует сложность применения для судов и иных государственных органов иностранного права, применение которого может потребовать коллизионная норма, по причине необходимости установить содержание иностранного права и применить его в соответствии с официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Во-вторых, применение коллизионного метода не обеспечивает единообразия решения конфликтных ситуаций, поскольку материальные нормы в государствах не совпадают и результат разрешения правоотношения может быть различным в зависимости от применимого права.

3. Сложности и противоречивости коллизионного метода лишен материально-правовой метод. Его сущность состоит в непосредственном применении материально-правовых норм без обращения к коллизионным нормам. К материально-правовым нормам, применяемым в международном частном праве, относятся два вида норм: императивные нормы государства (подробнее о них в §7) и унифицированные нормы, содержащиеся в международных договорах, в которых участвует государство.

Императивные нормы – это строго обязательные нормы национального права, призванные защищать в международном частном праве государ-

⁵Лунц, Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. / Л.А. Лунц. – М., 2002. – С.157.

ственные интересы. В случае применения императивных норм возможность применения коллизионных норм даже не рассматривается.

4. Международные договоры как источники регулирования правоотношений в международном частном праве начали заключаться в конце XIX века. Первыми универсальными договорами были Парижская конвенция по охране промышленной собственности (1883 г.) и Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений (1886 г.). Как уже отмечалось, международные договоры составляют один из видов источников в международном частном праве (гл. 2 § 4). Применение унифицированных материально-правовых норм, содержащихся в международных договорах, позволяет непосредственно, напрямую разрешать правоотношение (отсюда другое название этого метода – прямой). Этим достигается единообразное регулирование правоотношений, чего невозможно достичь при использовании коллизионных норм. Еще одно преимущество этого метода состоит в том, что стороны заранее знают содержание норм международных договоров и, соответственно, могут предполагать результат их применения.

Нормы международных договоров могут применяться в правоотношениях с иностранным элементом в следующих случаях:

1) если обе стороны правоотношения принадлежат к государствам-участникам договора;

2) если стороны, не принадлежащие к государствам-участникам, избрали международный договор в качестве применимого права (вариантом может быть ситуация, когда одна сторона принадлежит, а вторая не принадлежит к договору), исходя из свободы воли сторон (*lex voluntatis*);

3) если, согласно нормам международного частного права, применимо право государства-участника договора.

Последний случай можно пояснить таким примером. Белорусская фирма заключила договор на поставку товаров в Туркменистан с коммерческой фирмой этой страны. В договоре не указано применимое право в случае возникновения спорных правоотношений. Если возникнет необходимость урегулирования споров в суде или арбитраже, должно применяться право страны продавца, исходя из привязки (*lex venditoris*). Однако белорусским правом в данном случае на основе ст. 6 ГК является Конвенция о международной купле-продаже товаров 1980 года, поскольку Республика Беларусь – участница этой Конвенции. Следовательно, в приведенном случае к регулированию правоотношений сторон должна применяться Конвенция о международной купле-продаже товаров 1980 года.

Применение участниками для регулирования их правоотношений торговых терминов Инкотермс, Принципов международных коммерческих договоров 2010 года, Унифицированных правил и обычаев для документарных аккредитивов 2006 года, Унифицированных правил по инкассо 1996 года также будет относиться к материально-правовому методу.

В то же время материально-правовой метод не в состоянии полностью заменить коллизионный, поскольку он не охватывает всех правоотношений в международном частном праве. В таких сферах, как брачно-семейное право, наследственное право, создание единообразных норм пока не представляется возможным по причине больших расхождений права государств в регулировании этих правоотношений. Сдерживает развитие материально-правового метода и ограниченное количество государств, которые участвуют в договорах, относящихся к международному частному праву. Часто государства не желают связывать себя какими-либо обязательствами в сфере гражданско-правовых отношений и не участвуют в конвенциях, унифицирующих нормы международного частного права и международного гражданского процесса.

Таким образом, в международном частном праве применяются два метода регулирования – коллизионный и материально-правовой. Если к правоотношению возможно применение императивных норм или норм международных договоров, то применяются они. Если нет императивных или договорных норм – применяются коллизионные нормы. Возможно и комбинированное применение двух методов. Например, в случае пробела, образующегося при унификации материально-правовых норм, коллизионный метод используется в качестве субсидиарного, позволяющего определить, право какого государства должно быть применено в дополнение к унифицированным правовым нормам.

4. Обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны

1. Проблема обратной отсылки возникает в ситуации, когда коллизионная норма отсылает к праву другой страны, и эта отсылка попадает на такую же коллизионную норму иностранного государства, которая, в свою очередь, отсылает ее обратно или к праву третьей страны.

Возникновение этой проблемы связывают с делом Франца Форго, рассмотренным кассационным судом во Франции в 1878 году.

Фабула дела заключалась в споре о наследовании банковских вкладов, оставшихся после смерти Ф. Форго, последовавшей во Франции. По французскому праву на наследование претендовало государство, поскольку прямых наследников у наследодателя не было. По праву Баварии, подданым которой был Форго несмотря на то, что он большую часть жизни прожил во Франции, наследство должно было перейти к его дальним родственникам.

Кассационный суд применил коллизионную норму французского права, основанную на «домицилии происхождения» наследодателя, который у него сохранился, и им являлось право Баварии. Далее суд должен был бы применить материальное право Баварии и вынести решение в пользу наследников Форго. Но суд не пошел по этому пути, а применил коллизионную норму баварского права, согласно которой в отношении наследова-

ния движимого имущества необходимо применять закон страны domicile наследодателя, которым было французское право. Таким образом, французский кассационный суд, оставаясь в правовом поле, использовал коллизионную норму права Баварии, вынес решение в пользу своего государства. Это стало возможным в результате применения обратной отсылки по схеме: французское коллизионное право – коллизионное право Баварии – французское материальное право.

2. Отношение к обратной отсылке в правовых системах государств отличается разнообразием. Федеральный Закон Швейцарии «О международном частном праве» (1987 г.) предусматривает принятие обратной отсылки в вопросах личного или семейного характера. Федеральный Закон Австрии «О международном частном праве» (1978 г.) включает в отсылку к иностранному правопорядку и его коллизионные нормы. Отсылка к праву третьей страны в этом законе ограничивается правопорядком, «который в свою очередь никуда не отправляет или же соответственно на который впервые ссылаются путем обратной отсылки»⁶.

В некоторых странах возобладало отрицательное отношение к обратной отсылке. К таким странам относятся Греция, Италия, Дания, Бразилия. Исключает обратную отсылку и Регламент ЕС о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам, «Рим I», в котором в ст. 20 установлено: «Применение указанного настоящим Регламентом права любой страны означает применение норм права, действующих в этой стране, за исключением норм ее международного частного права, если иное не предусмотрено настоящим Регламентом».

В советском частном праве не допускалось применения обратной отсылки при разрешении внешнеторговых споров. Примером может служить спор, рассмотренный Внешнеторговой арбитражной комиссией (предшественница МКАС) в 1967 году. Спор возник по поводу проката советского фильма «Спящая красавица» в Великобритании. Ответчик (в/о «Совэкс-портфильм») настаивал на применении к спору советского права в силу действия коллизионных норм английского права. Однако арбитраж отверг этот довод, указав в решении: «Как бы ни решался этот вопрос по английскому коллизионному праву, принятие обратной отсылки во всяком случае зависит от советского коллизионного права»⁷. Действовавшее на тот момент право в СССР не допускало применения обратной отсылки при разрешении споров по внешнеторговым сделкам.

В советском международном частном праве существовало положительное отношение к обратной отсылке, но в условиях отсутствия практического применения иностранного права это не имело существенного значения. Отрицательное отношение к обратной отсылке закрепилось в со-

⁶ Международное частное право: сборник нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – 3-е изд., перераб. и доп. – М., 2006. – С.8.

⁷ Арбитражная практика. Часть V. – М., 1975. – С.129-146.

временном российском праве. Главный довод противников обратной отсылки состоит в том, что коллизионная норма уже выбрала применимое право и этот выбор имеет смысл лишь в том случае, если отсылка следует к материально-правовым нормам другой страны. Эта позиция получила закрепление в Модельном гражданском кодексе для стран СНГ.

3. В Гражданском кодексе Республики Беларусь ст. 1096, регулирующая применение обратной отсылки, сформулирована следующим образом:

«1. Любая отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами настоящего раздела, кроме случаев, предусмотренных настоящей статьей, должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не коллизионному праву соответствующей страны.

2. Обратная отсылка к праву Республики Беларусь и отсылка к праву третьей страны применяются в случаях применения иностранного права согласно ст. 1103, п.п. 1, 3, 5 ст. 1104, ст.ст. 1106 и 1109 настоящего Кодекса».

В данном случае, указав, что отсылка к иностранному праву должна рассматриваться как отсылка к материальному праву, законодатель снимает проблему обратной отсылки, решая вопрос в пользу применения материальных норм иностранного права.

Исчерпывающий перечень ситуаций, когда возможна обратная отсылка к праву Республики Беларусь или праву третьей страны, ограничен следующими случаями: 1) определение личного закона физического лица (ст. 1103); 2) определение право- и дееспособности физического лица (п. 4 ст. 1104); 3) установление дееспособности физического лица в отношении сделок и причинения вреда в Республике Беларусь (п. 3 ст. 1104); 4) признание физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным (п. 5 ст. 1104); 5) осуществление права физического лица на имя, его использование и защиту (ст. 1106); 6) установление опеки и попечительства (ст. 1109).

Таким образом, принятие обратной отсылки в законодательстве Республики Беларусь возможно только в узкой сфере, определяющей правовое положение иностранного физического лица.

Негативное отношение к обратной отсылке закреплено и в Законе Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» от 9 июля 1999 года, о чем свидетельствует ч. 1 ст. 36: «Любое указание на право или систему права какого-либо государства должно толковаться как непосредственная отсылка к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам». Эта норма соответствует ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 года, на основе которого разрабатывался белорусский закон. Следует отметить, что в сфере договорных обязательств международного характера обратная отсылка не применяется практически ни в одной стране, поскольку в этой сфере действует принцип автономии воли сторон (*lex voluntatis*), а приме-

нение обратной отсылки может привести к тому праву, которое стороны не избрали в качестве регулятора отношений.

4. Если оценивать отрицательное отношение к обратной отсылке, закрепившееся в белорусском праве, нужно признать, что эта позиция ведет к тупиковой ситуации, когда суд или арбитраж не могут определить применимое право, необходимое к применению. Если нельзя принимать обратную отсылку, помимо тех шести случаев, которые указаны в п.2 ст. 1096 ГК, то суд или арбитраж должен принять постановление о невозможности разрешения дела по причине отсутствия возможности установить применимое право.

Здесь, очевидно, следует согласиться с российским специалистом Г.К. Дмитриевой, которая предложила следующее решение проблемы: «Если отечественная коллизионная норма выбрала иностранное право, а оно отсылает назад, то такую отсылку нужно рассматривать как подарок и безусловно ее принять. Тем самым суд избавляется от проблем, связанных с применением иностранного права. Обратная отсылка – это юридико-техническая возможность отказа от применения иностранного права. Отсылка к праву третьего государства такого результата не дает, напротив, серьезно осложняет процесс выбора компетентного правопорядка, поэтому лучше к ней не обращаться»⁸.

Учитывая, что большинство стран мира принимают обратную отсылку, отвергая отсылку к праву третьей страны, возможно, следует еще раз вернуться к этой проблеме и в законодательстве нашей страны.

5. Оговорка о публичном порядке

1. Применение иностранного права, на которое указывают коллизионные нормы, может быть исключено применением оговорки о публичном порядке (*ordre public*). Институт оговорки о публичном порядке существует в правовых системах практически всех стран. Ее начала можно обнаружить в римском частном праве. В дигестах Юстиниана, в книге второй, титуле XIV содержалась норма: «Публичное право не может быть изменяемо договорами частных лиц». В Новое время оговорка о публичном порядке появилась в Гражданском кодексе Наполеона 1804 года, где во вводном титуле под пунктом шесть содержалась формулировка: «Нельзя нарушать частными соглашениями законов, затрагивающих общественный порядок и добрые нравы». В современном праве оговорка о публичном порядке оказалась смещенной в международное частное право, где она оказалась совершенно необходимой как ограничитель в применении иностранного права.

Существует два основных подхода в понимании и применении оговорки о публичном порядке: позитивный и негативный. Позитивный под-

⁸ Международное частное право: учебник / Л.П. Ануфриева [и др.]; под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: Проспект, 2008. – С.627–683.

ход сложился во Франции, где его понимают как определенную совокупность норм французского права, имеющих особое значение для защиты общественных моральных устоев. Отсюда происходит и его название «позитивный», т.е. положительный, полезный. Нормы, устанавливающие позитивный публичный порядок государства, называют императивными, т.е. строго обязательными (подробно о них в следующем §7).

Негативный подход или негативная оговорка исходят из содержания норм иностранного права, возможное применение которых на основании указаний коллизионных норм ведет к результатам, несовместимым с публичным порядком определенного государства. Негативный вид оговорки – это и есть то, что в большинстве государств именуют оговоркой о публичном порядке (*ordre public* (фр.), *ordrepolicy* (англ.), *Vorbehaltsklausel* (нем.)). Суть оговорки – иностранное право не применяется в силу полной несовместимости с национальной правовой системой, где следовало его применить, руководствуясь указанием коллизионной нормой.

Главную проблему применения оговорки о публичном порядке обозначил еще в начале XX века известный российский юрист Б.Э. Нольде: «При всей понятности правил об «*ordre public*» его нельзя, однако, не признать весьма опасным с точки зрения правильного разрешения коллизий. Оно настолько неопределенно, что узаконивает произвол судьи там, где столь желательны постоянство и твердость. Единственным средством уничтожения вредных последствий оговорки об “*ordre public*” является ее конкретизирование: пусть будет узаконен отказ от применения иностранного права, но пусть известно будет, в каких точно случаях этот отказ может иметь место»⁹.

Такую же озабоченность высказывали английские специалисты Д. Чешир и П. Норт: «Опасность столь неопределенно сформулированной доктрины заключается в том, что при ее широком толковании ею может оказаться охваченным множество внутренних норм и она будет служить слишком легким предлогом для применения *lex fori*, подрывая, таким образом, основную функцию международного частного права»¹⁰.

Практическая применимость оговорки о публичном порядке возможна в двух случаях: 1) при отказе от применения иностранного права; 2) при отказе от исполнения решения иностранного суда, арбитража или отказа признания акта гражданского состояния, совершенного за рубежом.

2. Несмотря на давность существования проблемы конкретизации оговорки о публичном порядке, она не разрешена до настоящего времени. В советской и российской юридической школе существует обширная литература по данному вопросу и имеется судебная и арбитражная практика как удачного, так и неудачного применения оговорки о публичном порядке.

⁹Нольде, Б.Э. Очерк международного частного права. Цит. по: Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. – М., 2004. – С.14.

¹⁰Чешир, Д. Международное частное право / Д. Чешир, П. Норт. – М., 1982. – С.157.

Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации в определении, принятом 25 сентября 1998 года, следующим образом охарактеризовала оговорку о публичном порядке: «Содержание понятия «публичный порядок» Российской Федерации не совпадает с содержанием национального законодательства Российской Федерации. Поскольку законодательство Российской Федерации допускает применение норм иностранного государства, наличие принципиального различия между российским законом и законом другого государства само по себе не может быть основанием для применения оговорки о публичном порядке. Такое применение этой оговорки означает отрицание применения в Российской Федерации права иностранного государства вообще.

Под «публичным порядком» в Российской Федерации понимаются основы общественного строя Российского государства. Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания»¹¹.

В Гражданском кодексе России формулировка ст. 1193 «Оговорка о публичном порядке» содержит ряд конкретизаций по ее применению: «Норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами настоящего раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом. В этом случае при необходимости применяется соответствующая норма российского права.

Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации».

Российский законодатель указывает на следующие условия применения оговорки о публичном порядке: 1) это должен быть исключительный случай; 2) последствия применения иностранного вызывают несовместимость с российской правовой системой; 3) противоречие с российским правом должно быть явным; 4) должен учитываться характер правоотношений; 5) отказ от применения иностранного права не должен быть основан на отличии правовой, политической или экономической системы иностранного государства.

В Регламенте ЕС «Рим I» в ст. 21 «Публичный порядок страны» оговорка сформулирована следующим образом: «В применении указанного настоящим Регламентом положения о применении права любой страны может быть отказано лишь в том случае, если такое применение является явно несовместимым с публичным порядком суда».

¹¹ Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. – 1999. – №3.

3. В ГК Республики Беларусь содержится ст. 1099 «Оговорка о публичном порядке» следующего содержания: «Иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку) Республики Беларусь, а также в иных случаях, прямо предусмотренных законодательными актами. В этих случаях применяется право Республики Беларусь».

В Методических рекомендациях о некоторых вопросах рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц и оказания правовой помощи, утвержденных постановлением Президиума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 26.06.2013 № 25, указывается, что под основами правопорядка не могут пониматься нравственные, религиозные, культурные, экономические принципы построения общественной жизни. Согласно названному документу основу правопорядка Республики Беларусь составляют: 1) общие принципы международного права, приоритет которых признан в ч. 1 ст. 8 Конституции Республики Беларусь; 2) все нормы Конституции Республики Беларусь; 3) основные принципы в отдельных отраслях права. Важным положением Методических рекомендаций является указание на то, что норма иностранного права, подлежащая применению, не должна применяться ввиду несоответствия публичному порядку в исключительных случаях, когда ее применение явно противоречит публичному порядку Республики Беларусь.

Весьма своеобразную трактовку получила оговорка о публичном порядке в Кодексе Республики Беларусь о браке и семье в ч. 1 ст. 237, где применение законодательства о браке и семье иностранных государств или признание иностранных актов гражданского состояния «не может иметь места, если такое применение или признание противоречило бы законодательству Республики Беларусь». Такая формулировка представляется совершенно некорректной, поскольку отказ в применении норм иностранного права не может быть основан только на их несовпадении с нормами национального права, а данная формулировка не допускает применения норм иностранного права во всех случаях, когда обнаруживается их несоответствие нормам национального права.

Подводя итог, необходимо отметить, что с точки зрения формулировки в законодательстве в ГК Республики Беларусь оговорка о публичном порядке требует уточнения, поскольку содержащиеся формулировки имеют слишком общий, не конкретный характер. Следует заметить, что суды и арбитражи Беларуси практически не используют оговорку о публичном порядке, что также нельзя признать нормальной ситуацией. Можно предположить, что неясность формулировки оговорки о публичном порядке в законодательстве порождает нерешительность судей и арбитров в ее практическом применении.

ГЛАВА 5

Право собственности в условиях интеграционных процессов

1. Место и значение права собственности в частном праве

1. Собственность – это понятие, определяющее принадлежность материальных вещей физическим или юридическим лицам и наделяющая их правами владения, пользования и распоряжения ими. Право собственности – это юридически обеспеченная возможность использования материальных благ в интересах собственника. В международном частном праве категория права собственности занимает центральное место. Главное условие при этом – наличие иностранного элемента в праве собственности, который может проявляться в трех видах: в виде правообладателя, которым может быть иностранное юридическое либо физическое лицо; в виде объекта собственности (вещи, земля, ценные бумаги, культурные ценности и т.д.), находящегося в другом государстве; в виде юридического факта, в результате которого возникло, изменилось право собственности или был причинен ущерб собственности.

Отношения собственности являются главными в наследственных отношениях и интеллектуальной собственности, образуют важную составляющую в договорных и в брачно-семейных отношениях.

В международном гражданском процессе также преимущественно разрешаются вопросы, связанные с правом собственности.

Наряду с правом собственности в законодательстве практически всех стран существуют вещные права не собственников применительно к не принадлежащей им собственности. Согласно ст. 217 Гражданского кодекса Республики Беларусь к вещным правам относятся право хозяйственного ведения и право оперативного управления, право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право постоянного пользования земельным участком и сервитуты. В зарубежных странах вещные права могут быть шире и включать другие права. Так российская доктрина признает вещным правом право залога. В Великобритании к вещным правам относится не только право залога, но и право аренды на длительный срок, если речь идет о недвижимом имуществе, в том числе о земле.

Вещные права, как и право собственности, распространяются также на иностранцев и иностранных юридических лиц, что переводит эти правоотношения в сферу международного частного права.

2. Главным объектом права собственности являются вещи. В римском частном праве возникли шесть различных классификаций вещей: находящиеся в обороте и изъятые из оборота, потребляемые и непотребляемые, движимые и недвижимые, наделенные родовыми признаками и индивидуально определенные, телесные и нетелесные, передаваемые с помощью обряда и в упрощенном порядке. Большинство из этих классификаций применяются и в современном праве, но особую значимость имеет разде-

ление вещей на движимые (*resmobiles*) и недвижимые (*resimmobiles*), поскольку они обладают разным юридическим статусом.

К недвижимым вещам ст. 130 ГК Республики Беларусь относит земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты, леса, многолетние насаждения, здания и сооружения. К недвижимым вещам также приравниваются предприятие в целом как имущественный комплекс, воздушные, морские и речные суда, космические объекты. Вещи, не относящиеся к недвижимости, включая деньги и ценные бумаги, признаются движимым имуществом.

В доктрине применительно к праву собственности различают понятия возникновения, содержания, осуществления, прекращения и защиты указанного права.

Возникновение права собственности в международном частном праве важно в том отношении, что законно возникнув в одном государстве, оно должно получить признание и в другом. Основания возникновения права собственности в разных странах примерно одинаковы: создание новой вещи, приобретение вещи в результате сделки, приобретение бесхозяйного имущества и т.д.

Содержание права собственности и иного вещного права – это правомочия, которыми обладает собственник. В соответствии с п. 1 ст. 210 ГК Республики Беларусь «собственнику принадлежат права владения, пользования и распоряжения своим имуществом».

Осуществление (реализация) права собственности – это действия собственника по своей свободной воле в отношении принадлежащего ему имущества. Обязательное условие таких действий – разумность действий, не противоречие законодательству и не нарушение прав других лиц.

Прекращение права собственности – это действия, в результате которых собственник утрачивает право на принадлежащую ему собственность. Наиболее распространенный случай прекращения права собственности – это свободное волеизъявление собственника, руководствующегося своими интересами. Действия вопреки воле собственника, ведущие также к прекращению права собственности, имеют место при национализации, конфискации и реквизиции собственности.

В современном международном частном праве применительно к праву собственности и вещным правам главное всегда решается коллизийная проблема: право какого государства должно применяться в том или ином случае в спорных правоотношениях, касающихся собственности. Ведущей привязкой в праве большинства государств в сфере имущественных отношений является закон места нахождения вещи – *lex rei sitae*. Названная коллизийная привязка берет свое начало из теории статутов, предложившей для каждой категории гражданских правоотношений наиболее соответствующий коллизийный принцип. Причина широкого распространения и рецепции в законодательство большинства стран мира принципа *lex rei sitae* –

его простота и определенность, а также содержащаяся в нем возможность расширения сферы действия национального права. Однако в случае незаконного перемещения вещи в другую страну указанная привязка не может быть применима.

3. Отношения по предмету собственности могут складываться только в обществе и всегда имеют общественный характер. Собственность оказывает определенное влияние на социальный статус личности, но, конечно же, не определяет нравственные качества индивида. В то же время наличие собственности – это необходимое условие жизнедеятельности каждого члена общества. Собственность позволяет удовлетворить важнейшие жизненные потребности индивида, создает определенную независимость личности от государства и других членов социума, особенно если она является средством производства или постоянным источником дохода.

Право собственности закреплено во Всеобщей декларации прав человека, где установлено право каждого владеть имуществом как единолично, так и совместно с другими (п. 1 ст. 17). При этом никто не должен быть произвольно лишен своего имущества (п. 2 ст. 17). В связи с этим право собственности получило юридическую защиту от посягательств со стороны лиц, не являющихся собственниками. При этом право собственности иностранцев и лиц без гражданства должно быть гарантировано в каждой стране на равных условиях с собственными гражданами.

Собственность является важнейшей экономической категорией, обеспечивающей воспроизводство материальных благ в обществе. В этом плане любые эксперименты, связанные с резкими изменениями отношений собственности в обществе, всегда приводили к отрицательным результатам в плане материального благосостояния общества. Обычно общественный передел собственности в истории был связан с революциями, что всегда и во всех странах приводило к катастрофическим последствиям в жизни общества в виде разрушения производительных сил, резкого снижения производства и, как следствие, разрушения материального благосостояния общества, создававшегося веками. Наша страна получила этот отрицательный опыт при переходе от капитализма к социалистическому способу производства. Не менее сложным оказался и обратный переход от социалистического способа ведения хозяйства к рыночной экономике, что проявилось в кризисе 90-х годов XX столетия на всем постсоветском пространстве. Сущность перехода к рыночной экономике заключалась в полномасштабном восстановлении института частной собственности, как в производственной, так и социальной сфере. Переход к рыночной экономике в Республике Беларусь происходил без использования «шоковой терапии» и не сопровождался столь острыми социальными противоречиями, как это было в других странах. Результатом рыночной экономики стало появление частного сектора в экономике, индивидуальных и мелких предпринимателей, допуск в страну иностранных инвесторов. Главный итог рыночных

преобразований – решение проблемы наполнения рынка потребительскими товарами, что оказалось не по силам социалистическому производству за всю историю его существования. Белорусская экономика приобрела экспортно-ориентированный характер и заняла определенное место в глобальной экономической системе. Для правовой гарантии произошедших позитивных перемен права собственности иностранных инвесторов, а также иностранных физических и юридических лиц должны получить в Беларуси надежную юридическую защиту, что является одной из важнейших задач международного частного права.

2. Коллизионное регулирование права собственности и иных вещных прав в законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации

1. Вопрос о праве собственности с наличием иностранного элемента регулируется в параграфе 4 Раздела VII ГК Республики Беларусь, который включает пять статей (1119-1123).

Общие положения о праве собственности и иных вещных правах определены в ст. 1119, где говорится:

«1. Право собственности и другие вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится, если иное не предусмотрено законодательными актами.

2. Принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам, а также иная юридическая квалификация имущества определяются по праву страны, где это имущество находится».

Под правом собственности в п. 1 названной статьи законодатель, очевидно, понимает содержание и осуществление этого права. Данная коллизионная норма является диспозитивной, поскольку содержит формулировку «если иное не предусмотрено законодательными актами». Применения к содержанию и осуществлению права собственности закона места нахождения вещи является преобладающей в праве большинства иностранных государств. Например, подобным образом регулируется право собственности в законах о международном частном праве Польши, Венгрии, Швейцарии и других государств.

Значительно отличается аналогичная статья (1205) в Гражданском кодексе России, где говорится: «Содержание права собственности и иных вещных прав на недвижимое и движимое имущество, их осуществление и защита определяются по праву страны, где это имущество находится».

Главное отличие российской нормы: во-первых, статья в российском кодексе шире по сфере действия, поскольку она предусматривает также и защиту права собственности; во-вторых, статья является императивной по своему характеру, поскольку предписывает применение только права страны места нахождения имущества.

В п.2 ст.1119 приведена коллизионная норма определения принадлежности имущества к недвижимым или движимым вещам и его иная

юридическая квалификация. Это определение должно производиться по праву места нахождения имущества.

2. В ст. 1120 ГК Республики Беларусь регулируется возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав. Согласно п. 1 указанной статьи возникновение и прекращение права собственности на имущество, являющееся предметом сделки, определяются по праву места совершения сделки, если иное не установлено соглашением сторон. С точки зрения юридической техники этот пункт сформулирован не совсем верно, поскольку, во-первых, имущество в момент совершения сделки может и не находиться в стране, где совершается сделка; во-вторых, воля сторон в отношении сделок с недвижимостью ограничивается, поскольку в отношении недвижимого имущества всегда будет применимо право места его нахождения.

В качестве более совершенной формулировки аналогичной нормы можно привести формулировку п. 1 ст. 1206 ГК России: «Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяются по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, получившее основанием для возникновения либо прекращения права собственности и иных вещных прав, если иное не предусмотрено законом». В приведенной норме специально оговорен момент нахождения имущества в стране, когда происходило возникновение либо прекращение права собственности в отношении этого имущества. Норма, применяемая в качестве альтернативной, определяется не соглашением сторон, а предписанием закона.

В ч. 1 п. 2 ст. 1120 ГК Республики Беларусь рассмотрены ситуации возникновения и прекращения права собственности и иных вещных прав на имущество не по сделке. В таких случаях применяется право страны, где это имущество находилось в момент действия или иного обстоятельства, послужившего основанием для возникновения либо прекращения соответствующих прав, если иное не предусмотрено законодательством Республики Беларусь. Это имеет место обычно при наследовании имущества.

В ч. 2 п. 2 ст. 1120 ГК Республики Беларусь регулируется возникновение права собственности и иных вещных прав на имущество вследствие приобретательной давности. В таких случаях применяется право страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности. Это новая в нашем праве норма, как и в законодательстве других стран СНГ, поскольку в советском праве ее не было. В законодательстве Республики Беларусь в соответствии со ст. 235 ГК возникновение права собственности на основе приобретательной давности обусловлено тремя условиями: 1) добросовестным приобретением; 2) открытым владением; 3) непрерывным владением недвижимым имуществом в течение пятнадцати лет, движимым имуществом – в течение пяти лет.

Сроки исковой давности и условия владения при возникновении права собственности на основе приобретательной давности в отдельных государствах не совпадают.

Возникновение права собственности на основе срока приобретательной давности имеет значение в международной практике при решении споров о культурных ценностях, сменивших своих хозяев в годы Второй мировой войны или похищенных из музеев и частных коллекций.

Специальное регулирование права собственности и иных вещных прав предусмотрено для транспортных средств и иного имущества, подлежащего государственной регистрации (ст. 1121), а также движимого имущества, находящегося в пути (ст. 1122). В отношении права собственности и иных вещных прав на транспортные средства и иное имущество, подлежащее внесению в государственные реестры, применяется право страны места регистрации этих транспортных средств и имущества (ст. 1121 ГК). К имуществу, которое обязательно регистрируется, относятся также воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. В российском ГК имеется специальная статья 1207, регулирующая данный вопрос. Регистрация судов и космических объектов, по мнению российского юриста А.Л. Маковского, создает фикцию их постоянного нахождения в одном месте и обеспечивает стабильность и определенность их правового положения почти в такой же степени, как и недвижимых вещей. Это объясняет причину отнесения указанных объектов к недвижимости в гражданских кодексах ряда стран.

В ст. 1122 ГК определяются право собственности и иные вещные права на движимое имущество, находящееся в пути по сделке. В этом случае применяется право страны, из которой имущество отправлено, если иное не установлено соглашением сторон. Это также диспозитивная коллизионная норма, где есть установленная норма, которая может быть заменена соглашением сторон, поскольку имущество перемещается на основании договора. Практическое применение этой нормы связано с перевозкой грузов из одной страны в другую по договорам купли-продажи или поставки товара, когда важно установить момент перехода права собственности на перевозимый груз от покупателя к продавцу.

3. Заключительная статья института права собственности и иных вещных прав устанавливает порядок их защиты (ст. 1123):

«1. К защите права собственности и иных вещных прав применяется по выбору заявителя право страны, где находится имущество, или право страны суда.

2. К защите права собственности и иных вещных прав на недвижимое имущество применяется право страны, в которой это имущество находится. В отношении имущества, которое зарегистрировано в Республике Беларусь, применяется право Республики Беларусь».

Как уже отмечалось, в российском ГК отдельной нормы о защите права собственности нет. Данный вопрос регулируется вместе с содержанием и осуществлением права собственности. При этом российская норма не предусматривает применения права страны суда при защите права собственности. Следует отметить, что защита права собственности по праву страны суда возможен только в случае, если вопрос о праве собственности разрешается в суде не по месту ее нахождения, и при этом таким образом можно разрешать только вопрос о движимой собственности.

4. Вопросы права собственности и иных вещных прав получили единообразное регулирование в ст. 38 Минской конвенции 1993 года и ст. 41 Кишиневской конвенции 2002 года:

- право собственности на недвижимое имущество определяется по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой находится недвижимое имущество. Вопрос о том, какое имущество является недвижимым, решается в соответствии с законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой находится это имущество;

- право собственности на транспортные средства, подлежащие внесению в государственные реестры, определяется по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой находится орган, осуществлявший регистрацию транспортного средства;

- возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество определяются по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием возникновения или прекращения такого права;

- возникновение и прекращение права собственности или иного вещного права на имущество, являющееся предметом сделки, определяются по законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением сторон.

Как следует из приведенных норм Минской и Кишиневской конвенций, они соответствуют содержанию норм ГК Республики Беларусь, в которых регулируется право собственности.

3. Судебные прецеденты по защите права собственности в решениях Европейского суда по правам человека

Право собственности – одно из основных прав человека, чем было обусловлено принятие специального Протокола № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод. Согласно ст.1 названного Протокола: «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право мирно владеть своим имуществом. Никто не может быть лишен своего имущества иначе, как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом или общими принципами международного права.

Однако предыдущие положения ни в коей мере не ограничивают право государства вводить в действие такие законы, которые, по его мнению, являются необходимыми для обеспечения контроля за использованием имущества в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов либо иных сборов или штрафов».

Из текста статьи следует, что ее гарантии распространяются не только на физических, но также и на юридических лиц. Конкретное содержание статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции раскрывается в решениях Европейского суда по правам человека, главного органа, имеющего полномочия применять и толковать Конвенцию при обращении к нему с исками, предметом которых является нарушение прав собственности.

Первое, на что обращает внимание Европейский суд при рассмотрении конкретного спора, это вопрос о том, является ли имущество, за защитой которого обратился заявитель, таковым, согласно смыслу статьи 1 Протокола № 1. Понятие имущества, защищаемого Конвенцией, рассматривается Европейским судом в широком смысле: имущество как вещь и как имущественные права. К последним, например, относятся: право арендодателя на арендную плату, права, связанные с владением акциями, патентами, лицензиями, решениями судов, арбитражей, право на пенсию, иные экономические права, образующие для собственника некий актив. В некоторых решениях Суд при определении понятия имущества применял совершенно неожиданные с позиции белорусского законодательства, но достаточно приемлемые с точки зрения Европейского суда подходы. Так, в деле «Ван Марле против Нидерландов» заявители на основании своих дипломов, в соответствии с действующим законодательством, в течение нескольких лет оказывали бухгалтерские услуги, пока не вышел новый закон, обязавший всех лиц, предоставляющих подобные услуги, получить соответствующее разрешение. По результатам собеседования заявителям было отказано в таком разрешении. В ходе рассмотрения спора Европейский суд пришел к заключению, что заявители своим трудом создали клиентуру, у них возникло частное экономическое право, составляющее актив заявителей и являющееся имуществом, как это понимается в Конвенции, и что государство вмешалось в права владения этим имуществом.

Аналогичное решение было вынесено Европейским судом по делу «Иатридис против Греции». Заявитель являлся арендатором кинотеатра, в течение нескольких лет эксплуатировал его на условиях договора аренды. В 1989 году в результате спора государства с собственниками кинотеатра – арендодателями по поводу права собственности на землю, на которой находился кинотеатр, заявитель был лишен права аренды кинотеатра.

Поскольку заявитель являлся арендатором, а не собственником кинотеатра, представители греческого государства в Европейском суде утверждали, что нарушения права собственности не было. Однако Суд не согласился с доводами государства и установил: действуя долгие годы без вме-

шательства властей в качестве арендатора, заявитель создал клиентуру, образующую актив, то есть определенные имущественные права, составляющие собственность в смысле Конвенции.

В деле «Бурдов против России» заявитель, не дождавшись выплаты назначенной ему, как участнику Чернобыльской катастрофы, денежной компенсации, обратился в национальный суд с иском о взыскании суммы компенсации. Местный суд первой инстанции вынес положительное для заявителя решение. После открытия исполнительного производства решение суда не исполнялось из-за отсутствия в бюджете соответствующих средств. Европейский суд постановил, что невыплата государством денежных средств, согласно решению суда, является вмешательством в право на мирное владение имуществом, а отсутствие средств в бюджете не может служить оправданием неисполнения судебных решений. Поэтому Европейский суд констатировал нарушение статьи 1 Протокола № 1 к Конвенции.

После того как Европейский суд определяет, является ли защищаемое имущество таковым в смысле Конвенции, он приступает к исследованию вопроса о том, имело ли место вмешательство в право собственности или право владения этим имуществом. При рассмотрении данного вопроса Суд руководствуется собственным прецедентом, впервые сформулированным в решении по делу «Спорронг и Леннрот против Швеции» и применяемом впоследствии в решениях, касающихся защиты права собственности, в том числе в решении по делу «Совтрансавто-Холдинг против Украины». В этих решениях Суд указывает, что статья 1 Протокола № 1 содержит три различные нормы. Первая (закреплена в первом предложении части 1 и носит общий характер) устанавливает принцип уважения собственности. Вторая, содержащаяся во втором предложении той же части, касается лишения собственности и устанавливает некоторые условия, при которых это возможно. Что касается третьей нормы (часть 2), то она, в частности, признает за государством возможность регламентации пользования имуществом согласно общим интересам. Второе и третье правило являются частными случаями вмешательства в права собственности; соответственно они должны толковаться в свете принципа, закрепленного в первом правиле. Таким образом, Суд определяет: имел ли место факт лишения собственности или иного ограничения в пользовании собственностью (первое предложение части 1 статьи 1 Протокола № 1). Если Суд приходит к выводу, что это имело место, он определяет: отвечает ли такое «лишение» интересам общества, произведено ли оно в предусмотренном законом порядке (второе предложение части 1) и не осуществлялось ли оно с целью контроля за использованием имущества в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов либо иных сборов или штрафов (часть 2 статьи 1 Протокола № 1).

Правомерность вмешательства в право собственности заявителя должна быть обоснована государством-ответчиком. Для того, чтобы Евро-

пейский суд признал вмешательство обоснованным, государству необходимо доказать, что оно осуществлялось в интересах общества. В одном из основополагающих решений по делу «Джеймс и другие против Соединенного Королевства» Суд указал: «Понятие «интересы общества» является по своей природе широким... Считая нормальным, что законодатель обладает большой свободой выбора для проведения экономической и социальной политики, Суд уважает мнение законодателя о том, что есть «интересы общества», за исключением случаев, когда данное мнение не основывается на разумных соображениях». Хотя у государства есть широкие полномочия при определении, что является общественно значимым, все же эти полномочия не безграничны, не являются абсолютными и должны основываться на разумных критериях, их окончательная оценка остается за Европейским судом.

Однако самого по себе признания вмешательства в право собственности частного лица, отвечающего интересам общества, не достаточно, чтобы оно считалось обоснованным. При рассмотрении вопроса о допустимости вмешательства в право собственности суд применяет принцип справедливого равновесия (баланса). Впервые этот основополагающий принцип, впоследствии используемый в качестве прецедента в иных решениях, касающихся защиты прав собственности, Суд установил в уже названном решении по делу «Спорронг и Леннрот против Швеции»: «...Суд должен определить, было ли соблюдено справедливое равновесие между требованиями общественного интереса и требованиями защиты основных прав частных лиц».

В решении по делу «Совтрансавто-Холдинг против Украины» Европейский суд констатировал: «...Форма проведения и завершения судебной процедуры, а также ситуация неопределенности, от которой пострадал заявитель, нарушили справедливый баланс между требованиями публичного интереса и императивами защиты права собственности заявителя. В результате государство не выполнило своей обязанности по обеспечению для заявителя его эффективного права собственности, гарантированного статьей 1 Протокола № 1». В данном деле сам факт несправедливой судебной процедуры послужил причиной признания нарушения справедливого баланса при вмешательстве в право собственности.

Следует также иметь в виду, что термин «закон» ЕСПЧ понимает не только как законодательные акты, но и акты, действующие в общем праве, а именно – судебные прецеденты. В решении по делу «Санди Таймс против Соединенного Королевства» Суд отметил, что в противном случае государство-участник Конвенции, руководствуясь общим правом, было бы лишено защиты, предоставляемой Конвенцией, что нанесло бы удар основам правовой системы такого государства.

В последующих решениях Суд подчеркивал, что даже в правовых системах континентальных стран, где акцент делается на законодательном

праве, прецедентное право традиционно играет важную роль. Независимо от того, континентальная или общая система права существует в государстве-участнике Конвенции, к словосочетанию «предусмотренный законом» ЕСПЧ установил требования.

Во-первых, закон должен быть доступным. У гражданина должна быть возможность получить соответствующее обстоятельству разъяснение: какие правовые нормы применяются в том или ином случае.

Во-вторых, норма не может считаться законом, если она не сформулирована достаточно точно. Гражданин должен иметь возможность, а если необходимо, то, воспользовавшись помощью, предусмотреть в разумных пределах последствия тех или иных действий.

Когда принимается окончательное решение, учитывается несколько обстоятельств. Так, если вмешательство в право собственности не обосновано интересами общества, или не отвечает принципу справедливого баланса, или не отвечает принципу правовой определенности, Суд констатирует нарушение государством-участником Конвенции статьи 1 Протокола № 1. Может быть назначена справедливая компенсация материального и морального ущерба в пользу заявителя за счет допустившего нарушение государства, а также Суд может обязать государство возместить все судебные расходы, связанные с нарушением права собственности. Суммы возмещения по нашим меркам могут быть весьма внушительные.

4. Право собственности на культурные ценности и его охрана

Особую значимость имеет право собственности на культурные ценности, к которым относят материальные и нематериальные предметы и произведения, созданные на протяжении всей истории человечества, имеющие художественную и вещественную ценность, универсальную значимость и оказывающие эстетическое и эмоциональное воздействие на личность.

Впервые определение понятия «культурная ценность» было сформулировано в Гаагской Конвенции о защите культурных ценностей в случае вооруженного конфликта от 14 мая 1954 года. Благодаря данной Конвенции это понятие было введено в международное право.

В Конвенции о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности 1970 года (для Республики Беларусь действует с 28 июля 1988 года, далее – Конвенция ЮНЕСКО) культурными ценностями определены: ценности религиозного или светского характера, которые рассматриваются каждым государством как представляющие значение для археологии, доисторического периода, истории, литературы, искусства и науки.

Под культурными ценностями в Конвенции УНИДРУА о похищенных или незаконно вывезенных культурных ценностях 1995 года понимаются ценности, которые с точки зрения религиозной или светской облада-

ют важностью для археологии, предыстории (антропологии), истории, литературы, искусства или науки.

В настоящее время в каждом государстве имеется свое, национальное определение этого понятия, при этом, в одной и той же стране в различных отраслях права могут применяться разные определения. Закон Республики Беларусь от 9 января 2006 года №98-З «Об охране историко-культурного наследия Республики Беларусь» содержит следующее определение историко-культурных ценностей: материальные объекты (материальные историко-культурные ценности) и нематериальные проявления творчества человека (нематериальные историко-культурные ценности), которые имеют уникальные духовные, художественные и (или) документальные ценности и, которым придан статус историко-культурной ценности (ст.1).

Особая значимость культурных ценностей определяется двумя факторами: 1) обладание ими престижно, что объясняет такой феномен как собирание и коллекционирование ценностей; 2) материальные культурные ценности обладают свойством увеличения своей стоимости во времени, т.е. с течением времени их стоимость постоянно возрастает, что превращает их в наиболее выгодное помещение капиталов. Эти факторы делают культурные ценности объектом преступных посягательств и явно незаконных или не совсем законных перемещений из одной страны в другую. Перемещение культурных ценностей из одного государства в другое, смена их собственников создает иностранный элемент в правообладании культурными ценностями, что превращает их передвижение в предмет регулирования международного частного права.

Главная проблема культурных ценностей – это их охрана, которая вызывается их уникальной ценностью и стоимостью: ни один человек не поднимет банкноты в 100 млн. долл., но картину художника с мировым именем, эквивалентную названной сумме легко унести и спрятать.

С учетом особой ценности и значимости культурных ценностей ряд государств приняли законы, запрещающие или ограничивающие вывоз культурных ценностей. Однако при этом не все государства установили запрет на ввоз культурных ценностей, что вызывает споры, как частного, так и межгосударственного характера по вопросу перемещенных культурных ценностей.

Вопрос охраны культурных ценностей относится к сфере деятельности Организации Объединенных Наций по образованию, науке и культуре (ЮНЕСКО), под эгидой которой были приняты Конвенция о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного вывоза, ввоза и передачи права собственности на культурные ценности 1970 г. и рекомендации по ее выполнению.

Конвенция ЮНЕСКО 1970 года содержит следующие обязательства для государств-участников:

а) учредить соответствующее свидетельство, которым государство-экспортер удостоверяет, что оно дало разрешение на вывоз одной или нескольких культурных ценностей. Это свидетельство должно прилагаться к одной или нескольким культурным ценностям, вывозимым в соответствии с существующими правилами;

б) запретить вывоз со своей территории культурных ценностей, к которым не приложено вышеупомянутое свидетельство;

в) соответствующим образом довести настоящее запрещение до сведения общественности и, в частности, лиц, которые могут вывозить или ввозить культурные ценности (ст. 6). Также в Конвенции признаны незаконными действия по принудительному вывозу и передаче права собственности на культурные ценности, являющиеся прямым или косвенным результатом оккупации страны иностранной державой.

В рекомендациях ЮНЕСКО «О международном обмене культурными ценностями», принятыми в 1976 году предлагалось всем государствам-членам развивать все формы обмена культурными ценностями между странами на национальном или региональном уровне для лучшего взаимопонимания между всеми народами.

В рекомендациях ЮНЕСКО 1978 года «Об охране движимых культурных ценностей» всем государствам рекомендовалось принимать в соответствии с их законодательными и конституционными системами, все надлежащие меры по эффективной охране движимых культурных ценностей и, в частности, при их перевозке применять необходимые меры по охране и сохранению и обеспечивать покрытие связанных с этим рисков.

Несмотря на принимаемые меры по охране культурных ценностей, они часто похищаются из музеев, картинных галерей, а затем переправляются в другие страны, где их можно легче продать или незаконно хранить. Для борьбы с этим явлением Комиссия ООН по праву международной торговли разработала Конвенцию УНИДРУА по похищенным или незаконно вывезенным культурным ценностям, принятую в 1995 году на дипломатической конференции в Риме.

В преамбуле отмечалось, что Конвенция сама по себе не является решением проблем, связанных с незаконной перевозкой и торговлей, но что она положит начало процессам по укреплению международного культурного сотрудничества и по непосредственной поддержке законной торговли и межгосударственных соглашений по культурным обменам. Областью применения Конвенции является реституция похищенных культурных ценностей, а также возврат незаконно вывезенных культурных ценностей.

Владелец похищенной культурной ценности должен ее вернуть (реституцировать). Любая просьба о реституции должна быть внесена в трехлетний срок, считая с момента, когда истец узнал место, где находится культурная ценность, и во всех случаях, в пятилетний срок, считая с момента похищения. При этом реституция культурной ценности, являющейся

неотъемлемой частью определенного (установленного) памятника или археологического заповедника (ландшафта), или являющаяся частью общественной коллекции, не подлежит никаким срокам давности, кроме трехлетнего срока считая с момента, когда истец узнал место, где находится культурная ценность и личность ее нового владельца (ст.3).

В то же время новый владелец похищенной культурной ценности, который должен ее вернуть, имеет право в момент реституции на справедливое возмещения затрат на ее приобретение при условии, что он не знал или не должен был знать, что ценность могла быть похищена и при этом он может доказать путем предоставления документов законность ее приобретения (ст.4).

В случае незаконного вывоза культурной ценности из государства, она должна быть возвращена в государство принадлежности, с выплатой компенсации владельцу при условии, что владелец не знал или не предполагал, в момент приобретения, что ценность была вывезена незаконно. Для определения, знал ли или предполагал владелец, что культурная ценность была незаконно вывезена, учитываются обстоятельства ее приобретения, в первую очередь отсутствие экспортного сертификата, необходимого в силу права государства-истца (ст.6).

При этом Конвенция 1995года не препятствует Договаривающемуся государству применять любые более благоприятные правила для реституции или возврата культурных ценностей, похищенных или незаконно вывезенных, которые не предусмотрены в Конвенции (ст.9).

19 мая 2017 г. в рамках Совета Европы в Никосии (Кипр) была принята «Конвенция о правонарушениях в отношении культурных ценностей» (Convention on Offences relating to Cultural Property). Цель принятия конвенции – борьба с терроризмом, а также с преступлениями, направленными на разрушение культурных ценностей. Конвенцию было решено разработать после актов вандализма, совершенных представителями ИГИЛ во время вооружённого конфликта в Сирии и Ираке. Это первый документ, который предусматривает уголовную ответственность за уничтожение культурных ценностей. Также в число преступлений входят хищение произведений искусства и их порча. Конвенция призвана предотвратить продажу и разграбление древних произведений искусства. Незаконные раскопки, ввоз и вывоз культурных ценностей, а также подделка документов, относящихся к произведениям искусства, согласно конвенции, являются уголовно наказуемыми преступлениями. На данный момент Никосийскую конвенцию подписали 10 стран, далее должна происходить ее ратификация.

В рамках СНГ принято ряд соглашений по регулированию перемещения и возврата культурных ценностей: 1) Соглашение о возврате культурных и исторических ценностей государствам их происхождения от 14 февраля 1992 года; 2) Соглашение о сотрудничестве таможенных служб по вопросам задержания и возврата незаконно вывозимых и ввози-

мых культурных ценностей от 15 апреля 1994 года; 3) Положение о порядке возврата незаконно вывозимых и ввозимых культурных ценностей от 9 октября 1997 года; 4) Соглашение и вывозе и ввозе культурных ценностей от 28 сентября 2001 года.

В соответствии с Соглашением 1992 года государства обязались содействовать возвращению культурных и исторических ценностей странам их происхождения. Для практической работы по возвращению культурных и исторических ценностей государства-участники договорились создать на паритетных началах Межправительственную комиссию (ст.2). Также государства-участники договорились учредить национальные комиссии по составлению систематических описей культурных и исторических ценностей, находящихся как на территории соответствующего государства, так и в других государствах-участниках СНГ (ст. 3).

В Соглашении о сотрудничестве таможенных служб по вопросам задержания и возврата незаконно вывозимых и ввозимых культурных ценностей 1994г. установлен порядок вывоза культурных только на основании разрешительных документов, выдаваемых уполномоченными органами государства вывоза. Установлено, что таможенные службы должны обмениваться между собой образцами бланков разрешительных документов и оттисками печатей, которыми они скрепляются, и в дальнейшем будут незамедлительно информировать друг друга обо всех изменениях в порядке вывоза культурных ценностей (ст.2). Стороны обязались принимать меры по задержанию культурных ценностей, не сопровождаемых разрешительными документами на вывоз, немедленному извещению о таком задержании государств вывоза и их возвращение (ст. 4). Задержанные таможенными органами культурные ценности возвращаются непосредственно уполномоченным представителям, которых назначают государства для передачи и приема возвращаемых культурных ценностей. Все претензии, связанные с возвратом культурных ценностей, рассматриваются государством вывоза.

В целях реализации соглашений «О возвращении культурных и исторических ценностей государствам их происхождения» 1992 г. и «О сотрудничестве таможенных служб по вопросам задержания и возврата незаконно вывозимых и ввозимых культурных ценностей» 1994 года главы правительств государств-участников СНГ 9 октября 1997 года утвердили Положение о порядке возврата незаконно вывозимых и ввозимых культурных ценностей, в котором подробно регламентируется порядок возврата незаконно вывозимых культурных ценностей.

Межправительственное Соглашение и вывозе и ввозе культурных ценностей 2001 года регламентирует транзитный и временный вывоз и ввоз культурных ценностей в государствах СНГ. Транзит культурных ценностей через территорию государства производится оформлением таможенной декларации с описанием провозимых культурных ценностей и ука-

занием транзита как цели ввоза, а также необходимо наличие разрешения на вывоз культурных ценностей, выданного государством вывоза (ст. 3). Вывоз культурных ценностей с территорий государств-участников производится по разрешениям, форма которых утверждается в установленном законодательством государства порядке и доводится до сведения других государств. Разрешения заполняются на государственном языке государства вывоза, а также на русском языке и выдаются уполномоченными государственными органами государств-участников (ст. 4).

Законодательство Республики Беларусь по охране культурного наследия разработано в соответствии с международными обязательствами и рекомендациями международными нормами. Центральное место принадлежит Закону Республики Беларусь «Об охране историко-культурного наследия Республики Беларусь» от 9 января 2006 года, №98-З в редакции последующих Законов (последняя редакция – Закон Республики Беларусь от 8 мая 2012 года №374-З). Вопросы собственности регулируются в главе 9 Закона «Право собственности на историко-культурную ценность». В п.2 ст.49 установлено норма: «При придании материальным объектом и нематериальным проявлениям творчества человека статуса историко-культурной ценности право собственности на них сохраняется». Субъектами права собственности на историко-культурную ценность могут быть: Республика Беларусь, административно-территориальные единицы, юридические и физические лица, в том числе индивидуальные предприниматели.

Статьей 52 установлены ограничения для собственника на распоряжение историко-культурными объектами, в частности, запрещается:

- уничтожать историко-культурную ценность;
- допускать причинение вреда, изменение историко-культурной ценности;
- отчуждать или иным образом передавать права собственности на историко-культурную ценность без согласования с областным (Минским городским) исполнительным и распорядительным органом;
- менять место пребывания (хранения), условия содержания и использования историко-культурной ценности без согласования с Министерством культуры Республики Беларусь;
- вывозить историко-культурную ценность за пределы Республики Беларусь на постоянное хранение;
- передавать историко-культурную ценность во владение и (или) пользование Вооруженным Силам Республики Беларусь, иным воинским формированиям.

С образованием Евразийского экономического союза вывоз и ввоз культурных ценностей на единую таможенную территорию регулируется актами, принятыми Евразийской экономической комиссией.

Порядок вывоза культурных ценностей с территории ЕАЭС установлен в Приложении № 8 к Решению Коллегии Евразийской экономической комиссии

от 21.04.2015 года №30 «О мерах нетарифного регулирования». Полный перечень культурных ценностей, требующий получение разрешения на вывоз, содержится в Приложении № 2 к указанному Решению (пункт 2.20).

При вывозе культурных ценностей с таможенной территории Евразийского экономического союза необходимо разрешение, которое выдает уполномоченный орган государства-члена ЕАЭС. В Республике Беларусь заключения и разрешения на вывоз культурных ценностей выдает Сектор искусствоведов-экспертов по вывозу культурных ценностей с территории Республики Беларусь при Министерстве культуры. Для получения разрешения на вывоз культурных ценностей необходим следующий пакет документов: заявление, квитанция об оплате госпошлины, две цветные фотографии размером 10 на 15, паспортные данные лица, которое будет вывозить предметы искусства. При вывозе культурных ценностей нужно следовать по «красному» коридору и представить должностному лицу таможенни пассажирскую декларацию, в которую внесены сведения о перемещаемых ценностях, а также разрешение на их вывоз.

При ввозе на таможенную территорию ЕАЭС культурные ценности не подлежат обязательному декларированию и рассматриваются как обычный товар, т.е. вес и стоимость таких товаров включается в весовые и стоимостные нормы, установленные Евразийской экономической комиссией 50 кг (35 кг для неделимых товаров) и стоимость 1000 евро. В дальнейшем будет происходить стоимостное и весовое снижение норм беспошлинного ввоза товаров: с 1 января 2020 года – до 750 евро и не более 35 кг.; с 1 января 2021 года – до 500 и не более 25 кг. Если лицо представит заключение о том, что ввозимые предметы относятся к культурным ценностям, они не будут включаться в указанные стоимостные и весовые нормы и пошлина за них уплачиваться не будет.

Вывоз культурных ценностей, ранее временно ввезенных на таможенную территорию Союза, осуществляется при представлении пассажирской таможенной декларации, оформленной при ввозе культурных ценностей (в декларации должны быть указаны их идентификационные признаки). В случае отсутствия такой декларации необходимо разрешение на вывоз либо письменное уведомление согласующего органа о том, что таковое не требуется.

5. Проблема национализации собственности в международном частном праве

Государство гарантирует инвестору право собственности и иные вещные права, а также имущественные права, приобретенные законным способом. Гарантия касается и равенства прав инвесторов вне зависимости от форм собственности. В первую очередь государство должно дать гарантии от национализации инвестиций. Под национализацией понимаются изъятие имущества у частных собственников и обращение его в собственность государства. Если национализация приобретает политический характер и

сопровождается изменением социально-экономических отношений, то в этом случае имеет место экспроприация собственности лиц, совершивших уголовные и административные правонарушения. Помимо названных понятий употребляются также термины «реквизиция» и «конфискация». Реквизиция – это изъятие имущества у частных собственников государственными органами в чрезвычайных ситуациях (война, стихийные бедствия, техногенные катастрофы). Конфискация – это мера государственного наказания в уголовном и административном праве, выражающаяся в изъятии собственности.

Международное право признает за государствами право на проведение национализации, что обусловлено суверенитетом государства. Это право было сформулировано в ст. 2 Хартии экономических прав и обязанностей государств от 12 декабря 1974 года, где говорится:

«Каждое государство имеет право:

- а) регулировать и контролировать иностранные инвестиции в пределах действия своей национальной юрисдикции;
- б) регулировать и контролировать деятельность транснациональных корпораций;
- в) национализировать, экспроприировать или передавать иностранную собственность».

В то же время в случае принятия решения о национализации ее условия определяются не международным, а национальным правом.

Национализация как социально-экономическое и политическое явление получила широкое распространение в XX столетии. Пример – Советская Россия, где была национализирована практически вся собственность, задействованная в общественном производстве. Национализация проводилась в бывших социалистических странах Европы и государствах, ставших независимыми в результате национально-освободительной борьбы. Даже европейские страны с традиционной капиталистической экономикой в конце 40-х годов под давлением левых сил обращались к практике национализации наиболее важных отраслей экономики или крупнейших предприятий. При этом национализация проводилась с компенсацией стоимости национализируемой собственности.

В проведении национализации определились общие закономерности следующего порядка:

- осуществляется на основе государственного акта;
- производится в общественных интересах, действительных или кажущихся таковыми в момент проведения;
- является мерой общего характера, распространяемой на собственность вне зависимости от ее происхождения.

При проведении национализации возникает важная юридическая проблема, известная как экстерриториальное действие законов о национализации или доктрина акта государства. Суть проблемы формулируется следу-

ющим образом: действует ли решение государства о национализации имущества за пределами государства или оно ограничено лишь границами государства?

Проблема возникла еще в 20–30-е годы XX века, когда национализированное советским государством имущество начало использоваться в торгово-экономических отношениях с европейскими странами и США.

Первое дело было рассмотрено Высоким судом Великобритании в мае 1921 года. Оно получило название «Дело о фанере». Его фабула следующая. Нарком внешней торговли РСФСР Л.Б. Красин в августе 1920 года продал партию фанеры английской фирме «Сегюр». Проданная фанера была национализирована Советским государством у французского акционерного общества «Лютер» в Новгороде. Бывшие собственники предъявили иск в английском суде и выиграли дело в первой судебной инстанции. При кассационном рассмотрении дела английский суд отклонил иск, мотивировав решение тем, что суд не может «входить в рассмотрение вопроса о действительности актов, коими право собственности на спорные товары было изъято от истцов и перенесено на ответчиков»¹². Судьи также отвергли довод истца о том, что советские законы о национализации противоречат принципам справедливости и морали, и поэтому правовые последствия их действий не могут быть признаны в Великобритании.

Прецедентный характер этого решения предопределил результат всех других исков, которые выдвигались против СССР в разных странах бывшими собственниками и их наследниками по поводу национализированного имущества.

Особую известность получило решение Федерального суда США от 5 июня 1931 года по иску Государственного французского банка к американским банкам относительно советского золота. Французский банк подал иск о возврате золота, прибывшего из СССР в США в счет оплаты оборудования, поставляемого американскими компаниями на советские новостройки первых пятилеток. Это было золото, предоставленное в 1916 году Францией в качестве займа России для поддержания ее финансовой системы в условиях войны. Иск был отклонен на основе признания действия акта государства, чем было подтверждено экстерриториальное действие советских законов о национализации частной собственности.

Однако попытки оспорить законность проведения национализации собственности в СССР продолжались. В июне 1993 года французский суд отказал в иске И. Щукиной и И. Коновалову, наследникам известного российского мецената и коллекционера С.И. Щукина. Иск был предъявлен к Российской Федерации, Государственному Эрмитажу и Музею имени А.С. Пушкина. Основанием отказа было признание акта национализации

¹² Сборник решений буржуазных судов по советским имущественным спорам / М.А. Плоткин, В.Г. Блюменфельд. – М.: Государственное внешнеторговое изд-во, 1932. – 110 с.

коллекции С.И. Щукина актом государственной власти, в отношении которого французский суд не обладает компетенцией.

В экстерриториальном действии актов государства относительно национализации собственности проявляется основная привязка, связанная с определением права собственности, – закон местонахождения вещи (*lex rei sitae*). В настоящее время в международном частном праве доктрина акта государства в отношении национализированной собственности получила всеобщее признание. Следует признать объективную необходимость сохранения свободы действия государства в отношении субъектов хозяйствования. Можно привести пример предприятий «Керамин», «Коммунарка», «Спартак», обувного холдинга «Луч», переданных в 1990-е годы в частную собственность инвесторам. Затем государство вернуло контроль над указанными предприятиями, поскольку частные собственники действовали неэффективно.

Несколько сложнее обстоит дело с правом собственности государства на имущество, которое в момент проведения национализации находилось за границей. Практика советской национализации исходила из того, что национализация распространялась и на зарубежную собственность советского государства. Если в отношении государственной собственности (здания посольств, консульств, миссий в зарубежных странах) это не вызвало особого противодействия за рубежом, и данная собственность в итоге была признана принадлежащей СССР, то в отношении зарубежного имущества национализированных частных российских компаний все обстояло иначе, и эта собственность не была признана собственностью советского государства.

Наиболее острые противоречия по вопросу национализированной собственности существовали у СССР с Германией, США и Францией. Они были урегулированы с помощью двусторонних договоров, в которых государства отказались от взаимных претензий по вопросу собственности и от поддержки претензий своих граждан. Это были Раппальский договор от 16 апреля 1922 года, заключенный между РСФСР и Германией, Советско-американское соглашение 1933 года, Соглашение между Россией и Францией об окончательном урегулировании взаимных финансовых и имущественных требований, возникших до мая 1945 года, подписанное 27 мая 1997 года.

Последнее соглашение было наиболее значимым, поскольку неурегулированность имущественных претензий на протяжении длительного времени не позволяла активно развивать в свое время советско-французские, а затем российско-французские отношения.

Согласно ст. 1 Соглашения, французская сторона отказывалась от своего имени и от имени своих юридических и физических лиц предъявить или поддерживать требования, касающиеся претензий по займам и облига-

циям, в отношении которых французские лица были лишены прав собственности или владения.

Соответственно Россия обязалась не предъявлять требований в отношении ущерба, причиненного французскими войсками во время интервенции 1918-1922 годов, а также требований в отношении российских активов во Франции. В возмещение претензий Россия обязалась выплатить 40 миллионов долларов, которые предназначались для распределения между французскими держателями российских облигаций, приобретенных в начале XX века.

Таким образом, современное международное право стоит на позиции признания суверенного права государства на проведение национализации частной собственности, включая иностранные инвестиции. Однако эти действия возможны только на основании законодательного акта государства, осуществляемого в общественных интересах и при условии полной и эффективной денежной компенсации прежним собственникам стоимости национализированного имущества.

ГЛАВА 6

Иностранные инвестиции как фактор экономической интеграции

1. Понятие и история развития международного инвестиционного права

1. Термин инвестиция происходит от английского «investment», что означает «капиталовложение». История появления и развития инвестиций начинается еще в XIX веке, когда в Европе начал развиваться вывоз капитала. Развитие капитализма в Российской империи в конце XIX – начале XX вв. происходило преимущественно за счет притока иностранного капитала, которого привлекали сырьевые ресурсы, дешевая по сравнению с Европой рабочая сила, отсутствие конкуренции. Вывоз капиталов в другие страны В.И. Ленин определял как «паразитизм в квадрате», и связывал с ним вступление капитализма в его последнюю и высшую стадию – империализм. Время изменило оценки этого явления, и с позиции современной глобальной экономики, в вывозе капитала видится не ограбление отстающих в экономическом развитии стран, а жизненно необходимое для них прогрессивное развитие. Примером этому может служить история появления первого трамвая в Витебске.

В 1896 году был заключён договор между Витебской городской управой и французским гражданином Ф. Гильёном о строительстве в городе электрического трамвая. Договор предусматривал передачу концессии на строительство и эксплуатацию трамвая в Витебске на срок 40 лет. Ф. Гильён обязался за собственные средства построить электрическую железную дорогу вместе со всем необходимым для неё и подвижным составом, в том

числе электростанцию. В результате 30 июня 1898 г. в Витебске на маршрут вышел первый трамвай (второй в Российской империи, раньше чем в Москве и в Санкт-Петербурге) и жители города получили удобный и недорогой городской транспорт.

В современном мире иностранные инвестиции для ряда государств являются единственной возможностью преодолеть сложившуюся производственную и техническую отсталость и выйти на уровень современного высокотехнологичного производства. Инвестирование в зарубежные экономики требует соответствующей правовой базы, которая содержится в международном инвестиционном праве, действующем на двух уровнях: международного публичного и международного частного права. В международном публичном праве инвестиционное право является подотраслью международного экономического права и регулирует отношения между государствами и международными экономическими организациями по вопросам вложения и защиты инвестиций. В международном частном праве — это самостоятельная отрасль, регулирующая отношения между принимающим инвестиции государством и частными иностранными инвесторами. Международное инвестиционное право как отрасль международного частного права представляет собой совокупность правовых норм, регулирующих отношения по поводу привлечения, использования и контроля инвестиций и деятельностью иностранных инвесторов в стране вложения капиталов.

2. Первые научные исследования в области международного инвестиционного права появились в 50-ые годы прошлого столетия. Широкую известность получила публикация нигерийского юриста Е. Ноугугу «Юридические проблемы иностранных инвестиций в развивающихся странах» (1) в которой автор резко критиковал иностранные компании за установление всеобъемлющего контроля за страной-реципиентом в ходе осуществления инвестиционной деятельности. Е. Ноугугу стал основателем теории зависимости как результата инвестиций, которая утверждает, что прием иностранных инвестиций ведет к установлению власти транснациональных корпораций над экономикой развивающихся государств.

Первой специальной фундаментальной монографией по международному инвестиционному праву стал труд английского юриста-международника Дж. Шваненбергера «Иностранные инвестиции и международное право», изданный в Лондоне в 1969 году (2). В 1994 году вышла монография «Международное право иностранных инвестиций» профессора Сингапурского национального университета М. Сомараджа (3). В ней автор обосновал тезис о безусловной выгоде для принимающего государства иностранных инвестиций, поскольку они несут новые технологии, стимулируют развитие производства, создают новые рабочие места, способствуют освоению передового менеджмента местным капиталом. В труде М. Сомараджа рассматривались проблемы международной защиты ино-

странных инвестиций, роль в этом процессе двусторонних и многосторонних договоров, значение неприкосновенности иностранной частной собственности.

Проблема гарантий от политических (некоммерческих) рисков впервые была исследована в труде американских авторов П. Комэкса и С. Кинселлы «Защита иностранных инвестиций нормами международного права: юридические аспекты политических рисков», изданном в Нью-Йорке в 1997 году (4). Политический риск, по мнению авторов, – это вероятность для иностранного инвестора быть лишенным полностью или частично своей собственности в принимающем государстве. Авторы называют и характеризуют отдельные виды принудительного изъятия имущества иностранного инвестора, к которым отнесены экспроприация, национализация, конфискация. Политическими рисками П. Комэкс и С. Кинселла определили валютный риск, риск политического насилия, риск при расторжении инвестиционного контракта.

Английский профессор Уильям Е. Батлер в 2002 году опубликовал фундаментальный труд «Законодательство об иностранных инвестициях в Содружестве Независимых Государств», где помимо аналитического материала поместил 135 нормативных актов по инвестиционному законодательству всех 12 государств СНГ в авторском переводе на английский язык (5).

3. В СССР началом исследований в области инвестиционного права явилась работа Н.Н. Вознесенской, «Иностранные инвестиции и смешанные предприятия в странах Африки», опубликованная в 1975 г. Проблеме инвестиций была посвящена и докторская диссертация названного автора «Правовое положение смешанных предприятий и режим иностранных инвестиций», защищенная в 1978 году. Уже в новый период истории России вышла книга Н.Н. Вознесенской «Иностранные инвестиции: Россия и мировой опыт» (2001 г.).

1. Nwogugu E. The Legal Problems of Foreign Investment in Developing Countries. Manchester., 1965.

2. Schwanenberger G. Foreign Investments and International Law. London., 1969.

3. Somaradjah M. The International Law on Foreign Investments. Cambridge., 1994.

4. Comeaux, P. Protecting foreign investment under international law: legal aspects of political risk / Paul E. Comeaux, N. Stephan Kinsella. 446p.

5. Batler, W. Foreign Investment Law in the Commonwealth of Independent States / W. Batler. London. 2002.

Первым фундаментальным исследованием, специально посвященным международно-правовым и национальным проблемам регулирования иностранных инвестиций стала монография ведущего российского специалиста в данной отрасли А.Г. Богатырева "Инвестиционное право", опубликованная в 1992 году. В ней автор подробно рассматривал проблемы право-

вого регулирования инвестиционных отношений в условиях становления рыночной экономики, провел анализ отечественного инвестиционного законодательства и законодательства стран Азии, Африки и Латинской Америки, двусторонних и многосторонних договоров и соглашений об иностранных инвестициях.

Следует отметить монографию ведущего российского специалиста по международному частному праву М.М. Богуславского «Иностранные инвестиции: правовое регулирование», опубликованную в 1996 году, в которой были рассмотрены как теоретические, так и практические вопросы правового регулирования иностранных инвестиций в России и СНГ в целом.

Значительный вклад в развитие российского инвестиционного права внесла Н.Г. Доронина. Первая монография названного автора, посвященная правовым проблемам привлечения иностранного капитала в развивающихся странах: «Некоторые организационно-правовые аспекты иностранных инвестиций в развивающиеся страны», была опубликована еще в 1979 год Из современных публикаций Н.Г. Дорониной следует отметить монографию «Международное частное право и инвестиции» (в соавторстве с Н.Г. Семилютиной), вышедшую в 2012 году, в которой содержится комплексное исследование правового регулирования иностранных инвестиций в России.

4. В Республике Беларусь литература по инвестиционному праву представлена преимущественно учебными и учебно-методическими пособиями. Из научных исследований проблем привлечения иностранных инвестиций в экономику Беларуси, следует выделить, публикации последних лет доктора экономических наук, чрезвычайного и полномочного посла Республики Беларусь в Китае К. Рудого: статью «Прямые иностранные инвестиции в Беларуси: инвестиционный разворот» (Банкаўскі веснік, №11, 2016) и книгу «Потому что так решили мы: поведенческая экономика Беларуси и ее раскодирование» (2017 г.).

2. Источники и принципы международного инвестиционного права

1. Источники международного инвестиционного права – это принципы и нормы, содержащие регулирование поступления иностранных инвестиций, порядок их использования в экономике, гарантии для инвесторов, разрешение возможных споров между принимающим государством и иностранным инвестором. Главными источниками международного инвестиционного права являются национальное законодательство и международные договоры многостороннего и двустороннего характера с участием государства. В Республике Беларусь основными актами национального законодательства в области инвестиций являются:

– Декрет Президента Республики Беларусь от 16 января 2009 года №1 «О государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования»;

– Декрет Президента Республики Беларусь от 6 августа 2009 года №10 «О создании дополнительных условий для инвестиционной деятельности в Республике Беларусь» (в ред. Декрета Президента Республики Беларусь от 13.09.2010 №7 и Декрет №8 от 12.11.2015);

– Указ Президента Республики Беларусь от 6 августа 2009 года №413 «О предоставлении физическим и юридическим лицам полномочий на представление интересов Республики Беларусь по вопросам привлечения инвестиций в Республику Беларусь»;

– Указ Президента Республики Беларусь от 25 мая 2010 года № 273 «О создании государственного учреждения «Национальное агентство инвестиций и приватизации»;

– Об инвестициях: Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 года №53-З;

– О концессиях: Закон Республики Беларусь от 12 июля 2013 года №63-З;

– О государственно-частном партнерстве: Закон Республики Беларусь от 30 декабря 2015 года № 345-З.

Универсальными международными договорами по вопросу инвестиций, в которых участвует Республика Беларусь, являются: Вашингтонская конвенция «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами» от 18 марта 1965 года и Сеульская конвенция об учреждении многостороннего агентства по гарантиям инвестиций от 11 октября 1985 года.

В рамках СНГ Беларусь участвует в Ашгабадском соглашении СНГ 1993 года «О сотрудничестве в области инвестиционной деятельности» и Московской конвенции 1997 года «О защите прав инвестора».

Помимо этого, заключено более 60-ти межправительственных соглашений между правительством Республики Беларусь и правительствами других государств по взаимной защите и поощрению инвестиций.

2. Правовое регулирование иностранных инвестиций предполагает определение основных подходов государства, формирующих его политику в отношении инвестиций, выполняющих роль принципов. Не претендуя на исчерпывающую полноту, можно определить следующие основные принципы международного инвестиционного права:

- принцип свободного допуска инвестиций в страну;
- принцип не дискриминации иностранных инвесторов;
- принцип ограничения допуска иностранных инвестиций в отдельные отрасли из соображений национальной безопасности и защиты государственного суверенитета;

- принцип недопущения в страну инвестиций, имеющих нелегитимное происхождение;
- принцип защиты и поощрения иностранных инвестиций;
- принцип «территориальности» регулирования иностранных инвестиций;
- принцип государственного и международного контроля за движением инвестиций;
- принцип не нанесения ущерба иностранными инвестициями экономике принимающей страны;
- принцип разрешения споров между государством и иностранными инвесторами исключительно в рамках гражданского права;
- принцип недопущения национализации иностранных инвестиций без полной, быстрой и эффективной компенсации;
- принцип свободы вывоза прибыли и дивидендов от инвестиций за пределы страны вложения;
- принцип суброгации, т.е. перехода права требования возмещения в случаях ущерба инвестициям от частного инвестора к Многостороннему агентству по гарантиям инвестиций или государству, которое представляет инвестор;
- принцип устранения двойного налогообложения иностранных инвестиций, предполагающий уплату налогов, как правило, по месту их вложения;
- принцип предоставления национального режима или режима наибольшего благоприятствования иностранным инвестициям.

3. Понятие и классификация иностранных инвестиций

1. В Законе Республики Беларусь «Об инвестициях» от 12 июля 2013 года содержится следующее нормативное определение инвестиций: «Инвестиции – любое имущество и иные объекты гражданских прав, принадлежащие инвестору на праве собственности, ином законном основании, позволяющем ему распоряжаться такими объектами, вкладываемые инвестором на территории Республики Беларусь способами, предусмотренными настоящим Законом, в целях получения прибыли (доходов) и (или) достижения иного значимого результата либо в иных целях, не связанных с личным, семейным, домашним и иным подобным использованием...».

К иностранным инвесторам в Законе отнесены: иностранные граждане и лица без гражданства, постоянно не проживающие в Республике Беларусь, граждане Республики Беларусь, постоянно проживающие за пределами Республики Беларусь, иностранные и международные юридические лица (организации, не являющиеся юридическими лицами), осуществляющие инвестиции на территории Республики Беларусь.

2. Инвестиции могут быть классифицированы по ряду критериев. По происхождению инвестиции разделяются на иностранные и внутренние.

По объекту инвестирования выделяют реальные инвестиции, вкладываемые в производство и финансовые – вклады в сберегательные банки, облигации, акции, депозиты. По временному критерию различают краткосрочные (до одного года), среднесрочные (от года до трех лет) и долгосрочные (более трех лет) инвестиции. По отраслевому признаку выделяют инвестиции в различные отрасли экономики: промышленность, сельское хозяйство, транспорт и связь, сферу услуг и т.д. По цели инвестирования выделяют прямые и портфельные (непрямые) инвестиции. Прямые инвестиции представляют собой вложения в уставные капиталы предприятий (фирм, компаний) с целью установления непосредственного контроля и управления объектом инвестирования. Портфельные инвестиции – вложения в экономические активы с целью извлечения дохода в форме прироста рыночной стоимости инвестиционных объектов: дивидендов, процентов, других денежных выплат.

Под способом инвестиций понимают конкретные формы вложения капиталов в экономику. Согласно ст.3 Закона «Об инвестициях» в Республике Беларусь инвестиции осуществляются следующими способами: созданием коммерческой организации; приобретением, созданием, в том числе путем строительства, объектов недвижимого имущества; приобретением прав на объекты интеллектуальной собственности; приобретением акций, долей в уставном фонде, паев в имуществе коммерческой организации, включая случаи увеличения уставного фонда коммерческой организации; на основе концессии; иными способами, кроме запрещенных законодательными актами Республики Беларусь.

3. Как правило государства предоставляют иностранным инвесторам гарантии и льготы под условием заключения инвестиционного или концессионного договора. Инвестиционный договор – это соглашение между инвестором и принимающим государством о порядке, объеме, сроках и формах реализации инвестиционного проекта. В соответствии с договором инвестор обязуется вложить средства и реализовать конкретный инвестиционный проект, а государство, в свою очередь, предоставляет ему возможности реализации проекта: выделяет землю, объекты недвижимости, предоставляет лицензии, право ввоза оборудования и материалов, разрешает найм местной рабочей силы, устанавливает льготы, предоставляет гарантии и т.п. Инвестиционное соглашение, как правило, включает следующие условия: предмет договора; объем инвестиций; срок действия соглашения; права и обязанности инвестора; права и обязанности государства; гарантии и льготы, предоставляемые инвестору; порядок рассмотрения возможных споров; место рассмотрения споров; ответственность сторон в случае нарушения соглашения и т.п.

Особый вид инвестиций представляют концессионные соглашения. Это соглашение по передаче инвестору объектов, находящихся в исключительной собственности государства или предоставление права

деятельности, относящейся к монополии государства, на возмездной или безвозмездной основе на определенный срок. Посредством концессионных соглашений государство вовлекает в деловой оборот объекты, которые оно не в состоянии эффективно использовать. Выбор концессионера производится, как правило, на основе конкурса.

При осуществлении инвестиционной деятельности возможно возникновение споров между принимающим государством и иностранным инвестором. Особенностью таких споров является, как правило, арбитражная форма рассмотрения, что предполагает указание в инвестиционных и концессионных соглашениях конкретного арбитража. При этом государство берет обязательство не использовать иммунитет при возникновении спора с иностранным инвестором.

4. Особые экономические зоны в Республике Беларусь

1. Особый правовой режим для иностранных инвесторов установлен в свободных экономических зонах, созданных в Республике Беларусь. Деятельность СЭЗ регулируется Законом Республики Беларусь от 7 декабря 1998 года «О свободных экономических зонах», Указом Президента Республики Беларусь от 9 июня 2005 года №262 «О некоторых вопросах деятельности свободных экономических зон на территории Республики Беларусь» (в ред. последующих Указов) и другими нормативными актами.

Свободная экономическая зона – это часть территории Республики Беларусь с точно установленными границами и специальным правовым режимом, предусматривающим более благоприятные, чем обычные, условия осуществления предпринимательской и иной хозяйственной деятельности.

Главные цели деятельности СЭЗ: 1) создание благоприятных условий для инвестиций и развития отдельных регионов Республики Беларусь; 2) внедрение прогрессивных ресурсосберегающих малоотходных и безотходных технологий; 3) содействие международной интеграции и сотрудничеству с зарубежными партнерами.

Свободные экономические зоны создаются Президентом Республики Беларусь. Заявленный объем инвестиции для юридического лица или индивидуального предпринимателя, претендующего на регистрацию в качестве резидента СЭЗ, с 1 апреля 2008 года должен составлять сумму, эквивалентную не менее 1 млн. евро или 500 тыс. евро при условии инвестирования в течение трех лет с даты регистрации субъекта в свободной экономической зоне.

В Республике Беларусь действует шесть свободных экономических зон: «Минск», «Гомель-Ратон», «Брест», «Могилев», «Витебск», «Гродно-инвест». СЭЗ состоят из отдельных участков и секторов с четко определенными границами.

Резидентами СЭЗ являются как юридические лица Республики Беларусь, так и иностранные инвесторы. Основные критерии в отборе кандида-

тов на допуск к работе в СЭЗ – это прогрессивность используемых технологий и производство продукции на экспорт или импортозамещающей продукции. Доля иностранных инвестиций в СЭЗ неодинакова. Наиболее успешно развивается свободная экономическая зона «Брест», которая является комплексной зоной, включающей производственную, экспортную и свободную таможенную зоны.

В отношении резидентов СЭЗ, включая иностранных инвесторов, действует льготный правовой режим, касающийся регистрации, налогообложения, экспорта производимой продукции. Согласно ст. 327 Налогового кодекса Республики Беларусь в свободных экономических зонах на территории Республики Беларусь инвесторам предоставлены следующие льготы:

- налог на прибыль начисляется по ставке, уменьшенной на 50%, от ставки установленной законодательством (п.п. 1 п. 1);
- прибыль резидентов СЭЗ, зарегистрированных в качестве таковых после 31 декабря 2011 года, полученная от реализации товаров (работ, услуг) собственного производства, освобождается от налога на прибыль в течение десяти календарных лет с даты объявления ими валовой прибыли;
- резиденты СЭЗ освобождаются от земельного налога (п. 5).

Имеются также и другие льготы.

В настоящее время в СЭЗах Беларуси занято 1,7% всей численности работающих в республике, в них производится 5,2% от всей промышленной продукции, экспортируется 5,5% товаров от общего объема экспорта в стране. СЭЗы оказывают положительное влияние на экономику государства, но в целом их потенциал, как считают белорусские эксперты, пока полностью не раскрыт.

2. Декретом Президента Республики Беларусь от 22 сентября 2005 года №12 «О парке высоких технологий»¹³ (в ред. последующих Декретов) в Минске был создан Парк высоких технологий, занимающий площадь 50 гектаров. Направлениями деятельности Парка являются разработка и внедрение информационно-коммуникативных технологий и программного обеспечения в промышленных и иных организациях республики; экспорт информационно-коммуникативных технологий и программного обеспечения; другие направления по согласованию с Президентом Республики Беларусь. Генеральным застройщиком ПВТ является израильская строительная компания. Резиденты ПВТ освобождены от всех налогов, включая налог на добавленную стоимость, налог на прибыль, а также таможенные пошлины. Подоходный налог для сотрудников компаний-резидентов Парка составляет 9%.

Декрет Президента Республики Беларусь от 21 декабря 2017 года №8 «О развитии цифровой экономики», вступивший в силу 28 марта 2018 года, создал беспрецедентные условия для развития ИТ-отрасли и предоста-

¹³ Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2005. – №154. – 1/6811.

вил существенные конкурентные преимущества субъектам, работающим в ИТ-сфере. Результатом действия Декрета №8 явилось регистрация в качестве резидентов ПВТ за три месяца 2018 года более 100 новых компаний, что привело к увеличению количества резидентов Парка более чем на треть. В настоящее время резидентами Парка высоких технологий являются 563 компании, которые занимаются разработкой программных продуктов и предоставлением ИТ-услуг клиентам из более чем 67 стран мира. Более половины новых резидентов ПВТ созданы с привлечением иностранных инвестиций. Объем экспорта продукции ПВТ в 2018 году составил более 1млрд. USD.

3. Важнейшим инвестиционным проектом, реализуемым в настоящее время в отношениях Беларуси и Китая, является создание на территории Республики Беларусь Индустриального парка «Великий камень» (далее Парк). Реализация указанного проекта предусмотрена Соглашением между Правительством Республики Беларусь и Правительством Китайской Народной Республикой «О технико-экономическом сотрудничестве» от 18 сентября 2011 года, подписанным в Минске во время визита китайской правительственной делегации.

В качестве принципов создания Парка были определены: направляющая роль правительства; основной субъект – предприятие; рыночное функционирование; научное планирование; пошаговая реализация.

Китайская Сторона обязалась оказывать Парку соответствующую поддержку в области создания, привлечения компаний, проведения координационной работы с финансовыми учреждениями по предоставлению финансовой поддержки предприятиям, участвующим в создании Парка (ст. 3).

Белорусская Сторона, в свою очередь, обязалась: наделить Парк юридическим статусом не ниже, чем статус каких-либо экономических зон Беларуси; предоставить инвестиционные льготы, в том числе в области земельных отношений, налогообложения, финансов, государственных закупок, экспортно-импортной деятельности, валютного регулирования, таможенных преференций, определения страны происхождения товара, въезда и выезда из Республики Беларусь сотрудников, разрешения на работу, проверки и санитарного контроля продукции, связи, проектирования и строительства внутренней инфраструктуры и других направлений (ст. 4).

В качестве модели Индустриального парка используется модель китайского Индустриального парка г. Сучжоу с учетом особенностей Республики Беларусь (ст. 6).

Стороны пришли к соглашению о создании трехуровневого механизма управления Парком, состоящего из Межправительственного координационного совета Парка, администрации Парка; совместной компании по развитию Парка.

Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством КНР было ратифицировано Законом Республики Беларусь

от 7 января 2012 года №348-3. В целях практической реализации Соглашения о создании Китайско-Белорусского индустриального парка, 5 июня 2012 года Президентом Республики Беларусь был издан Указ №253 «О Китайско-Белорусском индустриальном парке».

Указ предусматривает создание особой экономической зоны – Китайско-белорусского индустриального парка в Смолевичском районе в 25 км от Минска общей площадью 112,5 кв. км. со специальным правовым режимом особой экономической зоны, для которой установлен особый порядок налогового регулирования сроком на 50 лет. Согласно Указу высший орган управления Китайско-Белорусского индустриального парка – межправительственный координационный совет, а непосредственное управление деятельностью Парка осуществляет администрация, являющаяся государственным учреждением, подчиненным Совету Министров Республики Беларусь.

Функциями совместной компании в Указе определены: обеспечение проектирования и строительства объектов инфраструктуры, привлечение резидентов и инвесторов, управление объектами индустриального Парка, а также ведение иной хозяйственной деятельности. В этих целях совместной компании предоставляются земельные участки в границах Парка в постоянное либо временное пользование, аренду сроком до 99 лет или частную собственность за плату по цене, равной 50% от кадастровой стоимости таких участков (п.п. 2.7). Совместной компании предоставлено право передавать (отчуждать) земельные участки на территории Парка, находящиеся у нее в аренде (частной собственности), в субаренду (аренду или в частную собственность) его резидентам и инвесторам, являющимся негосударственными юридическими лицами Республики Беларусь, а иным резидентам – в субаренду (аренду) с оформлением необходимых документов одновременно с выполнением работ по строительству объектов Парка (ч. 3 п.п. 2.7).

Совместная компания до 1 января 2032 года, а резиденты Парка со дня их регистрации в качестве резидентов и в течение следующих 10 календарных лет освобождены от следующих налогов: налога на прибыль в отношении прибыли, полученной от реализации товаров (работ, услуг) собственного производства; налога на недвижимость по зданиям и сооружениям, машино-местам, расположенным на территории Парка, независимо от направления их использования; земельного налога за земельные участки на территории Парка (п.п. 3.1 и п.п. 3.2).

По истечении десяти календарных лет, следующих за годом их регистрации в качестве резидента, в течение следующих десяти календарных лет резиденты Парка уплачивают налог на прибыль, земельный налог, налог на недвижимость по ставкам, уменьшенным на 50% (ч. 1 п. 4).

В Указе Президента Республики Беларусь от 5 июня 2012 года №253 предусмотрен и ряд иных льгот и преференций для совместной компании и резидентов Китайско-белорусского индустриального парка. Так, доходы

физических лиц в виде оплаты труда, полученные по трудовым договорам от совместной управляющей компании и резидентов индустриального парка, облагаются подоходным налогом с физических лиц в размере 9%. Земельные участки на территории парка инвестор может получить в пользование сроком до 99 лет либо приобрести в частную собственность.

Развитием Парка занимается китайско-белорусское совместное ЗАО «Компания по развитию индустриального парка» (Industrial Park Development Company (IPDC)), в уставном фонде которого 60% принадлежит китайской стороне, 40% – белорусской.

К потенциальным резидентам парка предъявляется два основных требования: 1) соответствие проекта основным направлениям деятельности парка – создание и развитие производств в сферах фармацевтики, электроники, тонкой химии, биотехнологий, логистики, машиностроения и новых материалов; 2) заявленный объем инвестиций для реализации инвестиционного проекта должен составлять не менее \$5 млн., если срок вложений не ограничен; \$ 500 000 в случае инвестирования в проект в течение трех лет с момента заключения договора или осуществления научно-исследовательских и опытно-технологических работ.

30 июня 2014 года Указом Президента Республики Беларусь № 326 название Китайско-белорусского индустриального парка было изменено: он получил наименование «Индустриальный парк «Великий камень»», по названию находящейся на его территории деревни.

На начало апреля 2020 года резидентами парка являлись 58 компания, из них 23 китайские, 4 белорусские, а также есть компании из России, США, Германии, Литвы, Австрии. Ряд иностранных компаний подписали соглашения с администрацией о намерении вступления в Парк. Общий объем инвестиций уже составляет более 1 млрд. долларов. Выпуск продукции отдельными компаниями ведется с 2018 года.

«Индустриальный парк «Великий камень»» является самым большим индустриальным парком, из числа созданных Китаем парков в Европе. Он выступает в качестве ключевого звена китайского проекта экономического пояса Великого Шелкового пути, названного руководителем Китая Си Цзинь Пинем «один пояс – один путь». Цель проекта – продвижение инвестиционных вложений в странах Евразии, Африки и Азиатско-Тихоокеанского региона, что будет способствовать созданию единого рынка торговли между Европой и Азией.

4. С 22 июня 2019 года в поселке Болбасово Оршанского района начала работать особая экономическая зона «Бремино-Орша», образованная в соответствии с Указом Президента Республики Беларусь № 106 от 21 марта 2019 года. Создание новой особой экономической зоны предусматривает развитие многомодульного промышленно-логистического комплекса в Оршанском районе. Развитие экономической зоны осуществляет управляющая компания «Бремино групп». В отношении резидентов ОЭЗ «Бреми-

но-Орша» применяются нулевые ставки налога на прибыль сроком на девять лет, налога на недвижимость – на 20 лет, налога на дивиденды – до 1 января 2033 года. Существует также ряд других льгот.

Планируется, что ОЭЗ «Бремино-Орша» будет состоять из двух секторов – промышленного и логистического. В промышленном секторе предполагается разместить производство бытовой техники и электроники, фармацевтической продукции и препаратов, автозапчастей и аксессуаров, парфюмерии и косметики, бытовой химии и других товаров. Логистический сектор ОЭЗ будет включать терминалы: автомобильный, железнодорожный и воздушный.

Следует отметить, что согласно Таможенному кодексу ЕАЭС, возможность создания в государствах союза территориальных особых экономических зон строго ограничена: три такие зоны могут быть созданы в России, две – в Беларуси, по одной – в Армении, Казахстане и Кыргызстане.

5. Международные договоры об иностранных инвестициях

1. Развитие инвестиционного сотрудничества между государствами потребовало регулирования этого процесса, как на многосторонней, так и на двусторонней основе. Первым многосторонним соглашением, создавшим надгосударственный механизма разрешения споров между государствами, принимающими инвестиции и иностранными инвесторами, явилась Вашингтонская конвенция «О порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами», принятая 18 марта 1965 года.

Для разрешения споров Вашингтонская конвенция учредила Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) при Международном банке реконструкции и развития. В состав Центра входят Административный совет и Секретариат, который ведет список посредников и список арбитров. Административный совет состоит из представителей государств-участников Конвенции. Функции Председателя Административного совета исполняет Президент Банка без права голоса. Секретариат состоит из Генерального секретаря, одного или нескольких его заместителей и сотрудников секретариата.

В список посредников и список арбитров включаются лица, обладающие необходимой квалификацией и выразившие желание исполнять возлагаемые на них обязанности. Каждое из государств-участников Конвенции вправе назначить по четыре лица в каждый из списков.

Рассмотрение споров в соответствии с Вашингтонской конвенцией возможно по двум процедурам: примирения и арбитража, которые избирает сторона в заявлении на имя Генерального секретаря.

В случае избрания стороной спора примирительной процедуры в кратчайший срок учреждается примирительная комиссия в составе одного или нечетного количества посредников, назначаемых по соглашению сто-

рон. Итогом работы комиссии является доклад Административному совету, содержащей информацию о результате примирения сторон.

При избрании арбитражной процедуры создается арбитраж в составе одного или нечетного количества арбитров по соглашению сторон. Арбитраж самостоятельно решает вопрос о своей компетенции. Спор рассматривается согласно нормам права, в соответствии с соглашением сторон. В случае отсутствия соглашения сторон арбитраж применяет право Договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре, а также те нормы международного права, которые могут быть применимы. Арбитраж принимает решение большинством голосов арбитров.

В случае возникновения спора между Договаривающимися государствами по поводу толкования или применения Конвенции спор по заявлению одной из сторон передается на рассмотрение Международного Суда ООН, если государства не договорятся об ином способе разрешения спора.

Участниками Вашингтонской конвенции в настоящее время являются более 150 государств, в том числе Республика Косово.

Республика Беларусь присоединилась к Вашингтонской конвенции в соответствии с постановлением Верховного Совета Республики Беларусь от 24.04.1992 года №1649-XII. Практически во всех двусторонних договорах о поощрении и взаимной защите инвестиций, заключенных Республикой Беларусь, в случаях возникновения споров между иностранным инвестором и принимающим государством, предусмотрено обращение в Международный центр по урегулированию инвестиционных споров.

Российская Федерация Вашингтонскую конвенцию подписала, но не ратифицировала. Из стран СНГ не участвует в Конвенции Кыргызстан.

2. Задачу снижения риска некоммерческого характера при вложении инвестиций в других государствах выполняет Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций (Multilateral Investment Guarantee Agency) (MIGA), учрежденное Сеульской конвенцией от 11 октября 1985 года. Конвенция вступила в силу 12 апреля 1988 года, и 12 июня того же года МИГА начала свою деятельность. Главная цель Агентства – стимулировать поток инвестиций между странами-членами и особенно в развивающиеся страны, дополняя, таким образом, деятельность Международного банка реконструкции и развития, Международной финансовой корпорации, Международной ассоциации развития. Как уже указывалось, MIGA вместе с вышеперечисленными международными финансовыми организациями составляет группу Всемирного банка.

По характеру деятельности MIGA – международная страховая организация акционерного типа. Ее уставной капитал составляет 1 млрд. СПЗ. Каждое государство подписывается на акции, но оплачивает только 20% от их номинала: 10% – наличными и 10% векселями, не подлежащими передаче, остаток может быть востребован Агентством в случае необходимости исполнения его обязательств.

К страховым случаям Сеульская конвенция относит:

1) любые ограничения на перевод валюты за пределы принимающей страны;

2) экспроприацию или аналогичные меры принимающего государства, в результате которых владелец гарантии лишается права собственности над своими инвестициями, контроля над ними или существенного дохода от них;

3) нарушения договора, что предполагает отказ принимающего правительства от договора с владельцем гарантии или нарушения договора при отсутствии возможности инвестора защитить свои права в судебном порядке;

4) войну и гражданские беспорядки, которые представляют любые военные действия или любые гражданские беспорядки на любой территории принимающего государства.

Кроме этого, Совет директоров квалифицированным большинством голосов может утвердить расширение сферы охвата некоммерческих рисков, исключая риск девальвации или обесценивания национальной валюты.

Не подлежат покрытию убытки, возникшие в результате:

1) любого действия или бездействия принимающего правительства, на которые согласился инвестор или за которые он несет ответственность;

2) любые действия или бездействия принимающего правительства, имевшие место до заключения гарантии.

Гарантии Агентства распространяются только на развивающиеся страны-члены Конвенции. Принимающее правительство должно утвердить гарантии, предоставляемые Агентством по установленным для покрытия рискам, после чего Агентство заключает договор с инвестором. Договоры о гарантии утверждаются Президентом с согласия Совета директоров. Президент с согласия Совета директоров принимает решение о платеже по требованию владельца гарантии в соответствии с договором. В договоры о гарантии обязательно включается требование к владельцам гарантии, до получения выплаты от Агентства, обращаться к административным средствам защиты своих прав, если такие средства легко доступны по законам принимающей страны.

После выплаты или согласия на выплату компенсации владельцу гарантии он уступает Агентству имеющиеся у него права или требования к принимающей стране или иным должникам. Такие условия обязательно предусматриваются в договоре о гарантии и признаются всеми государствами-членами Конвенции.

Обычный срок гарантий MIGA – 15 лет, предельный – 20 лет. Гарантии могут покрывать до 90% объема инвестиций.

Многостороннее агентство занимается не только гарантированием инвестиций, но и консультирует правительственные органы развивающихся стран относительно политики и программ инвестирования, проводит исследования, осуществляет деятельность по содействию капиталовложению

ям путем распространения информации о возможностях инвестирования в развивающиеся страны.

Несмотря на вхождение Беларуси в МІГА с 1992 года, за весь период членства была застрахована только один инвестиционный договор в 2005 году.

В настоящее время Республика Беларусь предпринимает усилия по налаживанию активного сотрудничества с МІГА. 15 июля 2011 года Президент Республики Беларусь подписал Закон Республики Беларусь №299-З «О ратификации поправок к Конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций». Поправки вступили в силу 14 ноября 2011 года, они предусматривают расширение возможностей МІГА по страхованию инвестиционных рисков и упрощение некоторых процедур.

Подготовлены проекты Соглашений между Правительством Республики Беларусь и Многосторонним агентством «О правовой защите гарантированных иностранных инвестиций» и «Об использовании местной валюты». Указанные соглашения должны пройти процедуры ратификации в Республике Беларусь.

Налаживание активного сотрудничества с МІГА позволит Республике Беларусь обеспечить выполнение своих обязательств в соответствии с Сеульской конвенцией, а также будет способствовать привлечению иностранных инвестиций без предоставления инвесторам гарантий Правительства Беларуси. В целом эти шаги, безусловно, положительно повлияют на инвестиционный климат в стране и будут способствовать формированию позитивного имиджа Республики Беларусь на международной арене.

4. Помимо многосторонних договоров существует практика заключения двусторонних межгосударственных договоров и межправительственных соглашений о поощрении и взаимной защите инвестиций. Беларусь заключила шесть межгосударственных договоров и более шестидесяти межправительственных соглашений по инвестициям. Основные позиции межгосударственных договоров и межправительственных соглашений – это взаимные гарантии иностранным инвесторам от национализации и других форм изъятия инвестиций государством, свобода вывоза полученной прибыли, порядок разрешения споров между государствами и государством и иностранным инвестором.

6. Порядок разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными инвесторами

1. Вопрос о способах и месте рассмотрения возможных инвестиционных споров является одним из наиболее сложных в отношениях между принимающим инвестиции государством и иностранным инвестором. Как уже отмечалось, ему целиком посвящена Вашингтонская конвенция 1965 года. Данный вопрос регулируется и национальным законодательством государств. В ст.13 Закона Республики Беларусь «Об инвестициях» 2013 года предусмотрено четыре варианта разрешения возможных споров между инвесторами и Республикой Беларусь: в досудебном порядке путем

проведения переговоров, если иное не установлено законодательными актами Республики Беларусь;

1) в судебном порядке в соответствии с законодательством Республики Беларусь;

2) споры, не относящиеся к исключительной компетенции судов Республики Беларусь, по выбору инвестора могут разрешаться:

а) в арбитражном суде adhoc, учреждаемом согласно Арбитражному регламенту Комиссии ООН по праву международной торговли;

б) в Международном центре по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС) в случае, если инвестор является гражданином или юридическим лицом государства-участника Конвенции по урегулированию инвестиционных споров между государствами и физическими и юридическими лицами других государств от 18 марта 1965 года;

3) если международным договором Республики Беларусь и (или) договором, заключенным между инвестором и Республикой Беларусь, установлен иной порядок разрешения споров, то применяются положения соответствующего международного договора и (или) договора между инвестором и Республикой Беларусь.

2. В двусторонних соглашениях о поощрении и защите инвестиций содержится норма о праве обращения инвестора в арбитраж для разрешения спора с государством. В связи с этим возникают два проблемных вопроса:

1) необходимо ли дополнительное соглашение между сторонами о передаче спора в международный арбитраж при возникновении конкретного спора?

2) означает ли отказ от судебного иммунитета Республики Беларусь, содержащийся в межправительственных соглашениях, отказ и от двух других иммунитетов государства: предварительного обеспечения иска и принудительного его исполнения?

Представляется, что при избрании в инвестиционном договоре конкретного суда или арбитража как места рассмотрения предполагаемых споров, произведенном на основе межправительственного соглашения о поощрении и взаимной защите инвестиций, дополнительные письменные соглашения не требуются. Подтверждением этому может служить п.5 ст.8 Соглашения между Правительством Республики Беларусь и Правительством Боливарианской Республики Венесуэла о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций, где говорится: «Каждая Договаривающаяся Сторона дает свое согласие на передачу спора с инвестором государства другой Договаривающейся Стороны в международный арбитражный суд в соответствии с положениями пунктов 2(б)-2(в) настоящей статьи. Таким образом, никакого дополнительного письменного соглашения между Договаривающейся Стороной и инвестором государства другой Договаривающейся Стороны в дальнейшем не потребуется». Аналогичное положение содержится в п.4 ст.8 Соглашения между Правительством Рес-

публики Беларусь и Правительством Эстонской Республики о содействии осуществлению и взаимной защите инвестиций от 29 октября 2009 года. В п.4 ст.9 Соглашение между Правительством Республики Беларусь и Правительством Государства Кувейт о поощрении и взаимной защите инвестиций от 10.07.2001 года установлено: «Каждая Договаривающаяся Сторона дает безоговорочное согласие на передачу инвестиционного спора для его разрешения путем арбитража согласно выбору инвестора...».

При ответе на второй вопрос следует учитывать, что, если спор передается в МЦУИС, то, как уже отмечалось выше, производится это посредством типовой арбитражной оговорки следующего содержания: «Принимающее инвестиции государство отказывается от любых форм своего иммунитета в отношении признания и приведения в исполнение любого арбитражного решения и (или) постановления, вынесенного составом арбитражного суда, сформированного на основании настоящего арбитражного соглашения». Обязательность исполнения арбитражного решения, вынесенного арбитражным судом МЦУИС, предусмотрено и ст. 54 Вашингтонской конвенции об урегулировании инвестиционных споров от 18 апреля 1965 года, где в ст.54 установлено: «Каждое Договаривающееся государство признает решение Арбитража, вынесенное в соответствии с настоящей Конвенцией, в качестве обязывающего и обеспечивает исполнение денежных обязательств, налагаемых решением Арбитража, в пределах своей территории, таким же образом, как если бы это было окончательное решение судебного органа этого государства». Республика Беларусь присоединилась к Вашингтонской конвенции в 1992 году постановлением Верховного Совета. В результате, отказ в исполнении решения МЦУИС Республикой Беларусь, если возникнет такая ситуация, будет означать нарушение договорного обязательства по международному праву.

Если по инвестиционному спору с участием государства выносится решение международным институциональным арбитражным судом или арбитражным судом *ad hoc*, то в таком случае оно должно исполняться в соответствии с Конвенцией Организации Объединенных Наций о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 года, участниками которой в настоящее время являются около 150 государств мира. Названная Конвенция была подписана еще БССР в декабре 1959 года. Таким образом, как утверждает Я.И. Функ: «...соответствующее государство, снимая с себя в рамках двустороннего международного публичного договора о взаимной защите инвестиций судебный иммунитет, особо оговаривает свое обязательство по обязательному исполнению решения соответствующего арбитражного суда и обязуется принимать необходимые меры для такого исполнения».

ГЛАВА 7

Регулирование внешнеэкономических сделок в современных интеграционных процессах

1. Понятие и виды внешнеэкономических сделок

Внешнеэкономические сделки можно определить как реализуемые в экономической деятельности соглашения между физическими или юридическими лицами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах.

Более узким альтернативным понятием, применяемым в международном частном праве, является внешнеторговый договор, заключающийся в проведении возмездных коммерческих товарообменных операций между субъектами, принадлежащим к разным государствам.

Виды внешнеэкономических сделок разнообразны, но на первом месте находятся договоры купли-продажи, разновидностью которых выступают договоры поставки, отличающиеся периодичностью и непрерывностью.

К внешнеэкономическим сделкам, помимо договоров купли-продажи и поставки, относятся договоры: дарения, подряда, аренды, перевозки, страхования, займа, банковского вклада, хранения, ссуды, лизинга, факторинга, экспедиции, поручения, коммерческой концессии, залога, поручительства, лицензии, франчайзинга и т.д.

Внешнеэкономические сделки в зависимости от количества участников подразделяют на: 1) односторонние (выдача доверенности или поручения иностранному юридическому или физическому лицу на совершение действий от имени доверителя, поручителя); 2) двусторонние (договоры международной купли-продажи, подряда, аренды, перевозки, лизинга, лицензии и т.д.); 3) многосторонние (договор о совместной деятельности, учредительный договор и т.д.). Абсолютное большинство внешнеэкономических сделок имеет двусторонний характер, предусматривающий взаимные обязательства сторон.

Государство также может быть субъектом внешнеэкономических сделок, но его главная роль заключается в публично-правовом регулировании внешнеэкономической деятельности юридических и физических лиц, как на своей территории, так и в отношении тех сделок, которые белорусские юридические и физические лица осуществляют за рубежом. Так, например, государство регулирует открытие счетов белорусскими юридическими и физическими лицами в иностранных банках, а также порядок осуществления расчетов по внешнеэкономическим сделкам. Государственное регулирование внешнеэкономической деятельности осуществляется, главным образом, с помощью экономических методов, но в Законе Республики Беларусь «Об основах регулирования внешнеторговой деятельности» от 24 ноября 2004 года приведен замкнутый перечень методов неэкономического

характера, к которым отнесены: таможенное, тарифное и нетарифное регулирование.

Таможенное регулирование – это установление порядка и правил перемещения товаров через таможенную границу Республики Беларусь, использования товаров, ввезенных на таможенную территорию Республики Беларусь либо вывозимых за ее пределы, в соответствии с установленным таможенным режимом.

Тарифное регулирование осуществляется с помощью классического инструмента внешнеторговой политики – таможенных пошлин в отношении экспорта или импорта товаров, а также сборов за транзит товаров по территории государства.

Нетарифное регулирование, согласно Указу Президент Республики Беларусь №124 от 05.04.2016 года «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» включает следующие меры: запрет ввоза и (или) вывоза товаров; количественные ограничения ввоза и (или) вывоза товаров; исключительное право на экспорт и (или) импорт товаров; автоматическое лицензирование (наблюдение) экспорта и (или) импорта товаров; разрешительный порядок ввоза и (или) вывоза товаров.

2. Применимое право во внешнеэкономических сделках

Вся внешнеэкономическая деятельность основана на договорных обязательствах, которые опосредуют деловые отношения между представителями разных государств.

В договорных обязательствах действует одно из основных начал международного частного права – свобода воли сторон в договорном обязательстве (*lex voluntatis*). При этом свобода воли в договорах не является абсолютной и имеет определенные ограничения, устанавливаемые государством, но при всех оговорках стороны имеют право действовать на основе договорной свободы и собственной воли, исходя из своего экономического интереса. Свобода воли сторон – это первое, о чем должны помнить и к чему должны обращаться участники гражданско-правовых отношений, принадлежащие к разным государствам, при заключении внешнеэкономической сделки.

История международного торгового оборота начиналась в Древнем мире, продолжалась в средневековье, где сложилось так называемое «право купцов», известное сегодня под термином *lex mercatoria*. Это право создавалось самими участниками торгового оборота, и длительное время оно существовало в виде обычаев. С возникновением международных организаций, занимающихся кодификацией международного частного права, появилась возможность произвести унификацию обычаев торгового оборота, которые различались в отдельных странах. В настоящее время унифицированные нормы содержатся в Правилах толкования торговых терминов (Инкотермс), обобщенных Международной торговой палатой, Принципах

международных коммерческих договоров, разработанных Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА), Принципах Европейского договорного права, применяемых в странах ЕС, типовых договорах и правилах, используемых при заключении определенных сделок. Нормы *lex mercatoria* используются только в случае прямого проявления воли сторон, избирающих эти нормы для регулирования своих отношений.

Вместе с тем усилиями государств и межправительственных экономических организаций проводилась унификация материального права коммерческих договоров на международном уровне. Наиболее значительными достижениями на этом направлении стали Конвенция о сроках исковой давности в договорах международной купли-продажи товаров 1974 года, Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Конвенция о международном финансовом лизинге 1988 года, Конвенция о международном факторинге 1988 года.

Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств-участников СНГ 1992 года – пример региональной унификации права внешнеэкономических сделок.

Неоднократно предпринимались попытки международной унификации коллизионных норм в сфере международного коммерческого оборота, но не всегда они были успешными. С этой целью были приняты следующие международные соглашения: Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров 1955 года; Конвенция о праве, применимом к переходу права собственности при международной купле-продаже товаров 1958 года (не вступила в силу); Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 года (не вступила в силу). Примером регионального соглашения в этой сфере может быть Регламент (ЕС) о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I») от 17 июня 2008 года, заменивший Конвенцию стран ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 года.

Помимо названных возможностей регулирования международного коммерческого оборота в каждом государстве существует и национальная система материальных норм, имеющих специальное назначение – регулирование договорных обязательств с участием иностранных юридических и физических лиц.

Таким образом, для регулирования договорных обязательств между субъектами, представляющими разные государства, могут быть использованы следующие методы:

- 1) избрание применимого права, исходя из принципа свободы воли сторон (*lex voluntatis*);
- 2) использование унифицированных обычаев международного торгового оборота (*lex mercatoria*);

3) обращение к унифицированным нормам, содержащимся в международных договорах, регулирующих конкретные виды внешнеэкономических сделок;

4) применение национальных материальных норм, регулирующих договорные обязательства с участием иностранных юридических и физических лиц.

3. Негосударственное регулирование международной торговли

При избрании применимого права для регулирования внешнеэкономической деятельности стороны могут избрать не только право определенного государства, но и сложившиеся международные обычаи в торговле, известные как *lex mercatoria* или торговое право.

Наиболее известным средством негосударственного регулирования являются Принципы международных коммерческих договоров, предложенные путем обобщения торговых обычаев разных стран Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА), в результате чего их сокращенное название – Принципы УНИДРУА.

Первая редакция Принципов УНИДРУА была опубликована в 1994 году. Широкое признание и применение Принципов УНИДРУА 1994 года стимулировали продолжение работы над Принципами в направлении их расширения и дополнения. Вторая редакция Принципов международных коммерческих договоров была опубликована в апреле 2004 года. Последняя редакция Принципов относится к 2020 году. Как указано в преамбуле этого документа, цель Принципов – установление общих норм для международных коммерческих договоров. Функции Принципов многообразны:

1) они подлежат применению в случае, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться указанными Принципами;

2) они могут применяться, когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться «общими принципами права», «*lex mercatoria*» или аналогичными положениями;

3) они могут использоваться для решения вопроса, возникшего в случае, когда оказывается невозможным установить соответствующую норму применимого права;

4) они могут использоваться для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов;

5) они могут служить моделью для национального и международного законодательства.

Принципы открываются статьей о свободе договора. Формулировка статьи не предусматривает никаких ограничений для сторон относительно свободы вступления в договор и определения его содержания. Принципы устанавливают свободу формы договора, что проявляется в отсутствии требования обязательности письменной формы договора. Договор обязателен для сторон и может быть изменен или прекращен только по соглаше-

нию сторон или иным образом в соответствии с Принципами. Применение обязательных (императивных) норм национального или международного происхождения, которые подлежат применению в силу требований норм международного частного права, Принципы не ограничивают.

Принципы имеет диспозитивный характер действия, что проявляется в праве сторон исключить применение Принципов вообще, отступить от них или изменить содержание любого из положений, если иное не предусмотрено в Принципах. При толковании принципов необходимо учитывать их международный характер, а вопросы, прямо в них не разрешенные, подлежат разрешению в соответствии с основополагающими общими принципами. Принципы требуют от каждой стороны действовать в соответствии с принятыми в практике международной торговли добросовестностью и честной деловой практикой. При этом стороны не вправе исключить или ограничить эту обязанность. Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях.

Как уже отмечалось, на возможность применения Принципов УНИДРУА в практике рассмотрения дел указывает п. 29 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31 октября 2011 года «О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц». При этом в Постановлении оговаривается применение Принципов только в случае их избрания сторонами.

В мае 1995 года были опубликованы Принципы европейского коммерческого права, которые основаны на Принципах УНИДРУА 1994 года и в главных положениях повторяют их.

К другим формам негосударственного регулирования, которые применяются в международной практике, относятся:

1) типовые контракты на отдельные виды товаров: Типовой договор на поставку машин и оборудования, Типовой договор на поставку пиломатериалов хвойных пород, – разработанные Европейской экономической комиссией;

2) типовые договоры в сфере торгового мореплавания: на фрахтование судов, агентских соглашений;

3) своды единообразных правил, кодифицированных неправительственными организациями: Правила толкования международных торговых терминов Инкотермс 2010, Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (2006 г.) и Унифицированные правила по инкассо (1995 г.).

Lexmercatoria находится в стадии становления, окончательно его место и роль определятся в будущем, но уже сегодня lexmercatoria получило широкое распространение в международном коммерческом обороте. При этом следует учитывать, что применение lexmercatoria возможно только при условии, если национальное право это допускает, что требует приме-

нения норм публичного права государств, с которыми связан договор и которые регулируют порядок ввоза и вывоза товаров, меры государства по защите своего рынка и т.д.

4. Договор международной купли-продажи товаров, применимое право и форма

Среди внешнеэкономических сделок центральное место принадлежит договору международной купли-продажи товаров. Эта самая старая форма международных хозяйственных связей не утратила своего значения и ведущей роли в современном коммерческом обороте. Обусловлено такое положение договора купли-продажи двумя обстоятельствами:

- во-первых, с договором купли-продажи непосредственно связаны другие международные договоры: расчета, перевозки, страхования и т.д.;
- во-вторых, договор международной купли-продажи наиболее разработан в международном праве, в результате чего унифицированные нормы купли-продажи по аналогии применяются к другим международным коммерческим сделкам.

Содержанием договора международной купли-продажи товаров являются действия, в ходе которых продавец обязуется передать в установленный срок или сроки производимые либо приобретаемые им товары покупателю для использования их в коммерческих или иных целях, не связанных с личным, семейным или домашним потреблением. Главными отличительными чертами договора международной купли-продажи товаров являются: 1) местонахождение коммерческих предприятий в разных государствах; 2) экспортно-импортный характер совершаемой сделки; 3) использование в качестве средства расчета иностранной валюты; 4) проведение платежа с помощью международных межбанковских расчетов; 5) необходимость доставки приобретаемого товара через границу или границы государств. Все перечисленное обуславливает весьма сложный характер реализации договоров купли-продажи. Для выработки единообразных норм правового регулирования государства заключают специальные договоры. Выработка унифицированных норм договоров купли-продажи способствует устранению правовых барьеров в международной торговле и содействует ее развитию.

В правовом регулировании международной купли-продажи существенное значение имеет вопрос о применимом праве. Исходя из принципа свободы воли сторон (*lex voluntatis*) в договорных обязательствах участники могут избрать применимое право. Это может быть как право одного из участников договора, так и право третьей страны, если национальное законодательство не запрещает такой выбор.

В настоящее время широкое применение получила Конвенция ООН о договоре международной купле-продаже товаров 1980 года, которая унифицировала международные нормы в данной сфере правоотношений.

Названная Конвенция может непосредственно избираться экономическими партнерами или ее применение происходит в силу действия норм международного частного права.

В качестве избранного права может выступать и «lex mercatoria» – негосударственное торговое право, которое может быть представлено Принципами международных коммерческих договоров или типовыми договорами на поставку отдельных видов товаров

Актуальным вопросом в купле-продаже является и форма договора. Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 года не требует, чтобы договор заключался или подтверждался в письменной форме или подчинялся иному требованию в отношении формы. Он может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания (ст. 11 Конвенции). Белорусское законодательство содержит в ГК две нормы, идентичные по содержанию (п. 3 ст. 163 и п. 2 ст. 1116), устанавливающие обязательную письменную форму внешнеэкономической сделки. В связи с этим при ратификации Конвенции о международной купле-продаже товаров 1980 года, в соответствии со ст. 96 Конвенции, была сделана оговорка, что любое положение ст. 11, ст. 29 или части II Конвенции, которое допускает, чтобы договор купли-продажи или его изменение или прекращение соглашением сторон либо оферта, акцепт или любое иное выражение намерения совершались не в письменной форме, неприемимо, если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие в Беларуси.

5. Конвенция ООН о договоре международной купли-продажи товаров 1980 года

Работа по унификации правил международной купли-продажи была начата еще в 30-е годы XX столетия. Проект Конвенции по договору международной купли-продажи был разработан Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) и на его основе 11 апреля 1980 года на конференции ООН в Вене была принята Конвенция о международной купле-продаже товаров. Восемь лет ушло на то, чтобы Конвенцию ратифицировали десять государств, и с 1 января 1988 года она вступила в силу. Присоединение к Конвенции Белорусской ССР было оформлено Указом Президиума Верховного Совета БССР от 9 октября 1989 года, а ее участником БССР стала с 1 ноября 1990 года. Следует отметить, что СССР стал участником Конвенции 1 сентября 1991 года. На 01.06.2018 участниками Конвенции являлись 89 государств. Из стран СНГ в Конвенции, помимо Беларуси, участвуют Армения, Азербайджан, Кыргызстан, Узбекистан, Украина, Молдова и Россия. Последним из присоединившихся к Конвенции стран стало Государство Палестина.

Конвенция состоит из 101 статьи, которые разделены на четыре части: ч. I «Сфера применения и общие положения», ч. II «Заключение договора», ч. III «Купля-продажа товаров», ч. IV «Заключительные положения».

Статья 1 ч. I устанавливает сферу применения Конвенции. Главный момент, определяющий применимость Конвенции, – это нахождение коммерческих предприятий сторон договора в разных государствах. Дополнительные условия применения: 1) эти государства должны быть участниками Конвенции; 2) участником Конвенции должно быть государство, право которого применимо к договору согласно нормам международного частного права.

Из сферы действия Конвенции исключены ряд товаров, перечисленных в ст. 2: 1) товары, приобретенные для личного, семейного пользования или домашнего пользования; 2) товары, продаваемые с аукциона; 3) товары, продаваемые в порядке исполнительного производства или иным образом в силу закона; 4) фондовые бумаги, акции, обеспечительные бумаги, оборотные документы и деньги; 5) суда водного и воздушного транспорта; 6) электроэнергия.

Конвенция регулирует не только заключение договора купли-продажи товаров, но и устанавливает права и обязанности продавца и покупателя (ст. 4). По своему характеру действия Конвенция носит диспозитивный характер. Это значит, что стороны, руководствуясь собственной волей, могут исключить применение Конвенции целиком, отступить от любого из ее положений или изменить их действие (ст. 6).

Как уже отмечалось, Конвенция не требует обязательной письменной формы заключения договора купли-продажи.

Часть II «Заключение договора», содержащая 12 статей, регулирует порядок заключения договора путем переписки между сторонами. Такой способ заключения договоров получает все более широкое применение в практике заключения договоров купли-продажи товаров, но он содержит определенные сложности, требующие специального регулирования.

Предложение о заключении договора, адресованное одному или нескольким конкретным лицам, является офертой, если оно определено и выражает намерение оферента считать себя связанным договором в случае акцепта (согласия на заключение договора). Предложение будет считаться достаточно определенным, если в нем обозначен товар и прямо или косвенно устанавливаются количество и цена, либо предусматривается порядок их определения. Предложение, адресованное неопределенному кругу лиц, рассматривается лишь как приглашение делать оферты.

Оферта вступает в силу, когда она получена адресатом. Безотзывная оферта может быть отменена оферентом, если сообщение об отмене оферты получено адресатом раньше, чем сама оферта или одновременно с ней. Оферта не может быть отозвана: а) если в оферте указывается путем установления определенного срока для акцепта или иным образом, что она яв-

ляется безотзывной; или б) если для адресата оферты было разумным рассматривать оферту как безотзывную (ст. 16).

Заявление или иное поведение адресата оферты, выражающее согласие с офертой, является акцептом. Молчание или бездействие сами по себе не являются акцептом.

Акцепт оферты вступает в силу в момент, когда указанное согласие получено оферентом.

Если ответ на оферту содержит дополнения, ограничения или иные изменения, он является отклонением оферты и представляет собой встречную оферту (п. 1 ст. 19).

В случае, если ответ на оферту содержит дополнительные или отличные условия, не меняющие существенно условий оферты, он является акцептом, если только оферент без задержки не возразит устно против этих расхождений или не направит уведомления об этом (п. 2 ст. 19).

Существенно изменяющими условия оферты считаются условия в отношении цены, платежа, качества и количества товара, места и срока поставки, объема ответственности одной из сторон перед другой или разрешения споров (п. 3 ст. 19).

Течение срока для акцепта, установленного оферентом в телеграмме или письме, начинается с момента отправки телеграммы или с даты, указанной в письме, а если такая дата не указана, с даты, указанной на конверте. Течение срока для акцепта, установленного оферентом по телефону, телеграфу или при помощи других средств моментальной связи, начинается с момента получения оферты ее адресатом (п. 1 ст. 20).

Запоздавший акцепт сохраняет силу, если оферент без промедления известит об этом адресата оферты устно или направит ему соответствующее уведомление (п. 1 ст. 21).

Договор считается заключенным в момент, когда акцепт оферты вступает в силу, то есть в момент получения оферентом акцепта.

Часть III «Купля-продажа товаров» состоит из глав: общие положения, обязательства продавца, обязательства покупателя, переход риска и общие положения для обязательств продавца и покупателя.

В общих положениях рассмотрены вопросы нарушения договора, его расторжения, изменения или прекращения. В ст. 25 Конвенции раскрыто содержание существенного нарушения договора. Им признается нарушение договора стороной, если оно влечет за собой такой вред для другой стороны, что последняя в значительной степени лишается того, на что была вправе рассчитывать на основании договора. Статья 26 Конвенции устанавливает, что заявление о расторжении договора имеет силу лишь в том случае, если оно сделано другой стороной посредством извещения.

Договор может быть изменен или прекращен путем простого соглашения сторон, но письменный договор, в котором содержится положение,

требующее письменной формы, прекращается и изменяется таким же образом (ст. 29).

Глава об обязательствах продавца предусматривает выполнение продавцом трех главных обязанностей: 1) поставить товар, 2) передать относящиеся к нему документы, 3) передать право собственности на товар (ст. 30). Если договор предусматривает дату поставки, она должна быть произведена в эту дату; если установлен период времени, поставка производится в любой момент в пределах этого периода; в любом другом случае – в разумный срок после заключения договора (ст. 33). Продавец должен поставить товар, который по количеству, качеству и описанию соответствует требованиям договора и который затарирован или упакован так, как это требуется по договору (ст. 35). Товар должен быть свободным от любых прав или притязаний третьих лиц, которые основаны на промышленной собственности или другой интеллектуальной собственности (ст. 42).

Обязательства покупателя включают: 1) оплату цены за товар; 2) приемку поставки товара.

Если конкретный срок оплаты не установлен, покупатель должен уплатить цену, когда продавец передает либо сам товар, либо товарораспорядительные документы в распоряжение покупателя. Если договор предусматривает перевозку товаров, продавец может отправить его на условиях передачи товарораспределительных документов или товаров против уплаты цены.

Обязанность покупателя принять товар заключается в действиях, которые позволяют продавцу осуществлять поставку товара.

Переход риска утраты или повреждения товара происходит от продавца к покупателю с момента сдачи товара перевозчику, который выдал документы, подтверждающие договор перевозки.

В ст. 74 Конвенции предусматривается возмещение убытков в случае нарушения договора одной из сторон. Убытки составляют сумму, равную тому ущербу, включая упущенную выгоду, который понесен другой стороной. Однако такие убытки не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможные последствия его нарушения. Эта достаточно расплывчатая формулировка устанавливает, что требования, основанные на нарушении договора, не должны выходить за пределы разумного.

Помимо убытков, в случае просрочки в уплате цены или иной суммы, другая сторона имеет право на проценты с просроченной суммы без ущерба для любого требования о возмещении убытков (ст. 78). Однако размер процентов и порядок их определения в Конвенции не установлен. В то же время вопрос о возмещении процентов с просроченной в уплате цены или иной суммы возникает достаточно часто в практике исполнения договоров

международной купли-продажи товаров и разрешается он путем субсидиарного применения норм *lex mercatoria*.

В то же время Конвенция предусматривает и освобождение от ответственности в случае неисполнения обязательств по договору при возникновении определенных обстоятельств. В соответствии с п. 1 ст. 79 освобождение стороны от ответственности возможно, если неисполнение было вызвано препятствием вне ее контроля и при этом неисполнившая обязательства сторона не могла предвидеть это препятствие при заключении договора либо избежать или преодолеть препятствие или его последствия в последующем. Такая ситуация возникает, если государство вводит запрет на проведение субъектами, находящимися на его территории, торговых операций с иностранными партнерами, осуществление которых предусматривалось заключенным до введения ограничений гражданско-правовым договором. В такой ситуации возникает препятствие непреодолимой силы, при котором выполнить условие договора невозможно по независящим от участника обстоятельствам. Примером могут служить санкции государств ЕС и США в отношении России и ответные санкции Российской Федерации в отношении западных производителей сельхозпродукции, введенные в 2014 году.

Освобождение от ответственности возможно также, если неисполнение стороной своего обязательства вызвано неисполнением третьим лицом, привлеченным ею для исполнения всего или части договора (п. 2 ст. 79). Однако освобождение от ответственности во втором случае возможно с учетом положения п. 1 ст. 79, и привлеченное стороной лицо также было бы освобождено от ответственности, если бы положения указанного пункта были применимы в отношении этого лица. Сторона, которая не исполняет своего обязательства, должна известить другую сторону о возникшем препятствии и его влиянии на исполнение договора.

Часть IV «Заключительные положения» содержит ст. 90, где указано, что Конвенция не затрагивает действие любого международного соглашения, которое уже заключено или может быть заключено по предмету, регулируемому Конвенцией. Примером такого соглашения является Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств-участников СНГ от 20 марта 1992 года, известное также как Киевское соглашение (подробнее о нем в § 4).

Договаривающееся государство в момент оформления участия в Конвенции может заявить, что оно не будет связано частью II (Заключение договора) и частью III (Купля-продажа товаров). В таком случае в отношении государства не будут действовать нормы, регулирующие порядок заключения договора купли-продажи товаров, и нормы, регулирующие исполнение договора. Данное заявление, в частности, сделали правительства Дании, Норвегии, Финляндии и Швеции относительно части II Конвенции.

Любое государство может также заявить, что оно не связано положениями п.п. «b» п. 1 ст. 1 Конвенции в случае, когда согласно нормам международного частного права, применимо право Договаривающегося государства. Указанный подпункт касается ситуации, когда одна из сторон договора купли-продажи товаров находится в государстве, не участвующем в Конвенции, но в силу коллизионной нормы применимо право стороны, принадлежащей к государству-участнику, и этим применимым правом должны быть нормы Конвенции. Сделав оговорку о неприменении названного подпункта, государства-участники исключали для своих субъектов применение названного подпункта.

При ратификации Конвенции такое заявление сделали Китай, Сингапур, США, Чехия и Словакия.

6. Применение международных торговых терминов в договорах купли-продажи товаров

В договорах международной купли-продажи товаров особая сложность возникает при доставке товаров от продавца к покупателю, что связано со сложностью прохождения товаров через государственные границы. Решать проблему доставки товаров от продавца к покупателю помогают международные торговые термины, сокращенное название Инкотермс (от французского Internationalcommercialterms). Возникновение терминов произошло из обычаев, применявшихся в международной торговле, которые формировались на протяжении длительного времени. Изначально торговые обычаи не имели единой трактовки в отдельных странах и крупных торговых центрах. Для разрешения проблемы единообразного понимания торговых обычаев Международная торговая палата (МТП) в 1936 году опубликовала свод правил, которые получили название Международных торговых терминов, Инкотермс 1936. Редакционные дополнения и изменения в эти правила были сделаны в 1953, 1967, 1976, 1980, 1990, 2000, 2010 годах. Последняя редакция международных торговых терминов произведена в 2020 году и помещена в публикации Международной торговой палаты №723. Причины периодических пересмотров Инкотермс заключаются в необходимости их адаптации к постоянно изменяющейся практике международной торговли. Обычно новое редактирование сопровождается широким привлечением самих участников мировой торговли с целью выяснения их предложений и пожеланий, которые всегда учитываются при издании новой редакции Правил Икотермс.

Предмет регулирования Инкотермс ограничен вопросами, относящимися к правам и обязанностям сторон по доставке товара от покупателя к продавцу. В связи с этим наиболее распространенными ошибками в понимании Инкотермс являются:

- 1) отнесение их к договору перевозки;

2) представление относительно того, что они должны охватывать все обязанности покупателя и продавца по договору купли-продажи.

Последняя редакция Инкотермс 2020 действует с 1 января 2020 года, которая несущественно отличается от предшествующей редакции Инкотермс 2010.

Всего в Правилах Инкотермс 2020 содержится одиннадцать терминов, разделенные на две группы.

Первая группа терминов Инкотермс 2020 регулирует доставку товаров любым видом транспорта и содержит семь терминов:

EXW (exworks – франко-завод) – означает, что продавец должен предоставить товар покупателю на своем предприятии или в другом указанном им месте;

FCA (freecarrier – франко-перевозчик) – продавец должен предоставить прошедший таможенную очистку товар определенному покупателем перевозчику или другому доверенному лицу в указанном месте;

CPT (carriagepaidto – фрахт/перевозка оплачены до) – продавец доставляет товар перевозчику с оплатой всех расходов до указанного пункта;

CIP (carriageandinsurangepaidto – фрахт/перевозка и страхование оплачены до) – продавец доставляет застрахованный им товар до определенного места;

DPU (deliveredatPlaceUnload) – доставка до места выгрузки) – продавец доставляет товар, прошедший экспортную таможенную очистку, до определенного места. Это новый термин, появившийся в Инкотермс 2020;

DAP (deliveredatplace – доставка до места) – продавец доставляет товар до определенного места. Это также новый термин;

DDP (delivereddutypaid – доставки с оплатой пошлины) – продавец предоставит товар, прошедший таможенную очистку в распоряжение покупателя в указанном месте назначения.

При перевозке товаров по морю или внутренним водным путям Инкотермс 2010 предусматривает применение четырех терминов:

FAS (freealongsideship – свободно вдоль борта судна) – продавец должен разместить товар вдоль борта судна на причале или на лихтерах в указанном порту отгрузки;

FOB (freeonboard – свободно на борту) – продавец выполняет поставку, когда товар размещен на борту или в трюме судна в порту отгрузки;

CFR (costandfreight – стоимость и фрахт) – продавец доставляет прошедший таможенную очистку товар в порт назначения; он же оплачивает фрахт судна;

CIF (cost, insurangeandfreight – стоимость, страхование, фрахт) – продавец оплачивает таможенные пошлины, страхование и фрахт судна.

Начиная с Инкотермс 2010 Правила могут применяться не только в международной, но и внутренней торговле. Использование Правил Инкотермс во внутренней торговле допускалось и ранее на основе соглашения

сторон, в частности, такая практика широко применялась в США, но в Инкотермс 2010 такое их использование впервые получило официальное одобрение. Также с 2010 г. электронные сообщения приравниваются к бумажным сообщениям, если стороны договорились об этом или когда такой способ коммуникации является общепринятым. Это обеспечивает внедрение электронных средств связи в международной торговле при использовании правил Инкотермс.

Практическое значение терминов Инкотермс заключается в значительной экономии времени и упрощении всей процедуры определения способа доставки товара от продавца к покупателю. Вместо отдельного раздела в контракте, регулирующего доставку товара, стороны указывают только определенный согласованный ими термин Инкотермс.

Условие доставки товара может быть указано уже в оферте. На практике это может выглядеть так: «Договор заключается на условиях EXW – Витебск (Инкотермс 2020)», что следует понимать как получение товара со склада производителя в Витебске.

Однако это не означает, что покупатель должен обязательно согласиться с использованием в контракте предложенных условий поставки товара. Соответствующий термин Инкотермс, включенный в контракт, должен быть результатом согласованного волеизъявления двух сторон.

Использование терминов Инкотермс предусмотрено постановлением Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 31 октября 2011 г. «О практике рассмотрения хозяйственными судами Республики Беларусь дел с участием иностранных лиц». В п. 29 постановления дано следующее разъяснение: «При разрешении споров хозяйственный суд вправе применять обычаи международного делового оборота, не противоречащие законодательству Республики Беларусь, в том числе содержащиеся в Международных правилах толкования торговых терминов Инкотермс и Принципах международных коммерческих договоров (далее принципы УНИДРУА), в том случае, когда участники сделки прямо договорились об их применении».

При применении базисных условий поставок, предусмотренных Международными правилами толкования торговых терминов Инкотермс, хозяйственные суды должны учитывать, что стороны вправе по взаимному соглашению изменить содержание базисных условий поставок, на которые они ссылаются в договоре».

7. Международный финансовый лизинг

1. В современной экономике широкое распространение получили договоры лизинга. Слово «лизинг» происходит от английского «leasing», что означает аренда. Это сделка, включающая следующие характеристики:

а) арендатор определяет оборудование и выбирает поставщика, не полагаясь на опыт и суждения арендодателя;

б) оборудование приобретается арендодателем в связи с договором лизинга, который, и поставщик осведомлен об этом, заключен или должен быть заключен между арендодателем и арендатором;

в) периодические платежи, подлежащие выплате по договору лизинга, рассчитываются с учетом амортизации стоимости оборудования.

Чаще всего в качестве лизингодателя выступают специализированные лизинговые компании, для которых предоставление техники или оборудования в лизинг является формой ведения основного бизнеса. Могут выступать в качестве лизингодателя коммерческие банки, страховые компании, инвестиционные фонды, для которых такая деятельность будет дополнительной к их основной деятельности. Лизинг, особенно международный, следует рассматривать как инвестиционную деятельность или долгосрочное кредитование. Бесспорным преимуществом лизинга является отсутствие необходимости поручительства, гарантий, залога, поскольку в случае невыполнения арендатором обязательств лизингодатель изымает объект лизинга. Еще одно преимущество лизинга в том, что расчеты с арендодателем можно производить, используя доходы от эксплуатации объектов лизинга.

Главным актом, регулирующим международный лизинг, является Конвенция о международном финансовом лизинге, принятая в мае 1988 года на дипломатической конференции в Оттаве, в результате чего ее иногда именуют Оттавской конвенцией. Республика Беларусь присоединилась к названной Конвенции на основании Указа Президента Республики Беларусь от 02.07.1998 года № 352. Конвенция вступила в силу в отношении Республики Беларусь с 1 марта 1999 года.

Проект Конвенции был подготовлен Международным институтом унификации международного частного права (УНИДРУА). Цели принятия Конвенции о лизинге в ее преамбуле сформулированы следующим образом:

а) устранение определенных правовых препятствий в отношении международного финансового лизинга оборудования;

б) сделать международный финансовый лизинг более доступным;

в) адаптация правовых норм, регулирующих традиционный договор аренды, к самостоятельным трехсторонним отношениям, возникающим из сделки финансового лизинга;

г) необходимость формулирования единообразных норм, относящихся к гражданско-правовым и торгово-правовым аспектам международного финансового лизинга.

Условием применения Конвенции является нахождение коммерческих предприятий арендодателя и арендатора в разных государствах, которые, как и государство поставщика, являются участниками Конвенции. Еще одним случаем применения будет случай, когда договор поставки и договор лизинга регулируются правом одного из государств-участников Конвен-

ции. Применение Конвенции о лизинге в этом случае будет обусловлено включением ее в правовую систему этого государства.

Применение Конвенции может быть исключено только в случае, если каждая из сторон договора поставки и каждая из сторон договора лизинга дает на это согласие, но если применение не исключено, стороны могут отступать от тех или иных ее положений или вносить изменения в возможные последствия, кроме специально оговоренных положений.

Конвенция устанавливает минимальные обязанности для лизингодателя, поскольку он руководствуется лишь финансовым интересом. Арендодатель освобождается от всякой ответственности перед арендатором в отношении оборудования, за исключением случаев, когда убытки стали следствием его вмешательства в выбор поставщика или спецификации оборудования.

Обязанность арендатора заключается в следующем:

- 1) разумном и бережном использовании переданного ему оборудования;
- 2) возвращении по истечении срока действия договора лизинга оборудования, если он не воспользовался правом его покупки или правом продолжения договора лизинга;
- 3) внесении периодических платежей за объект лизинга.

Поставщик несет обязанность за поставленный объект лизинга, но не несет ответственности одновременно перед арендодателем и арендатором за один и тот же ущерб.

При непоставке оборудования, ее просрочке или несоответствии условиям договора арендатор имеет право:

- а) отказаться от оборудования или расторгнуть договор лизинга;
- б) приостановить периодические платежи по договору до тех пор, пока арендодатель не исправит своего ненадлежащего исполнения;
- в) при расторжении договора лизинга он вправе получить обратно любые периодические платежи и другие суммы, выплаченные авансом.

В случае нарушения договора арендатором арендодатель вправе:

- 1) потребовать причитающиеся ему невыплаченные периодические платежи с начислением процентов, а также понесенные убытки;
- 2) потребовать досрочной выплаты сумм будущих периодических платежей, если это предусмотрено договором лизинга, или может расторгнуть договор лизинга;
- 3) при расторжении договора лизинга оборудования арендодатель не вправе требовать досрочной выплаты будущих периодических платежей, но их сумма может быть учтена при исчислении убытков.

Арендодатель вправе передать все принадлежащие ему права на оборудование по договору лизинга или часть этих прав, что не освобождает

его от выполнения каких-либо из его обязательств по договору лизинга и не изменяет характер договора лизинга или его правовой режим. Арендатор вправе передать право пользования оборудованием или другими своими правами только с согласия арендодателя на такую передачу и при соблюдении прав третьих лиц.

ГЛАВА 8

Обязательства из причинения вреда

1. Возникновение института обязательства из причинения вреда и его правовое регулирование

1. Обязательства, вытекающие из правонарушений (деликтов), оформились в римском гражданском праве ранее договорных. Это объясняется тем, что государство в Древнем Риме считало недопустимым вмешиваться в договорные отношения между частными лицами, в то время как деликтные отношения получили регулирование уже в Законе XII Таблиц (V в. до н.э.). Римскому частному праву были известны три вида деликтов, зафиксированных в систематизации римского права императора Юстиниана «Дигестах» (530 г. н.э.):

- 1) *injuria* (покушение на личность);
- 2) *furtum* (кража);
- 3) *damnuminjuriadatum* (повреждение или уничтожение чужих вещей).

Условиями возникновения деликтных обязательств в римском праве были: причинение вреда собственнику, в том числе узуфрукторию, залогодержателю, посессору; противозаконность причинения вреда; наличие вины в любой форме, включая умысел и неосторожность до легчайшей вины¹⁴.

Статут Великого княжества Литовского 1588 года в ряде артикулов предусматривал возмещение причиненного вреда, употребляя для его обозначения белорусское слово «шкода». Так, в артикуле 47 раздела 3 Статута за уничтожение проезжими посевами виновный «обязан был стороне жалующейся три рубля грошей заплатить, а вред, что люди посторонние на поправе оценят, также платить исправно должен вдвойне»¹⁵.

2. Применимое право по отношению к деликтным обязательствам с давних времен определялось по месту причинения вреда (*lexlocidelicticommissi*). Эта привязка длительное время была единственной в законодательстве большинства европейских стран, но в последнее время ее активно теснят новые «гибкие» коллизионные привязки: применение закона гражданства или domicilio сторон правоотношения, места регистрации транспортного средства, права страны, с которым правоотношение наиболее тесно связано.

¹⁴Харитонов, Е.О. Основы римского частного права / Е.О. Харитонов. – Ростов н/Д, 1999. – С. 259–260.

¹⁵Статут Вялікага княства Літоўскага 1588 года. Тэксты. Даведнік. Каментарыі. – Мінск, 1989. – С. 373.

Особенно широкое распространение получила привязка, ориентирующая на применение общего личного закона деликвента и потерпевшего. Ее применение основано на логичности и целесообразности разрешения правоотношения из деликта на основе права, известного обеим сторонам, оказавшимися участниками названных отношений.

Возникновение привязки, к праву с которым правоотношение наиболее тесно связано, произошло в США в 1962 году из прецедента дела Бэбкок против Джонсона, содержанием которого было возмещение вреда.

На практике выбор применимого права при деликте может быть осложнен тем обстоятельством, что ущерб от него наступает в другом государстве. Это имеет место в случаях так называемых деликтов на расстоянии или разбросанных деликтов, когда существующая в одном месте причина в дальнейшем вызывает причинение вреда во многих местах. В качестве примера может быть приведена авария на атомном реакторе, сопровождающаяся выбросом радиоактивных веществ, или авария на трубопроводе, загрязнившая реку, текущую через несколько государств. В данных случаях в качестве места происшествия может рассматриваться как место действия, так и место наступления последствий, с соответствующей правовой привязкой.

Такая же ситуация возникает в связи с так называемыми «деликтами прессы», проявляющимися в нарушении средствами массовой информации личных прав путем вмешательства в частную жизнь или причинения вреда чести и достоинству личности. Законодательство Германии в этих случаях считает местом совершения деликта место издания газеты или журнала, а местом наступления результата причинения вреда – каждое из мест, где издание распространялось.

3. Право отдельных государств допускает применение закона государства, на территории которого наступил вред, если это более выгодно для потерпевшего. Такое правило впервые было установлено в п. 2 § 32 Закона Венгрии «О международном частном праве» 1979 года.

В п.1 ст. 42 Закона о международном частном праве Грузии 1998 года, регулирующей возмещение вреда, право страны, более благоприятное для потерпевшего указано первым из возможных вариантов его определения: «Обязанность возмещения вреда подчиняется: а) праву страны, более благоприятному для потерпевшего; б) праву страны, где имело место действие или обстоятельство, служащее основанием для требования о возмещении ущерба; в) праву страны, где был причинен вред интересу, защищенному правом».

Длительное время практика деликтных обязательств не допускала возможности избрания применимого права на основе соглашения сторон. Первым позволил сторонам избрать применимое право Закон Швейцарии 1987 года «О международном частном праве», где в ст. 132 было указано: «Стороны могут в любое время после наступления события, повлекшего

причинение вреда, договориться о применении права страны суда». Закон о международном частном праве для внедоговорных обязательственных и вещных отношений, принятый в Германии в 1999 года и инкорпорированный во Вводный закон к Германскому гражданскому уложению, в ст. 42 также позволяет сторонам внедоговорного отношения избрать применимое право.

Закон Украины «О международном частном праве» 2005 года в п. 4 ст. 49 устанавливает: «Стороны обязательства, которое возникло вследствие причинения вреда, в любое время после его возникновения могут избрать право государства суда». Такая же по содержанию норма содержится в ГК Российской Федерации (п. 3 ст. 1219).

Наряду с решением вопроса о праве, применимом к деликтам в законодательстве отдельных государств, могут содержаться и ограничения, касающиеся размера возмещений. Так, во Вводном законе ГГУ в ст. 38 говорится: «На основании совершенного за границей недозволенного действия немцу могут быть предъявлены требования в объеме не большем, чем это предусматривают германские законы».

Аналогичная норма содержится в Законе о международном частном праве Эстонии 2002 года, где при определении возмещения за вред на основе иностранного права не допускается существенно более крупных компенсаций потерпевшей стороне, чем это предусматривается эстонским правом в случае причинения такого же вреда.

2. Регулирование внедоговорных обязательств в Европейском Союзе

В рамках Европейского Союза внедоговорные обязательства получили развернутое регулирование в Регламенте № 864/2007 Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам, «Рим II».

Регламент 874/2007 применяется в ситуациях, содержащих конфликт законов, к внедоговорным обязательствам в гражданской и торговой сфере. Он не применяется к налоговой, таможенной и административной сферам, а также к ответственности государства за действия или бездействие, совершенные при осуществлении публичной власти («acta iure imperii»). Действия Регламента 874/2007 также не регулируют: 1) внедоговорные обязательства, вытекающие из семейных отношений, включая алиментные обязательства; 2) внедоговорные обязательства, вытекающие из режимов имущества супругов и режимов имущества в рамках наследования; 3) внедоговорные обязательства, возникающие на основании переводных векселей, чеков, простых векселей, а также других оборотных ценных бумаг; 4) внедоговорные обязательства, вытекающие из правового регулирования обществ, ассоциаций и юридических лиц; 5) внедоговорные обязательства, вытекающие из отношений между учредителями, доверительными собственниками и бенефициарами траста.

К числу внедоговорных обязательств, подпадающих под действие настоящего Регламента, относятся обязательства вследствие неосновательного обогащения, действий в чужом интересе без поручения и недобросовестных действий одного из контрагентов на этапе преддоговорных переговоров («*culpa in contrahendo*» (лат.) – вина при заключении договора).

Следует отметить, что применимое право, определяемое согласно Регламенту («Рим II»), может быть правом не только государств-членов Европейского Союза, но и правом третьих стран (стран, не входящих в ЕС), включая право Республики Беларусь. Это вытекает из ст.3 Регламента, в которой говорится: «Право, указанное настоящим Регламентом, применяется даже в том случае, если оно не является правом одного из государств-членов».

2. В преамбуле Регламента отмечается, что привязка «*lex loci delicti commissi*» является основным решением в сфере внедоговорных обязательств почти во всех государствах-членах, но практическое ее применение в случаях, когда составные факторы дела рассеяны по нескольким странам, варьируется. Такая ситуация служит источником неопределенности в отношении права, подлежащего применению.

Использование единообразных правил должно увеличить предсказуемость судебных решений и обеспечить разумный баланс интересов лица, которое привлекается к ответственности, и лица, которому причинен вред. Привязка к стране, где расположено место наступления прямого вреда («*lex loci damni*»), создает справедливый баланс интересов лица, которое привлекается к ответственности, и лица, которому причинен вред, а также соответствует современной концепции права гражданско-правовой ответственности и развитию систем ответственности без вины.

Право, подлежащее применению, следует определять исходя из места наступления вреда, независимо от страны или стран, где могут наступать косвенные последствия. Так, в случае причинения вреда здоровью лица или имуществу, страной наступления вреда должна признаваться страна, где был причинен вред здоровью или имуществу.

Общим правилом согласно Регламенту должно быть «*lex loci damni*», предусмотренное в п. 1 ст. 4: «1. Если иное не предусмотрено настоящим Регламентом, то правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие причинения вреда, является право страны, где наступает вред, независимо от того, в какой стране произошел юридический факт, влекущий наступление вреда, и в какой стране или в каких странах наступают косвенные последствия данного юридического факта». Исключением из этого правила будет случай, если стороны имеют свое обычное место жительства в одной и той же стране, право которой и подлежит применению (п.2 ст.4). Если из всех обстоятельств дела вытекает, что причинение вреда имеет явно более тесные связи с другой страной, то применяется право этой другой страны. Более тесная связь с другой

страной может основываться на отношении, ранее сложившемся между сторонами, таком как договор, тесно связанный с соответствующим причинением вреда (п.3 ст.4).

В сфере ответственности за продукцию правило определения применимого права должно учитывать такие безусловные требования, как справедливое распределение рисков в современном высокотехнологичном обществе, охрана здоровья потребителей, стимулирование инноваций, недопустимость недобросовестной конкуренции, содействие торговле. Первым критерием при определении применимого права, требующим принятия во внимание, является право страны, где лицо, которому причинен вред, имело свое обычное место жительства в момент наступления вреда, если продукция была выпущена на рынок в этой стране. Если продукция не выпускалась на рынок в этой стране, возможно установление существования явно более тесной связи с другой страной.

В отношении недобросовестной конкуренции и действий, ограничивающих свободную конкуренцию, правило конфликта законов должно защищать конкурентов, потребителей и общество в целом, и гарантировать нормальное функционирование рыночной экономики. Достигается это использованием привязки к праву страны, на территории которой затрагиваются или могут затрагиваться конкурентные отношения или коллективные интересы потребителей.

3. Регламент регулирует применимое право в случае причинения вреда окружающей среде. Под «вредом окружающей среде» должно пониматься негативное изменение природного ресурса, такого как вода, земля или воздух, нарушение функции, осуществляемой этим ресурсом в пользу другого природного ресурса или ухудшение биологического разнообразия.

В отношении причинения вреда окружающей среде ст. 174 Договора об образовании ЕС, предусматривающая обеспечение высокого уровня ее охраны на основе принципов предосторожности и профилактических действий, принципа устранения ущерба путем обращения, прежде всего, к его источнику и принципа «загрязнитель платит», полностью оправдывает использование принципа привилегированного режима в пользу лица, которому причинен вред. Правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие причинения вреда окружающей среде или обусловленного им вреда для лиц или имущества, является право места наступления вреда, если только лицо, требующее возмещения вреда, не выберет в качестве основы своего требования право страны, где произошел юридический факт, влекущий наступление вреда (п. ст.7)

Применительно к нарушению прав интеллектуальной собственности в ст.8 Регламента сохранен универсально признанный принцип «lex loci protectionis» (закон места истребования охраны). Термин «права интеллектуальной собственности» должен пониматься как означающий ав-

торское право, смежные права, право на охрану баз данных и права промышленной собственности.

В случае внедоговорного обязательства, возникающего вследствие нарушения права интеллектуальной собственности, регулируемого едиными актами ЕС, правом, подлежащим применению к любому вопросу, который не урегулирован соответствующим единым актом Сообщества, является право страны, где было нарушено это право (п.2 ст.8). В ст. 13 Регламента дано специальное толкование применения ст.8, содержащее указание на ее применение к внедоговорным обязательствам, возникающим вследствие нарушения права интеллектуальной собственности.

В ст. 9 Регламента определяется применимое право в случае наступления ответственности за проведение забастовки или локаута (закрытия предприятия по политическим мотивам). К внедоговорному обязательству, которое относится к ответственности лица, действующего в качестве работника или работодателя, за вред, причиненный продолжающимися или завершившимися забастовкой или локаутом, применяется право страны, где были предприняты забастовка или локаут.

К внедоговорным обязательствам отнесены и правоотношения, возникающие вследствие неосновательного обогащения, включая получение ненадлежащего платежа, если они затрагивают существующие отношения между сторонами. Подлежащим применению правом в таких случаях, согласно п.1 ст.10 Регламента, будет право, которое регулирует данное отношение. Если стороны имеют свое обычное место жительства в одной и той же стране в момент, когда происходит юридический факт, влекущий неосновательное обогащение, то правом, подлежащим применению, является право этой страны. В случае, если из всех обстоятельств дела вытекает, что внедоговорное обязательство, возникающее вследствие неосновательного обогащения, имеет явно более тесные связи с другой страной, то применяется право этой другой страны (п. 4 ст. 10).

Подобным образом в ст.11 Регламента регулируются и правоотношения, возникающие при действии в чужом интересе без поручения.

В ст.12 Регламента регулируются правоотношения фактически неизвестные в белорусском праве – вина при заключении договора (*culpa in contrahendo*). Под ней понимается недобросовестное поведение одной из сторон по отношению к контрагенту при согласовании условий готовящегося договора. Оно, в частности, должно включать нарушение обязанности информировать и разрыв переговоров о заключении договора. Согласно п.1 ст.12: « Правом, подлежащим применению к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора, независимо от того, был ли фактически заключен договор или нет, является право, которое применяется к договору или которое подлежало бы применению к нему, если бы договор был заключен».

4. Относительно новым подходом, содержащимся в Регламенте («Рим II»), является норма о выборе сторонами применимого права к внедоговорному обязательству, установленная в ст.14. Такой выбор может быть определен посредством соглашения, заключаемого сторонами после того, как произошел юридический факт, влекущий наступления вреда или, если все стороны занимаются коммерческой деятельностью, посредством соглашения, свободно заключаемого ими до того, как произошел юридический факт, влекущий наступление вреда. Выбор права должен быть прямо выражен или определенно вытекать из обстоятельств дела и не наносить ущерб правам третьих лиц.

В случае юридического факта, влекущего наступление вреда, все элементы ситуации находились в одном или нескольких государствах-членах, то выбор сторонами права третьей страны не должен наносить ущерба применению положений права Сообщества, от которых не разрешается отступать посредством соглашения (п.3 ст.14).

В ст. 15 Регламента определена сфера действия права, применяемого к внедоговорным отношениям: а) условия и объем ответственности, включая определение лиц, которые могут привлекаться к ответственности за совершенные ими действия;

б) основания освобождения от ответственности, ограничения ответственности и распределения ответственности;

с) существование, характер и оценка вреда или требуемое возмещение;

д) в пределах полномочий, предоставленных суду процессуальным правом его государства, меры, которые этот суд может принимать с целью обеспечить предотвращение, прекращение или возмещение вреда;

е) допустимость передачи права на возмещение вреда, в том числе по наследству;

ф) лица, имеющие право на возмещение причиненного им лично вреда;

г) ответственность за действия других лиц;

h) порядок прекращения обязательств, а также правила в отношении исковой давности и утраты права, основанные на истечении срока, включая правила о начале течения, прекращении и приостановлении срока исковой давности или утраты права.

Статья 17 Регламента требует: «При оценке поведения лица, привлекаемого к ответственности, в качестве фактического обстоятельства и по мере необходимости учитываются правила безопасности и поведения, действовавшие в том месте и в тот день, в которые произошел юридический факт, влекущий наступление вреда».

Таким образом, Регламент (ЕС) № 864/2007 Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II») содержит широкий круг регулирования внедоговорных отношений, в том числе и таких, которые в белорусском праве еще не нашли применение.

3. Деликтные обязательства в законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации

1. Внедоговорные обязательства с иностранным элементом получили регулирование в ст. 1129 ГК Республики Беларусь, состоящей из трех пунктов.

В п. 1 ст. 1129 приведена коллизионная норма, представляющая основную привязку «*lexlocidelictcommissi*»: «Права и обязанности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда». Это двусторонняя коллизионная норма, позволяющая применять при возмещении вреда право неограниченного количества государств. Очевидно, что «иное обстоятельство», о котором говорится в приведенной норме, может представлять собой бездействие, повлекшее причинение вреда.

Белорусский законодатель не выделяет ситуации, когда вред наступил в другой стране, как это делает российский законодатель в п. 1 ст. 1219 ГК Российской Федерации. Следовательно, рассматриваемая норма белорусского права не дает возможности применить право страны, где наступил вред или избрать более благоприятное для потерпевшего право, как это предусмотрено в законодательстве отдельных стран.

Коллизионная норма, приведенная в п. 2 ст. 1129, содержит наиболее распространенное изъятие из общего начала *lexlocidelictcommissi*: «Права и обязанности по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являются гражданами или юридическими лицами одного и того же государства, определяются по праву этого государства». Следует обратить внимание на то, что действие п. 2 ст. 1129 распространяется только на деликтные обязательства, возникшие за границей. Такие обязательства могут возникать в результате дорожно-транспортных происшествий или причинении вреда «внутри» туристических групп.

Российский автор Н.И. Марышева в комментарии к аналогичной норме российского права отмечает: «В основе регулирования п. 2 лежит положение ч. 2 ст. 167 ОГЗ 1991 года, согласно которому права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда за границей, если стороны являлись советскими гражданами и юридическими лицами, определялись по советскому праву»¹⁶. Эта норма вошла и в Модель ГК для стран СНГ (п. 2 ст. 1229).

В п. 2 ст. 1129 ГК Республики Беларусь не уточняется, о границе какого государства идет речь: то есть не указано, идет ли речь о совершении действий за границей «Республики Беларусь» или за границей «государства, гражданами которого являются стороны». В силу этого п. 2 ст. 1129 не может толковаться расширительно и не должен распространяться на

¹⁶ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / отв. ред. К.Б. Ярошенко и Н.И. Марышева. – М., 2006. – С.528–529.

случаи возникновения деликтных ситуаций в Республике Беларусь между лицами, имеющими общее гражданство иностранных государств. В таких случаях должно применяться право Республики Беларусь.

В п. 3 ст. 1129 содержится норма о неприменении иностранного права, если действие или иное обстоятельство, служащее основанием для требования о возмещении вреда, по законодательству Республики Беларусь не является противоправным. Эта норма также восходит к основам гражданского законодательства 1991 года (ч. 3 ст. 167), ее практическое значение состояло в том, что она не позволяла взыскивать ущерб, связанный с нанесением морального вреда, понятие которого не было известно советскому праву. В российском Гражданском кодексе эта норма не сохранилась, но она присутствует в п. «ж» ст. 11 Киевского соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 года.

2. ГК Республики Беларусь не содержит статута обязательств из причинения вреда, который включал бы перечень вопросов, подлежащих разрешению при вынесении судебного решения по правоотношению из причинения вреда. В ГК Российской Федерации эта проблема разрешена в ст. 1220, следующей после статьи, определяющей применимое право к правоотношениям, возникающим вследствие причинения вреда. В указанной статье российского ГК к обязательственному статуту деликтного обязательства отнесены:

- 1) способность лица нести ответственность за причиненный вред;
- 2) возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда;
- 3) основания ответственности;
- 4) основания ограничения ответственности и освобождение от нее;
- 5) способы возмещения вреда;
- 6) объем и размер возмещения вреда.

Как указывается в российской литературе, перечень вопросов, разрешаемых на основе статута обязательства из причинения вреда, не является исчерпывающим¹⁷. По мнению В.П. Звекова, «подчинение статута деликтного обязательства способности лица отвечать за причиненный вред означает исключение ее из сфер действия личного закона физического лица и личного закона юридического лица»¹⁸. Это утверждение находит подтверждение и в белорусском законодательстве, поскольку п. 3 ст. 1104 ГК устанавливает: «Гражданская дееспособность физического лица в отношении сделок, совершаемых в Республике Беларусь, и обязательств, возникающих вследствие причинения вреда в Республике Беларусь, определяется по законодательству Республики Беларусь».

¹⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации части третьей (постатейный) / отв. ред. К.Б. Ярошенко и Н.И. Марышева. – М., 2006. – С.546.

¹⁸ Звеков, В.А. Международное частное право: учебник / В.П. Звеков. – М., 2004. – С.459.

Очевидно, отсутствие установленного перечня вопросов, требующих разрешения при судебном или арбитражном рассмотрении иска о возмещении вреда, в законодательстве Республики Беларусь следует признать правовым пробелом, требующим устранения.

4. Регулирование деликтных обязательств в международных договорах с участием Республики Беларусь.

1. Республика Беларусь участвует в ряде международных договоров, где содержатся коллизионные нормы, регулирующие обязательства вследствие причинения вреда. В Минской Конвенции 1993 года и Кишиневской конвенции 2002 года о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам вопросы возмещения вреда разрешены аналогично в ст.42 и ст. 45. Согласно п. 1 указанных статей, обязательства о возмещении вреда определяются по законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Исключением из основного правила будут ситуации, когда причинитель вреда и потерпевший являются гражданами одной Договаривающейся Стороны, право которой и должно применяться (п. 2 ст. 42 и ст. 45). В п. 3 ст. 42 и ст. 45 определена судебная компетенция по делам о возмещении вреда, которая принадлежит суду места действия или иного обстоятельства, послужившего основанием для обращения в суд. В качестве альтернативы потерпевший может обратиться в суд Договаривающейся Стороны, на территории которой проживает ответчик.

Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 года, также содержит коллизионную норму, регулиующую отношения в случае причинения вреда (п. «ж», ст. 11). Оно имеет три основных отличия от Минской и Кишиневской конвенций:

- во-первых, не предусматривает использования законодательства, являющегося общим для причинителя и потерпевшего;
- во-вторых, исключает возмещение вреда, если действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда, по законодательству места рассмотрения спора не является противоправным;
- в-третьих, не содержит указания на судебную компетенцию.

2. В Информационном письме Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16 февраля 1998 года №29 приведен пример использования Соглашения 1992 года для разрешения правоотношения, связанного с причинением вреда¹⁹.

Суть дела следующая. На территории Республики Беларусь произошло дорожно-транспортное происшествие с участием легкового автомобиля,

¹⁹ Вестник ВАС Российской Федерации. – 1998. – №4. – С.46–47.

принадлежавшего белорусскому акционерному обществу, и грузовика-трейлера, принадлежавшего российскому обществу с ограниченной ответственностью. Виновником аварии являлся водитель грузовика, что было зафиксировано в справке ГАИ. Белорусская фирма обратилась в арбитражный суд Российской Федерации, обосновав исковые требования ссылками на нормы ГК Российской Федерации. Однако арбитражный суд при рассмотрении дела пришел к выводу, что в данном случае обязательство возникло из внедоговорных отношений хозяйствующих субъектов, относящихся к государствам-участникам Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 года. В силу этого обстоятельства к разрешению правоотношения должна быть применена коллизионная норма, содержащаяся в п. «ж» ст. 11 Соглашения: «Права и обязанности Сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по законодательству государства, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда». Поскольку местом причинения вреда была территория Республики Беларусь, белорусское законодательство и было избрано российским арбитражным судом для разрешения спора.

3. В договорах о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенных Республикой Беларусь с отдельными государствами, вопросы регулирования обязательств, возникающих в результате причинения вреда, в основном совпадают с Минской конвенцией 1993 года и Кишиневской конвенцией 2002 года, но есть и некоторые отличия. Так, в Договоре между Республикой Беларусь и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным, трудовым и уголовным делам, подписанном в октябре 1994 года, содержится следующая норма, по определению места предъявления иска, помимо места нахождения ответчика: «Компетентным является также суд той Договаривающейся Стороны, на территории которой проживает истец, если на этой же территории находится имущество ответчика». Имеется особенность в коллизионной норме, содержащейся в Договоре о правовой помощи с Латвийской Республикой 1995 года: «Если лицо, причинившее ущерб, и потерпевший являются гражданами одной Договаривающейся Стороны, применяется законодательство Договаривающейся Стороны, в суд которой подано заявление» (п. 2 ст. 39).

По своему содержанию – это новая коллизионная привязка, не встречающаяся больше при регулировании правоотношений, возникающих из причинения вреда.

4. Реальную практическую применимость имеет Гагская конвенция о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям от 4 мая 1971 года. В Конвенции, принятой на одиннадцатой сессии Гагской конференции по международному частному праву, участвуют 20 европейских государств и Марокко. Республика Беларусь присоединилась к Конвенции

1971 года Законом от 29 декабря 1998 года №225-З. Российская Федерация не участвует в Конвенции 1971 года, но в ней участвуют соседние с Беларусью страны: Украина, Польша, Литва и Латвия.

Предметом Конвенции 1971 года является право, применимое к гражданской внедоговорной ответственности, возникающей в результате дорожно-транспортных происшествий независимо от того, какая из судебных инстанций рассматривает вопрос о реализации указанной ответственности (ст. 1). Применимым правом, согласно ст. 3 Конвенции, является национальное право государства, где случилось происшествие за следующими исключениями:

а) если в дорожно-транспортное происшествие вовлечено только одно транспортное средство, которое зарегистрировано в государстве, ином, чем то, в котором имело место происшествие;

б) если в дорожно-транспортное происшествие вовлечены два или более транспортных средств, которые зарегистрированы в одном и том же государстве, ином, чем то, в котором имело место происшествие;

с) если одно или более лиц вне транспортного средства или транспортных средств вовлечены в происшествие и могут нести ответственность и при этом они проживают в государстве регистрации транспортных средств, ином, чем то, в котором имело место происшествие (ст. 4).

Согласно ст. 6 Гаагской конвенции, если автомобиль не имеет регистрации или зарегистрирован в нескольких государствах, то внутреннее право государства, в котором он обычно располагается, заменяет право государства регистрации. Эта норма применяется и в том случае, если ни собственник, ни лицо, осуществляющее контроль над автомобилем или владеющее им, ни водитель обычно не проживают в государстве регистрации на момент дорожно-транспортного происшествия.

В ст. 7 Конвенции указано: «Какое бы право ни применялось, при определении ответственности во внимание принимаются нормы, касающиеся контроля и безопасности дорожного движения, находившиеся в силе в месте происшествия и на его момент». Это означает, что все обстоятельства, связанные с дорожно-транспортным происшествием должны оцениваться на основании правил дорожного движения, действовавших в месте, где оно произошло.

В ст. 8 Конвенции определена сфера применимого права, которая включает: а) основание и объем ответственности; б) основания для освобождения от ответственности, любое ограничение ответственности и любое распределение ответственности; в) наличие и виды телесных повреждений или ущерба имуществу, которые могут подлежать компенсации; г) виды и объем ущерба; д) вопрос о том, может ли право на возмещение ущерба быть передано или унаследовано; е) круг лиц, которым причинен ущерб и которые вправе самостоятельно потребовать возмещения ущерба; ж) ответственность принципала за действия его агентов или нанятого за

действия его служащих; 3) нормы о сроках исковой давности, включая нормы, относящиеся к началу срока исковой давности, а также к его прерыву и приостановлению.

Лица, которым были причинены телесные повреждения или материальный вред, приобретают право предъявлять иск непосредственно к страховщику лица, обязанного нести ответственность, если такое право предусмотрено законодательством, применимым в соответствии с Конвенцией (ст. 9).

В применении любого из законодательств, которые являются применимыми согласно настоящей Конвенции, может быть отказано, только если такое применение явно противоречит публичному порядку (*ordre public*) (ст.10).

Применение Конвенции 1971 года осуществляется независимо от взаимности и она применяется даже в тех случаях, если применимым правом является право государства-неучастника Конвенции (ст. 11). Право государства-неучастника может применяться судебной инстанцией государства-участника, рассматривающей иск о возмещении вреда в случае, если коллизионная норма укажет на право такого государства.

5. В области воздушных перевозок помимо международных соглашений, регулирующих перевозки грузов и пассажиров, действует Конвенция об ущербе, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам на поверхности, подписанная 7 октября 1952 года в Риме, измененная Монреальским протоколом от 23 сентября 1978 года. На Международной конференции по воздушному праву в Монреале в мае 2009 года была принята обновленная Конвенция о возмещении ущерба, причиненном иностранными воздушными судами третьим лицам, предложенная государствам членам ИКАО для ратификации.

В преамбуле отмечается важность обеспечения защиты интересов третьих лиц путем справедливой компенсации, а также необходимость защиты авиационной отрасли от последствий ущерба, причиненного незаконным вмешательством в воздушные перевозки. Одновременно констатируется необходимость скоординированного и согласованного подхода к предоставлению компенсации жертвам третьей стороны на основе сотрудничества между всеми заинтересованными сторонами.

Сферой применения Конвенции 2009 года в ст.2 определен ущерб третьим сторонам, который происходит на территории государства-участника, причиненный воздушным судном в полете по международному маршруту в результате акта незаконного вмешательства. Настоящая Конвенция также применяется к такому ущербу, который имеет место в государстве, не являющемся стороной-участником, что предусмотрено в ст. 28.

Согласно ст. 4 Конвенции подлежит возмещению ущерб при условии, что ущерб был нанесен воздушным судном в полете. Не действует право на компенсацию, если ущерб не является прямым следствием события, вызвавшего его. Возмещению подлежит причинение смерти, телесные повреждения, повреждение имущества, а также экологический ущерб, если

это предусмотрено законодательством государства, на территории которого произошел ущерб. Конвенция не применяется к ущербу, причиненному государственными самолетами, которые используются в военных, таможенных и полицейских службах.

Предел ответственности в ст.5 установлен в соответствии с массой воздушного судна: от 750 000 СДР для самолетов, имеющих максимальную массу 500 кг или менее, до 700 000 000 СДР для самолетов, имеющих максимальную массу более 500 000 килограммов.

Конвенция не отменяет действия предыдущих соглашений о возмещении вред при перевозках, но в ней закреплён приоритет в отношении ранее принятых договоров.

Пока Конвенция 2009 года в силу не вступила.

6. Развитие атомной энергетики потребовало договоренностей, устанавливающих гражданско-правовую ответственность за ядерный ущерб. К ним относятся Парижская конвенция об ответственности перед третьей страной в области ядерной энергии 1960 года, Брюссельская конвенция об ответственности операторов ядерных судов 1962 года, Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 года, измененная Протоколом 1967 года. Из указанных конвенций Республика Беларусь является участником Венской конвенции 1963 года измененной Протоколом 1967 года²⁰.

Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб от 21 мая 1963 года с внесенными в нее изменениями Протоколом от 12 сентября 1997 года предусматривает гражданско-правовую ответственность оператора ядерной установки за радиационный ущерб. В случае, если оператор не в состоянии возместить ущерб в полном объеме, отвечающее за ядерную установку государство обязано выделить дополнительные средства для возмещения ущерба.

Главной особенностью Протокола 1997 года является то, что он позволяет путем внесения специальных норм в национальное законодательство в определенных случаях вообще исключить возмещение ущерба, а также значительно уменьшить пределы ответственности, если такая ответственность наступит. В добавленной Протоколом 1997 года Статье IА Венской конвенции установлено:

«1. Настоящая Конвенция применяется к ядерному ущербу независимо от того, где он причинен.

2. Однако законодательство отвечающего за установку государства может исключить из-под действия настоящей Конвенции ущерб, причиненный –

²⁰ О ратификации Венской конвенции о гражданской ответственности за ядерный ущерб от 21 мая 1963 года: Закон Республики Беларусь от 11 ноября 1997 года №76-3 // Ведомости Национального собрания. – 1998. – №18. – Ст. 207.

а) на территории государства, не являющегося Договаривающимся государством; или

б) в любых морских зонах, установленных государством, не являющимся Договаривающимся государством, в соответствии с международным морским правом.

3. Исключение согласно пункту 2 настоящей Статьи может применяться только в отношении государства, не являющегося Договаривающимся государством, которое во время инцидента – имеет ядерную установку на своей территории или в любых морских зонах, установленных им в соответствии с международным морским правом; и не предоставляет эквивалентных взаимных выгод».

Очевидно, что столь необычная в праве международных договоров норма была включена с целью заинтересовать, как можно больше государств в участии в Венской конвенции 1963 года. Однако количество участников Конвенции на 01.10.18 составляет всего 16 государств. Это свидетельствует в пользу того, что включить приведенную норму в национальное право следует, поскольку ее отсутствие лишает возможности ссылаться на нее в случае наступления ответственности. В этом плане приведенная норма является своеобразным международным эстоппелем, и не воспользоваться им было бы непростительной ошибкой, поскольку исключение ответственности после того, как инцидент произойдет, не будет иметь юридической силы. Помимо этого в новой редакции Ст. V Венской конвенции 1963 года предусмотрена возможность для государства, отвечающего за ядерную установку, уменьшить пределы ответственности оператора в отношении любого одного ядерного инцидента, избрав один из предлагаемых вариантов определения пределов материальной ответственности оператора: не менее чем 300 млн. СПЗ; не менее чем 150 млн. СПЗ; не менее 100 млн. СПЗ; менее 100 млн. СПЗ при условии, что ни в коем случае норма, установленная таким образом, не будет менее 5 млн. СПЗ.

В настоящее время законодательство Беларуси в области ядерной энергетики состоит из Закона Республики Беларусь «Об использовании атомной энергии» от 30 июля 2008 года №426-З, Указов Президента Республики Беларусь «О мерах по реализации международных договоров в области гражданской ответственности за ядерный ущерб» от 29 марта 2011 года №124 и «Об ответственности за ядерный ущерб» от 14 января 2019 года № 16.

В Законе 2008 года содержатся три статьи, регулирующие возмещение вреда, причиненного радиационной аварией. Согласно ст.35 вред, причиненный при осуществлении деятельности по использованию атомной энергии, подлежит возмещению эксплуатирующей организацией в соответствии с Законом и иным законодательством.

В ст.36 Закона 2008 года регулируется предел ответственности за вред, причиненный радиационной аварией. При этом предел ответственности в статье установлен совершенно неопределенно и неконкретно.

В частности, в ч.2 статьи говорится: «Предел ответственности за вред, причиненный радиационной аварией, возникшей при осуществлении деятельности по использованию атомной энергии, не может быть меньше минимального размера, установленного международными договорами Республики Беларусь». Однако Протоколом 1997 года установлены, как уже отмечалось, четыре различные варианты установления пределов ответственности оператора ядерной установки. На наш взгляд, в Закон 2008 года, исходя из возможностей, предоставляемых Протоколом 1997 года к Венской конвенцией о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 года следует внести изменения, которые:

1) исключают ответственность оператора ядерной установки в случае причинения вреда государству, не участвующему в Конвенции 1963 года;

2) установят предел ответственности оператора ядерной установки в отношении любого одного ядерного инцидента в соответствии с четвертым вариантом, допускаемым Протоколом 1997 года: менее 100 млн. СПЗ при условии, что ни в коем случае норма, установленная таким образом, не будет менее 5 млн. СПЗ.

5. Ответственность за ущерб, причиненный товарами или услугами

1. Развитие международной торговли привело к необходимости защиты прав потребителя в отношении недостатков товаров, поставляемых из зарубежных стран. Ответственность за ущерб, причиненный потребителю, регулирует ст. 1130 ГК Республики Беларусь, содержащая три привязки избрания права, из которых истец может выбрать одну, наиболее отвечающую его интересам.

Это может быть право страны:

1) место жительства потребителя;

2) место жительства или место нахождения производителя;

3) место, где потребитель приобрел товар или ему была оказана услуга.

Статья 1130 выступает в качестве специальной по отношению к статье 1129 ГК Республики Беларусь как к общей норме, устанавливающей ответственность за причиненный вред, а также к статьям 1124 и 1125, определяющим право, применимое к договорным отношениям, поскольку приобретение товара или услуги происходит на основе договора.

Белорусский законодатель определил в качестве лица, имеющего право на требование возмещения вреда, потребителя. Это, на наш взгляд, неоправданно сузило сферу действия статьи, поскольку исключило лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность и приобретающих товары или услуги не для личных или семейных нужд.

В аналогичных по содержанию статьях российского ГК (ст. 1221) и Закона Украины «О международном частном праве» (ст. 50) лицом, имеющим право на возмещение, определен потерпевший. Поскольку потерпевшим может быть признан как потребитель, так и лицо, ведущее предпринимательскую де-

тельность, то приведенное определение лица, имеющего право на возмещение, расширяет сферу действия указанных статей в России и Украине.

2. Помимо Гражданского кодекса права потребителя защищает и Закон Республики Беларусь от 9 января 2002 г. № 90-З (в последующих редакциях) «О защите прав потребителя». Действие Закона распространяется и на сферу международного частного права, поскольку с развитием международной торговли все большее количество товаров, произведенных за рубежом, реализуется в Республике Беларусь, а также белорусские товаропроизводители поставляют свою продукцию иностранным потребителям. Ст. 4 Закона устанавливает приоритет действия международных договоров Республики Беларусь, если в них установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены Законом. В числе прав потребителя, перечисленных в ст. 5 Закона, названо и право на возмещение в полном объеме убытков и вреда, причиненных вследствие недостатков товаров (работы, услуги), а также вследствие недостоверной или недостаточной информации о товаре (работе, услуге). Причиненный вред подлежит возмещению в полном объеме продавцом (изготовителем, исполнителем) независимо от его вины и от того, состоял потребитель с ним в договорных отношениях или нет. По выбору потерпевшего причиненный вред подлежит возмещению продавцом или изготовителем товара.

Закон «О защите прав потребителя» предусматривает также компенсацию морального вреда потребителю, которая осуществляется причинителем вреда при наличии его вины, если иное не предусмотрено законодательными актами. Компенсация морального вреда осуществляется в денежной форме независимо от подлежащего возмещению имущественного вреда.

3. Зарубежное законодательство содержит коллизионные нормы, аналогичные ст. 1130 ГК Республики Беларусь, имеющие совпадающий или более широкий объем регулирования. Так, согласно ст. 3128 Гражданского кодекса провинции Квебек (Канада) ответственность изготовителя движимого имущества, независимо от ее основания, регулируется по выбору потерпевшего:

- а) правом страны, где изготовитель имеет место своего делового обзаведения, или, при его отсутствии, место проживания;
- б) правом страны, где было приобретено движимое имущество²¹.

В ч. 1 ст. 133 Закона «О международном частном праве» Швейцарии 1987 года по выбору потерпевшего к требованиям о возмещении вреда, причиненного недостатками или неверным описанием товара, применяется:

- а) право места делового обзаведения или, при отсутствии такового, места обычного пребывания причинителя вреда, или
- б) право государства, в котором был приобретен товар, если причинитель не докажет, что товар был выпущен в продажу на территории этого государства без его согласия²².

²¹ Международное частное право: Иностранное законодательство. – М., 2000. – С.358.

²² Международное частное право: сб. нормативных актов. – 3-е изд. – М., 2006. – С.284.

В ч. 2 ст. 133 швейцарского Закона содержится ограничение по возмещению вреда в случае применения иностранного права в Швейцарии: оно не может превышать возмещение, которое полагается за такой же вред в соответствии со швейцарским правом.

4. Наиболее известной многосторонней конвенцией по вопросу возмещения вреда является Гагская конвенция о праве, подлежащем применению к ответственности за вред, причиненный товаром, заключенная в 1973 году, участниками которой являются отдельные европейские страны. В соответствии с Конвенцией 1973 года подлежащее применению право определяется по совпадению места основной деятельности изготовителя товара и места его приобретения потерпевшим. При отсутствии такого совпадения применяется привязка места причинения вреда (*lex loci delicti commissi*), если в данной стране потерпевший имеет свое обычное место жительства, либо причинитель – место основной деятельности, либо продукт приобретен потребителем (ст. 4). Если ситуация не соответствует приведенным условиям, применяется право страны, в которой ведет свою обычную деловую активность лицо, несущее ответственность за товар, но и при этом потерпевший имеет право предпочесть закон места причинения вреда (ст. 6).

5. В настоящее время широкое распространение получило предоставление туристических услуг по организации отдыха за рубежом. Действующие в Республике Беларусь туристические фирмы предлагают для круглогодичного отдыха самые экзотические страны. Поскольку местом оказания услуг являются зарубежные страны, то правоотношения, связанные с оказанием и получением таких услуг, попадают в сферу регулирования международного частного права.

Правовое регулирование выездного туризма содержится в Законе Республики Беларусь «О туризме» от 25 ноября 1999 года №326-З (в ред. Законов Республики Беларусь от 09.01.2007 №206-З, 16.06.2010 №139-З, 22.12.2011 №139).

Согласно ст.14 Закона 1999 г. реализация тура участнику (участникам) туристической деятельности осуществляется на основании договора оказания туристических услуг. Договором оказания туристических услуг может быть предусмотрено исполнение всех или части обязательств исполнителя по договору третьими лицами. Очевидно, что под третьими лицами следует понимать зарубежных партнеров белорусских туроператоров, непосредственно предоставляющих туристические услуги за рубежом.

Как достаточно расплывчато сформулировано в ст.17 Закона: «Исполнение обязательств третьими лицами не освобождает исполнителя по договору от ответственности перед заказчиком за неисполнение или ненадлежащее исполнение третьими лицами обязательств по договору оказания туристических услуг». На наш взгляд, в Законе «О туризме» должно быть определенно и недвусмысленно указано, что полную ответственность за

объем и качество предоставляемых услуг по договору должен нести исполнитель.

Договор оказания туристических услуг заключается в письменной форме и должен содержать следующие существенные условия: 1) стоимость туристических услуг, сроки и порядок их оплаты; 2) сведения об исполнителе, его месте нахождения (месте жительства индивидуального предпринимателя) и банковские реквизиты; 3) сведения о заказчике в объеме, необходимом для оказания туристических услуг; 4) программу туристического путешествия; 5) права, обязанности и ответственность сторон; 6) условия изменения и расторжения договора оказания туристических услуг, порядок урегулирования возникших споров и возмещения причиненных убытков (вреда); 7) иные условия, относительно которых по заявлению одной из сторон должно быть достигнуто соглашение.

В ч.2 ст.19 Закона, регулирующей качество туристических услуг, содержится норма: «Если законодательством страны (места) временного пребывания предусмотрены обязательные требования к качеству туристических услуг, такие услуги должны быть оказаны с соблюдением этих требований». В связи с указанной нормой возникает вопрос: а кто должен информировать потребителей туристических услуг об обязательных требованиях, существующих в той или иной стране?

Весьма не конкретна и ч.3 ст.19 Закона 1999 года, где регулируется предъявление претензий по качеству туруслуг: «Требования, связанные с недостатками качества туристических услуг, предъявляются заказчиком исполнителю договора оказания туристических услуг в соответствии с законодательством».

Во-первых, услуги могут быть предоставлены не только не надлежащего качества, но и в несоответствующем объеме. Во-вторых, испорченный отдых связан не только с материальными, но и моральными потерями, которые могут значительно превышать материальные. Эти моменты, должны быть четко прописаны в Законе «О туризме», поскольку названный закон должен, в первую очередь, защищать права потребителей туристических услуг, а не деятелей от туристического бизнеса.

6. Регулирование иных внедоговорных обязательств

1. В § 6 ГК «Внедоговорные обязательства» помимо обязательств из причинения вреда содержатся еще два вида обязательств, впервые получившие регулирование в белорусском законодательстве: обязательства из односторонних действий (ст. 1128) и обязательства из неосновательного обогащения (ст. 1131). Оба эти обязательства относятся к односторонним сделкам.

В п. 2 ст. 155 ГК Республики Беларусь односторонней сделкой определяется сделка, для совершения которой необходимо и достаточно выражения воли или действий одной стороны. К таким сделкам в гражданском

праве принято относить оферту, составление завещания, публичное обещание награды, выдачу доверенности, действия в чужом интересе без поручения и др. В ст. 1128 ГК содержится следующая коллизионная норма: «К сделкам из односторонних действий (публичное обещание награды, деятельность в чужом интересе без поручения и др.) применяется право места совершения сделки. Место совершения сделки определяется по праву Республики Беларусь».

Коллизионная отсылка к праву места совершения сделки содержит уточнение, что оно определяется по праву Республики Беларусь, однако в белорусском гражданском законодательстве отсутствует норма, устанавливающая место совершения односторонней сделки.

Такая же коллизионная привязка, но без уточнения страны места совершения сделки, содержится в ч. 1 ст. 48 Закона Украины «О международном частном праве»: «К обязательствам, которые возникают из действия одной стороны, применяется право государства, в котором имело место такое действие».

В ст. 1228 Модели ГК для стран СНГ отсылка в обязательствах из односторонних действий установлена к правилам, которые регулируют вещные обязательства. В ч. 1 ст. 1217 российского ГК к обязательствам, возникающим из односторонних сделок, применяется право страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, принимающей на себя обязательства по односторонней сделке.

Из содержания ст. 1128 ГК Республики Беларусь можно сделать вывод, что в отношении односторонних сделок принцип автономии воли сторон не действует, поскольку коллизионная привязка имеет явно императивный характер.

2. В ст. 1131 определяется применимое право к правоотношению, возникающему вследствие неосновательного обогащения (кондиционного обязательства). Неосновательным обогащением, согласно п. 1 ст. 971 ГК Республики Беларусь, является приобретение или сбережение лицом имущества за счет другого лица, что вызывает обязанность возратить последнему неосновательно приобретенное или сбереженное, за исключением специально оговоренных случаев.

Статья 1131 состоит из трех пунктов. В п. 1 содержится коллизионная норма общего характера: «К обязательствам, возникающим вследствие неосновательного обогащения, применяется право страны, где обогащение имело место». Действие нормы рассчитано на случайный характер неосновательного обогащения, когда между сторонами не существовало правоотношений.

Эта коллизионная норма в белорусском праве имеет императивный характер. В то же время в российском ГК в аналогичной по содержанию норме содержится возможность для сторон правоотношения избрать право страны суда (ч. 2 п. 1 ст. 1223). Такую же возможность предусматривают

Закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 года (п. 2 ст. 127) и Закон Украины «О международном частном праве» 2005 года (п. 2 ст. 52).

В п. 2 ст. 1131 ГК Республики Беларусь изложена норма специального регулирования, рассчитанная на конкретную ситуацию: «Если неосновательное обогащение возникает вследствие отпадения основания, по которому приобретено или сбережено имущество, применимое право определяется по праву страны, которому было подчинено основание».

Формулировка этой нормы взята из Модели ГК для стран СНГ (ст. 1231). Имеется в виду ситуация, которая возникла в связи с существовавшим правоотношением, когда неосновательное обогащение стало результатом переплаты цены, оплаты неиспользованной услуги, поставки товара с превышением согласованного количества и т.д. Отпадение основания следует понимать как прекращение правоотношения, на основании которого возникло неосновательное обогащение. В целом эта формулировка весьма сложна для восприятия, к тому же она не охватывает всех возможных ситуаций, которые могут стать причиной неосновательного обогащения. Возможна, например, ситуация, когда между двумя юридическими лицами был заключен договор хранения, по которому хранитель получил оплату, но поклажедатель имущество на хранение не передал, т.е. фактически правоотношение не возникло, а только предполагалось. Ввиду изложенного предпочтительнее выглядит формулировка, содержащаяся в п. 2 ст. 1223 российского ГК, где регулируется возникновение неосновательного обогащения в связи с существовавшим или предполагавшимся правоотношением.

В п. 3 ст. 1131 ГК Республики Беларусь устанавливается, что понятие неосновательного обогащения определяется по праву Республики Беларусь, хотя, очевидно, логичнее было бы это делать, исходя из применимого к правоотношению права.

3. Следует отметить, что во внедоговорных обязательствах, регулируемых Гражданским кодексом Республики Беларусь, не нашел отражение вопрос о праве, подлежащем применению к обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции. В современном зарубежном законодательстве недобросовестная конкуренция, т.е. всякое действие, противоречащее честным обычаям в промышленных и торговых делах, рассматривается как действие, причиняющее ущерб. В современной рыночной экономике недобросовестная конкуренция превратилась в массовое явление, что наносит ущерб добросовестным участникам. Пресечение недобросовестной конкуренции становится актуальной задачей для каждого государства. В ГК Российской Федерации содержится ст. 1222, которая гласит: «К обязательствам, возникающим вследствие недобросовестной конкуренции, применяется право страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона». Очевидно, что норма о применимом праве в случае недобросовестной конкуренции необходима и в белорусском законодательстве.

7. Ответственность государства за причинение вреда физическому лицу и ответственность лица за причинение ущерба государству

1. В ст. 1114 ГК Республики Беларусь установлено, что в случае участия государства в гражданско-правовых отношениях, правила Раздела VII применяются на общих основаниях, если иное не предусмотрено законодательством Республики Беларусь. Это означает, что ни иностранное, ни белорусское государство не могут быть освобождены от ответственности в случае причинения вреда физическим или юридическим лицам, если иное не предусмотрено законодательством Республики Беларусь.

Вопрос об ответственности государства в случае причинения ущерба личности или собственности регулируется в ст. 12 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности 2004 года. В названной статье установлено: «Если соответствующие государства не договорились об ином, государство не может ссылаться на иммунитет от юрисдикции при разбирательстве в суде другого государства, который обычно обладает компетенцией рассматривать дела, касающиеся денежного возмещения в случае смерти или причинения телесного повреждения какому-либо лицу или нанесения ущерба имуществу или его утраты в результате действия или бездействия, которое предположительно может быть присвоено государству, если такое действие или бездействие имело место полностью или частично на территории этого другого государства и если автор действия или бездействия находился на этой территории в момент этого действия или бездействия». Исходя из содержания статьи, государство-участник Конвенции ООН 2004 года не может ссылаться на иммунитет в случае причинения ущерба какому-либо лицу или имуществу на территории другого государства.

2. Достаточно часто вопрос об ответственности государства возникает в связи деликтами, совершенными воинскими контингентами в других государствах в отношении иностранных граждан. Примером может быть катастрофа на канатной дороге в Италии, которая произошла 3 февраля 1998 года на итальянском горнолыжном курорте Кавалезе в Доломитах. Пилоты корпуса морской пехоты США снизили свой самолёт радиоэлектронной разведки ниже минимально разрешённой высоты полёта, в результате чего самолёт крылом перерезал трос канатной дороги, что стало причиной гибели 20 человек.

В соответствии с Соглашением стран-участниц Северо-Атлантического договора о правовом положении войск от 16 августа 1951г. уголовное преследование военных летчиков, нарушивших правила полета, производилось в США, в ходе которого пилоты не понесли никакого наказания. В качестве компенсации командование НАТО обязала правительство США выплатить 75 % от суммы в 1.9 млн. долларов, за каждого погибшего, что было выполнено американской стороной.

Большой международный резонанс получила катастрофа лайнера Ту-154М российской авиакомпании «Сибирь», выполнявшего рейс по маршруту Тель-Авив – Новосибирск. Самолет был непреднамеренно сбит 4 октября 2001 года, зенитной ракетой, потерявшей цель над Черным морем, выпущенной в ходе проводившихся на Крымском полуострове учений сил ПВО Украины. Первоначально украинские военные полностью отрицали какую-либо причастность к катастрофе. Только под давлением неопровержимых доказательств, власти Украины признали причастность к сбитому самолету. Вопрос о компенсации за гибель пассажиров решался длительное время: в 2003 году Украина подписала с Россией и Израилем межправительственные соглашения о материальном возмещении родственникам погибших в авиакатастрофе. В соответствии с этими соглашениями Украина выплатила по 200 000 долларов США за каждого погибшего – 7 800 000 долларов России и 7 500 000 долларов Израилю. Согласно заключенным соглашениям, выплата компенсаций родственникам погибших в авиакатастрофе являлась добровольным шагом, то есть юридически ответственность за сбитый по ошибке самолет Украиной не была признана, и компенсация за сбитый лайнер ОАО «Авиакомпания Сибирь» так и не была выплачена.

3. Знаковое событие, способное повлиять на гражданско-правовую ответственность государств, произошло в США, где 28 сентября 2016 года Конгресс преодолел вето президента Б. Обамы, приняв закон «Правосудие против спонсоров терроризма» (Justice Against Sponsors of Terrorism Act, JASTA) [354]. Закон позволяет родственникам жертв терактов 11 сентября 2001 года подавать иски в суды США о возмещении ущерба государствами, финансирующими терроризм или оказывающими иную поддержку террористам. В Законе не говорится о конкретных странах, в отношении которых будет действовать закон. Однако первой протест заявила Саудовская Аравия, поскольку из 19 террористов, совершивших атаку на США 11 сентября 2001 года, 15 были подданными этой монархии. МИД королевства назвал преодоление Конгрессом вето президента Барака Обамы вызывающим серьезную обеспокоенность в связи с подрывом базового принципа суверенитета государства. В заявлении было указано: «Эрозия суверенного иммунитета будет иметь отрицательное влияние на все государства, включая сами Соединенные Штаты». Эти же аргументы приводил президент Б. Обама, накладывая вето на закон JASTA. По его мнению, Закон «вредит национальным интересам США» и не соответствует международному праву, поскольку ослабляет принцип иммунитета суверенных государств, который защищает их от судебных процессов. В частности, американский президент указывал на то, что в результате США придется иметь

дело с многочисленными исками в связи с действиями американских войск в других странах, т.е. что этот закон может быть использован против США. После принятия закона JASTA судам уже не надо обращаться в Государственный департамент относительно его мнения о причастности иностранного государства к террористической деятельности.

В федеральный суд США подан иск от имени родственников 850 погибших и 1500 раненных в результате терактов 11 сентября 2001 года. Заявители требуют возмещения от Саудовской Аравии. Сумма иска не разглашается, но она может оказаться беспрецедентной. Косвенным подтверждением этого является сумма взыскания, определенная судом округа Колумбия в отношении КНДР. В декабре 2018 года суд этого округа постановил взыскать за смерть американского студента Отто Уормбиера, умершего после освобождения из северокорейской тюрьмы, в пользу его семьи более 501 миллиона долларов. Суть преступления, совершенного студентом, заключалась в том, что он в качестве сувенира снял агитационный предвыборный плакат в гостинице, находясь в туристической поездке в Северной Корее в 2016 году.

3. В праве отдельных государств применяются иски к физическим и юридическим лицам за причинения ущерба государству нематериального характера. В 2013 году Министерство юстиции США присоединилось к иску в отношении велогонщика Лэнса Армстронга, который сознался в многолетнем употреблении допинга. Основание иска – нанесение ущерба государству, поскольку спонсором велогонщика было государственное почтовое ведомство.

Республика Беларусь также сталкивается в области спорта с ситуациями, когда ее международному престижу наносится ущерб со стороны иностранных юридических и физических лиц. Можно привести в качестве примера решение Международной федерации гребли на байдарках и каноэ (ICF), принятое в июле 2016 года, об однолетней дисквалификации белорусской мужской команды по гребле на байдарках и каноэ на участие во всех международных соревнованиях, в том числе и в Олимпийских играх 2016 года. Однако Международный спортивный арбитражный суд (CAS) в Лозанне 23 января 2017 года вынес решение, в котором утверждалось, что не было никаких оснований для введения ICF однолетнего запрета на участие в соревнованиях белорусской команды гребцов. Наши спортивные чиновники заявили, что они будут предъявлять иск к Международной федерации гребли на байдарках и каноэ и при этом называется сумма \$ 80 тыс., которая составляет возмещение судебных издержек за рассмотрение дела в CAS, куда обращалась белорусская сторона, добиваясь правосудия. В итоге иск так и не был предъявлен.

ГЛАВА 9

Регулирование интеллектуальной собственности в современных интеграционных процессах

1. Понятие интеллектуальной собственности и особенность ее охраны

Исключительные права на результаты интеллектуальной деятельности кардинально отличаются от права собственности, которое является вещным правом, в то время как исключительные права являются нематериальными по своему содержанию, т.е. за ними не стоят вещи. В то же время это право связано с материальным производством, особенно промышленная собственность, поскольку обеспечивает его новыми открытиями, техническими решениями, технологиями и материалами.

Впервые определение «интеллектуальная собственность» появилось в Стокгольмской конвенции от 14 июля 1967 года, которая учредила Всемирную организацию интеллектуальной собственности (ВОИС). В ст. 2 Конвенции было указано, что интеллектуальная собственность включает права, относящиеся к литературным, художественным и научным произведениям; исполнительской деятельности артистов, звукозаписи, радио- и телевизионным передачам; изобретениям во всех областях человеческой деятельности; научным открытиям; промышленным образцам; товарным знакам обслуживания, фирменным наименованиям и коммерческим обозначениям; защите от недобросовестной конкуренции, а также все другие права, относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях.

В Соглашении об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г. (ТРИПС), которое явилось одним из соглашений по преобразованию Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) во Всемирную торговую организацию (ВТО), перечень объектов интеллектуальной собственности был расширен за счет включения в ее состав компьютерных программ и баз данных, смежных прав, географических названий в наименованиях мест происхождения товаров, топологии интегральных микросхем, нераскрытой информации. Однако и расширенный перечень объектов интеллектуальной собственности вряд ли можно считать закрытым, поскольку развитие научно-технического прогресса будет его пополнять новыми объектами.

2. В отношении применимого права к интеллектуальной собственности сложилась привязка применения права того государства, на территории которого испрашивается охрана, действует привязка закон места истребования охраны прав «*lex loci protectionis*». В законодательстве отдельных стран указывается, что наряду с национальным правом применяются и нормы международных договоров. Так, например, в ГК Вьетнама от 28 октября 1995 года авторское право и право на промышленную собственность

«защищается по праву СРВ и международным договорам, в которых участвует СРВ».

В Республике Беларусь при охране исключительных прав иностранных граждан также возможно применение норм международных договоров при защите прав на интеллектуальную собственность иностранцев и граждан Республики Беларусь, поскольку в соответствии с ч. 2 ст. 15 Закона «О международных договорах Республики Беларусь» «общепризнанные принципы международного права и нормы международных договоров Республики Беларусь, вступивших в силу, являются частью действующего на территории Республики Беларусь права».

Интеллектуальная собственность делится на два блока в зависимости от принципа охраны – авторское и патентное право, но еще относительно недавно авторское право и патентное право рассматривались как самостоятельные разделы международного частного права. Различие между двумя блоками интеллектуальной собственности создают особые предметы регулирования и способы охраны прав. Предметом регулирования авторского права являются объекты, создаваемые в области духовной культуры общества. Объекты промышленной собственности, как это следует из их названия, непосредственно связаны с материальным производством.

В основу охраны авторского права со времени его возникновения в XIX столетии был положен сам факт создания произведения, в результате чего можно говорить о фактическом принципе охраны. Промышленная собственность охраняется особыми документами – патентами в силу чего в нем действует регистрационный принцип охраны.

Объединяет авторское и патентное право то, что они имеют территориальный характер действия. Это означает, что, возникнув в одной стране, авторское и патентное право могут получить международный характер и выйти за рамки страны возникновения только с помощью международных договоров, которые заключают государства, чтобы защитить интересы своих авторов и патентообладателей в других странах.

Необходимость такой защиты основана на требованиях важнейших документов по правам человека. Всеобщая декларация прав человека в ч. 2 ст. 27 и ст. 15 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах закрепили за каждым человеком право на защиту его моральных и материальных интересов, являющихся результатом научных, литературных и художественных трудов, автором которых он является.

В современном высокотехнологичном мире интеллектуальная собственность, особенно промышленная, может быть весомым источником доходов для отдельных государств, находящихся на передовых позициях в научно-техническом развитии. В связи с этим охране своих интересов в сфере авторского и патентного права государства уделяют особое внимание. В то же время государства, не принимающие эффективных мер в деле борьбы с нарушениями исключительных прав на результаты интеллекту-

альной деятельности, могут подвергаться различным санкциям со стороны других государств, заинтересованных в охране таких прав, и международных организаций. Показательна в этом плане позиция Всемирной торговой организации, которая, опираясь на уже упомянутое Соглашение ТРИПС, ведет активную борьбу с фактами нарушения исключительных прав. Это проявляется и при приеме новых государств в ВТО, поскольку от государства, подавшего заявку на вступление в организацию, требуют эффективной и последовательной политики в защите прав интеллектуальной собственности в пределах своей юрисдикции.

2. Международная охрана авторских прав

Международная охрана авторских прав берет начало в середине XIX столетия. Вначале это были двусторонние соглашения государств. Первые международные конвенции по охране литературных произведений были заключены между Францией и Сардинским королевством в 1843 году, Пруссией и Англией в 1846 году, Францией и Англией в 1851 году. Международная охрана авторского права в Российской империи берет начало в 60-ых годах XIX века, когда были заключены отдельные конвенции о литературной и художественной собственности с Францией в 1861 году и Бельгией в 1862 году. Срок действия названных конвенций ограничивался шестью годами.

Первой международной конвенцией по авторскому праву стала Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений, заключенная 9 сентября 1886 года в Берне, Швейцария. Участниками конвенции в момент подписания явились всего семь государств: Бельгия, Германия, Франция, Испания, Великобритания, Тунис и Швейцария. Российская империя не присоединилась к участникам Бернской конвенции, однако «Закон об авторском праве», принятый 20 марта 1911 года имплементировал отдельные положения Конвенции 1886 года.

Бернская конвенция неоднократно пересматривалась и редактировалась, в результате чего она распространялась на новые сферы авторских прав. Наиболее существенные изменения были внесены в 1967 году в Стокгольме, когда была создана Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС), в 1971 и 1979 годах на дипломатических конференциях в Париже в Бернскую конвенцию внесли новые нормы.

В Бернской конвенции были сформулированы ряд принципов, остающихся незыблемыми и в настоящее время. К ним относятся:

- принцип национального режима, требующий от государства-участника конвенции предоставление гражданам других стран-участниц таких же авторских прав, что и своим собственным гражданам;
- принцип независимости охраны, устанавливающий правило автономности охраны произведения в каждой стране, не связанной с охраной

произведений в других странах, в том числе в стране происхождения произведения;

– принцип автоматической охраны, предусматривающий возникновение авторского права при обретении произведением материальной формы без всяких бюрократических формальностей.

Согласно ст. 1 Бернской конвенции государства-участники образуют специальный Союз для охраны прав авторов на их литературные и художественные произведения, получивший название Бернского союза.

В ст. 2 Конвенции раскрыт термин «литературные и художественные произведения», к которым отнесены все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме они ни были бы выражены: книги, брошюры и другие письменные произведения; лекции, обращения, проповеди и другие подобного рода произведения; драматические и музыкально-драматические произведения; хореографические произведения и пантомимы; музыкальные сочинения с текстом или без текста; кинематографические произведения; рисунки, произведения живописи, архитектуры, скульптуры, графики и литографии; фотографические произведения; произведения прикладного искусства; иллюстрации, географические карты, планы, эскизы и пластические произведения, относящиеся к географии, топографии, архитектуре или наукам. Охране также подлежат переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения без ущерба правам авторов оригинального произведения. В то же время охрана не распространяется на сообщения о новостях дня или на сообщения о различных событиях.

Согласно ст. 3 Бернской конвенции охрана предоставляется авторам литературных и художественных произведений, которые:

- а) являются гражданами одной из стран Союза;
- б) авторам, не являющимся гражданами одной из стран Союза, в отношении их произведений, выпущенных в свет впервые в одной из стран Союза;
- в) авторам, имеющим обычное место жительства в одной из стран Союза.

В ст. 5 Конвенции установлено, что в отношении произведений авторы пользуются охраной в других странах в соответствии с законами этих стран, а также правами, особо предоставляемыми самой Конвенцией. Пользование такими правами не связано с выполнением каких-либо формальностей. Объем охраны, средства защиты, предоставляемые автору, регулируются законодательством страны, в которой истребуется охрана.

Срок охраны, предоставляемый Бернской конвенцией, составляет все время жизни автора и пятьдесят лет после его смерти (ст. 7).

За каждым автором признаются следующие исключительные права:

- право на воспроизведение произведения любым способом и в любой форме (ст.9);
- право на перевод (ст. 8);
- право следования (ст. 14ter);
- право на публичное вещание (теле-, радио эфир или по проводам) (ст.11bis);
- право на публичное исполнение произведений (ст.11);
- право на публичное чтение (для литературных произведений) (ст.11ter);
- право на переделки, аранжировки и другие изменения произведения (право на переработку) (ст. 12);
- право на кинематографическую переделку произведения (ст. 14).

Из всех перечисленных прав отдельного разъяснения требует право следования. Это право автора в отношении оригиналов произведений искусства (картин, скульптур) и оригиналов рукописей, а после смерти автора – наследников, пользоваться неотчуждаемым правом долевого участия в каждой продаже произведения, следующей за первой его уступкой, совершенной автором произведения.

Бернская конвенция установила также и охрану немущественных прав авторов. Согласно п. (1) ст. 6 bis «Независимо от имущественных прав автора и даже после уступки этих прав он имеет право требовать признания своего авторства на произведение и противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора». В соответствии с п. (2) статьи, указанные права сохраняют силу после смерти автора, по крайней мере, до прекращения срока действия его имущественных прав и осуществляются лицами или учреждениями, уполномоченными на это законодательством страны. Средства защиты немущественных прав определяются законодательством страны, где истребуется охрана (п. (3) ст. 6 bis).

Единственной страной в мире, не признающей немущественные права на авторские произведения и отказывающей им в судебной защите являются США, но они не участвуют в Бернской конвенции.

Согласно ст. 18, Конвенция, имеет обратную силу действия во времени, поскольку она взяла под охрану все произведения авторов, которые еще не стали общим достоянием в стране, т.е. в отношении которых действовала охрана. Но ряд государств-участников при присоединении сделали оговорку о том, что данная Конвенция будет применяться ими без обратной силы. В результате оговорки действие Конвенции распространяется только на произведения, которые будут опубликованы или обнародованы после присоединения государства к Конвенции и, соответственно, сфера действия охраны в таком случае будет значительно уже. Смысл оговорки в

том, чтобы избежать исков в связи с имевшими место нарушениями авторских прав в государстве до его присоединения к Конвенции.

В то же время Бернская конвенция не препятствует более широкой охране произведений, которая может быть предусмотрена законодательством отдельных стран Союза. В частности, это может касаться срока охраны произведения, который в национальном законодательстве может превышать пятьдесят лет. Примером может служить ст.1281 ГК Российской Федерации, согласно которой исключительное право на произведение действует в течение всей жизни автора и семидесяти лет, считая с 1 января года, следующего за годом смерти автора. А если автор произведения был репрессирован и посмертно реабилитирован, срок действия исключительного права считается продленным и семьдесят лет исчисляются с 1 января года, следующего за годом реабилитации автора произведения. В случае, если автор работал во время Великой Отечественной войны или участвовал в ней, срок действия исключительного права увеличивается дополнительно на четыре года.

СССР не участвовал в Бернской конвенции, поскольку его законодательство по авторскому праву во многом противоречило Конвенции: достаточно указать, что срок охраны авторского права в СССР составлял всего 15 лет.

Республика Беларусь оформила свое участие в Бернской конвенции и, соответственно, членство в Бернском союзе Законом от 14 июля 1997 года «О присоединении Республики Беларусь к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений (Парижскому акту от 24 июля 1971 года, измененному 28 сентября 1979 года). Конвенция начала действовать в отношении Республики Беларусь с 12 декабря 1997 года. Всего в Бернской конвенции участвует в настоящее время 167 государств мира.

Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве была принята 6 сентября 1952 года, вторая ее редакция – 24 июля 1971 года, обе редакции – действующие. В настоящее время в Конвенции насчитывается 100 государств-участников, причем 42 – члены обеих редакций, 25 – только редакции 1952 года и 23 – только редакции 1971 года.

Разработка и принятие Всемирной конвенции проходили под руководством специализированной Организации ООН по образованию, науке и культуре (ЮНЕСКО). Необходимость принятия еще одной конвенции по авторскому праву мотивировалась целью привлечь к участию в ней страны, не участвовавшие в Бернской конвенции и, в первую очередь, государства американского континента. В ст. 1 Всемирной конвенции дается самый общий перечень литературных, научных и художественных произведений, включая произведения письменные, музыкальные, драматические и кинематографические, произведения живописи, графики и скульптуры.

Правовая охрана предоставляется выпущенным в свет произведениям граждан государств-участников и произведениям, выпущенным в свет на

территории государств-участников. При этом иностранным гражданам предоставляется национальный режим охраны их произведений.

Если по внутреннему законодательству государства обязательным условием защиты является соблюдение формальностей (депонирование экземпляров, регистрация, оговорка о сохранении авторского права, нотариальное удостоверение, уплата сборов и т.д.), они считаются выполненными в другом государстве при условии, что начиная с первого выпуска этих произведений все они будут иметь знак © с указанием имени обладателя авторского права и года первого выпуска произведения в свет.

Срок охраны авторского права определяется законом государства-участника, в котором предъявляется требование об охране, но он не может быть короче периода, охватывающего время жизни автора и двадцать пять лет после его смерти.

Наиболее важная норма содержится в ст. V Конвенции, которая устанавливает исключительное право автора переводить, выпускать в свет переводы и разрешать перевод и выпуск в свет переводов произведений, охраняемых Конвенцией. Название и имя автора произведения должно быть напечатано на всех экземплярах перевода. Ввоз экземпляров в другое государство и продажа их допускаются, если в этом государстве национальным языком является тот же язык, на котором сделан перевод, при условии получения лицензии, а также если ввоз и продажа не противоречат действующим в этом государстве постановлениям.

Под «выпуском в свет» следует понимать воспроизведение в какой-либо материальной форме и предоставление неопределенному кругу лиц экземпляров произведения для чтения или ознакомления путем зрительного восприятия (ст. VI). Эта норма устанавливает, в частности, что местом «выпуска в свет» музыкального произведения будет не место его исполнения, а место опубликования партитуры произведения.

В ст. VII было установлено, что «Конвенция не распространяется на произведения или права на эти произведения, охрана которых к моменту вступления в силу настоящей Конвенции в Договариваемом государстве, где предъявляется требование об охране, окончательно прекратилась или *никогда не существовала*» (выделено нами. – В.Б.). Указание на «никогда не существовавшую охрану» лишило Всемирную конвенцию обратной силы действия, поскольку, если права иностранных авторов до принятия Конвенции в стране не охранялись, то они не охраняются в отношении ранее опубликованных произведений и после вступления Конвенции в силу. Действие Всемирной конвенции распространялось только на произведения авторов, опубликованные уже после ее вступления в силу.

Всемирная конвенция об авторском праве не затрагивает постановлений Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений и принадлежности к Союзу, образованному этой Конвенцией. Всемирная конвенция не допускает никаких оговорок при присоединении к ней.

СССР присоединился к Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1952 года 27 мая 1973 года. Республика Беларусь присоединилась к Конвенции в результате принятия постановления Совета Министров Республики Беларусь от 7 июня 1993 года №370 «О правопреемстве Республики Беларусь в отношении подписанной в сентябре 1952 года в Женеве Всемирной конвенции об авторском праве». Следовательно, Республика Беларусь участвует во Всемирной конвенции с той же даты, что и государство-предшественник, которым был СССР, то есть с 27 мая 1973 года. СССР подписал Всемирную конвенцию в редакции 1952 года, в такой же редакции она действует и в отношении Республики Беларусь.

При решении вопроса о том, положения какой из конвенций следует применить, если государство участвует в обеих конвенциях, приоритет следует отдавать Бернской конвенции, поскольку она обеспечивает более широкую охрану авторских прав.

3. Международная унификация охраны смежных прав

Помимо конвенций, охраняющих права авторов, приняты и действуют конвенции, направленные на охрану смежных прав, к которым относятся права исполнителей произведений, изготовителей фонограмм и вещательных организаций.

В октябре 1961 года в Риме была подписана Международная конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций (Римская конвенция). Конвенция 1961 года охраняет смежные права и основывает эту охрану на предоставлении зарубежным обладателям смежных прав в соответствии с законодательством страны, где испрашивается их охрана. При этом каждое государство-участник обязано обеспечить минимальный уровень охраны, установленный Конвенцией.

Для артистов-исполнителей Конвенция 1961 года предусматривает право воспрепятствовать передаче исполнения в эфире, записи исполнения и воспроизведения записи, если они осуществлены без согласия исполнителей. Конвенция не имеет обратной силы и устанавливает минимальный срок действия охраны – 20 лет, который исчисляется с конца года, в котором была осуществлена запись исполнения или передача прозвучала в эфире. Республика Беларусь присоединилась к указанной Конвенции Указом Президента Республики Беларусь от 7 августа 2002 года №440 «О присоединении Республики Беларусь к Международной конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций». Всего в конвенции участвует более 70 государств.

В октябре 1971 года в Женеве была подписана Конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм. Конвенция о фонограммах, или Женевская конвенция, предусматривает обязанность каждого из Договаривающихся государств охранять интересы производителя фонограмм, являющегося гражданином другого Дого-

варивающегося государства, от изготовления их дубликатов без согласия этого производителя, от ввоза таких дубликатов в случаях, когда изготовление или ввоз осуществляются с целью их распространения для всеобщего сведения, а также от распространения таких дубликатов для всеобщего сведения. Термин «фонограмма» означает чисто акустическую запись (то есть не включает, например, звуковые дорожки фильмов или видеокассет), независимо от ее формы (диск, пленка и т.д.). Каждое государство-участник самостоятельно определяет юридические меры, посредством которых будет производиться охрана. В качестве этих мер может выступать охрана посредством предоставления авторского права или другого особого права; охрана посредством законодательства, относящегося к недобросовестной конкуренции; охрана посредством применения уголовных санкций. Срок действия предоставляемой охраны определяется законодательством каждого государства-участника, но он не может быть менее 20 лет, начиная с конца года, в котором фонограмма была записана, или с конца года, когда она была впервые опубликована. Административные функции Конвенции осуществляются Всемирной организацией интеллектуальной собственности (ВОИС) совместно с Международной организацией труда (МОТ) и Организацией Объединенных Наций по вопросам образования, науки и культуры (ЮНЕСКО).

Республика Беларусь присоединилась к Женевской конвенции Указом Президента Республики Беларусь от 07.08.2002 года №439 «О присоединении Республики Беларусь к Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм». Всего в конвенции участвует более 80 государств.

В рамках СНГ вопрос об авторском праве и смежных правах регулируется Соглашением государств-участников СНГ «О сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав» от 24 сентября 1993 года.

Соглашение содержит следующие важнейшие нормы:

1) государства-участники обязуются обеспечить международные обязательства, вытекающие из участия бывшего Союза ССР во Всемирной конвенции об авторском праве (в редакции 1952 года), в связи с чем каждое государство считает себя связанным ее положениями с 27 мая 1973 года (даты вступления в силу Конвенции в отношении СССР);

2) государства-участники применяют Всемирную конвенцию об авторском праве (в ред. 1952 года) в отношениях между собой на тех же условиях, которые установлены национальным законодательством в отношении своих авторов; сроки охраны авторского права устанавливаются в соответствии с законодательством того государства-участника, которое предоставляет охрану, однако оно не обязано обеспечивать охрану в течение срока более продолжительного, чем срок охраны, установленный в другом соответствующем государстве-участнике.

3) государства-участники предпримут меры для разработки и принятия законопроектов с целью обеспечить охрану авторского права и смеж-

ных прав на уровне требований Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений, Женевской конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм, Римской конвенции об охране прав артистов-исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций;

4) государства-участники обязались проводить совместную работу по борьбе с незаконным использованием объектов авторского права и смежных прав путем разработки конкретных программ и мероприятий;

5) государства-участники будут способствовать созданию и деятельности национальных авторско-правовых организаций в сфере управления авторскими правами, а также содействовать их сотрудничеству.

4. В Евразийском экономическом союзе вопросы охраны смежных прав регулируются в Договоре о Евразийском экономическом союзе от 29 мая 2014 года, где содержится раздел XXIII «Интеллектуальная собственность», состоящий из трех статей и Приложение №26 «Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности». В п.3 ст.90 Договора установлено, что государства-члены осуществляют деятельность в сфере охраны смежных прав в соответствии с нормами основополагающих международных договоров: Конвенцией об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм от 29 октября 1971 года и Международной конвенцией об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций от 26 октября 1961 года. В соответствии с п.6 раздела II «Авторское право и смежные права» установлено: «Государства-члены предоставляют на взаимной основе исполнителям государств-членов следующие права:

исключительное право на исполнение;

право на имя – право на указание своего имени или псевдонима на экземплярах фонограммы и в иных случаях использования исполнения, право на указание наименования коллектива исполнителей, кроме случаев, когда характер использования исполнения исключает возможность указания имени исполнителя или наименования коллектива исполнителей;

иные права, установленные законодательством государств-членов».

В п.8 раздела II предусмотрено предоставление государствами-членами исключительных прав изготовителям (производителям) фонограмм.

Следует отметить тот факт, что права вещательных организаций в Договоре о Евразийском экономическом союзе не регулируются.

Пунктом 10 предусмотрена охрана авторских и смежных прав на коллективной основе: «Организацией по коллективному управлению правами является организация, действующая на основе полномочий, полученных от авторов, исполнителей, изготовителей (производителей) фонограмм и других обладателей авторского права и смежных прав, если иное не предусмотрено законодательством государств-членов...».

В мае 2017 года на встрече представителей национальных организаций, занимающихся защитой прав и интересов правообладателей, в Минске была создана Евразийская конфедерация обществ правообладателей (ЕКОП). Цель создания Конфедерации – объединить и координировать усилия национальных организаций по управлению правами различных категорий правообладателей на территории стран ЕАЭС и СНГ. Членами ЕКОП на сегодня являются: Беларусь, Россия, Армения, Азербайджан, Казахстан и Кыргызстан. Переговоры о вступлении в Конфедерацию ведет Турция. Главным органом ЕКОП является президиум, куда входят известные деятели культуры и искусства государств-членов.

4. Охрана авторских и смежных прав в сети Интернет

Телекоммуникационные сети, всемирная паутина или Интернет стали неотъемлемой частью жизни современного общества. Интернет расширяет пространственные рамки общения, открывает доступ в мировое информационное пространство, состоящее из всего накопленного научного и культурного достояния. Вместе с тем Интернет вызвал определенные проблемы в деле охраны авторских и смежных прав, среди которых легкость копирования любого произведения, исполнения, фонограммы и т.д., сложность установления самого факта нарушения авторских или смежных прав, отсутствие в Интернете национальных границ, что вызывает сложности определения компетентного суда, а также признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных и судебных решений, восстанавливающих нарушенные авторские и смежные права.

Для разрешения этих проблем на дипломатической конференции в Женеве 20 декабря 1996 года были приняты два новых международных договора, предложенных Всемирной организацией интеллектуальной собственности: Договор ВОИС по авторскому праву и Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам (ДИФ), которые также называют «Договоры ВОИС по Интернету». Договоры имеют тождественные преамбулы, где следующим образом сформулированы цели их принятия: «желание более эффективно и единообразно совершенствовать и поддерживать охрану прав авторов, исполнителей и производителей фонограмм; необходимость введения новых международных правил и более четкого толкования некоторых уже существующих; признание влияния развития информационных и коммуникационных технологий на создание и использование литературных и художественных произведений, на производство и использование исполнений и фонограмм».

Договор ВОИС по авторскому праву адаптирует Бернскую конвенцию 1886 года к возникшей всемирной телекоммуникационной системе. Эту же задачу решает Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам по отношению к Международной конвенции об охране интересов исполнителей, производителей и вещательных организаций, заключенной в Риме 26 октября 1961 года (Римской конвенции).

В связи с тем, что уже к середине 1990-х годов выявилась широкая тенденция размещения на страницах сайтов произведений, исполнений, фонограмм без согласия их правообладателей, в ст. 8 Договора ВОИС по авторскому праву, а также в ст. 10, 14 и 15 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам было сформулировано правило, что авторы, исполнители, производители фонограмм пользуются исключительным правом разрешать любое сообщение своих исполнений и фонограмм «по проводам или средствам беспроводной связи, включая доведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору».

В соответствии с Согласованным заявлением к ст. 1(4) Договора ВОИС по авторскому праву было установлено, что «хранение произведения в цифровой форме в электронном средстве связи представляет собой воспроизведение в смысле ст. 9 Бернской конвенции». Такое же положение было включено в Согласованное заявление по ст. 7, 11 и 16 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам. Это означает, что без согласия автора, исполнителя или производителя фонограмм помещение в телекоммуникационную сеть объектов их прав недопустимо, поскольку оно рассматривается как воспроизведение.

Пункт 4 ст. 15 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам установил, что в случае, если фонограммы стали доступными для всеобщего сведения по проводам или средствам беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществлять к ним доступ из любого места и в любое время по выбору, то такое опубликование должно считаться произведенным в коммерческих целях.

Помимо правовой защиты авторских прав, Интернет создает возможность установления технической защиты авторских прав, к которым относятся установка паролей доступа, либо паролей, которые позволяют осуществлять воспроизведение или изменение информации. Однако парадокс состоит в том, что технические средства защиты сами нуждаются в защите от их обхода или устранения. Статья 18 Договора ВОИС по исполнениям и фонограммам возлагает на Договаривающиеся Стороны «соответствующую правовую охрану и эффективные средства правовой защиты от обхода существующих технических средств (выделено нами. – В.Б.), используемых исполнителями или производителями фонограмм в связи с осуществлением своих прав...». Такое же положение содержится и в ст. 11 Договора ВОИС по авторскому праву.

В целях обеспечения охраны авторских прав, прав исполнителей и производителей фонограмм охраняемые объекты могут содержать информацию об управлении правами, под которой в Договорах ВОИС понимают информацию, которая идентифицирует произведение автора произведения, обладателя какого-либо права на произведение, исполнителя, производителя

фонограммы, фонограмму и т.д. Информация об управлении правами может содержать цифры или коды, в которых представлена такая информация.

Статьи 12 и 19 договоров ВОИС по исполнениям и фонограммам обязывают Договаривающиеся Стороны предусмотреть соответствующие и эффективные меры в отношении любого лица, которое намеренно устраняет или изменяет любую электронную информацию об управлении правами, а также осуществляет распространение, импорт с целью распространения, передачу в эфир или сообщение для всеобщего сведения без соответствующего разрешения производителей, исполнений, экземпляров записанных исполнений или фонограмм, зная, что в них без разрешения была устранена или изменена электронная информация об управлении правами. В то же время информацию об управлении правами нельзя рассматривать как какую-либо формальность при осуществлении охраны авторских прав и обладателей смежных прав, поскольку они не допускаются Бернской и Римской конвенциями, а также Договорами ВОИС, которые адаптируют указанные конвенции к техническим возможностям Интернета. Размещение информации об управлении правами производится только по желанию самого автора, исполнителя или производителя фонограмм. Такая информация может содержаться и в скрытой форме, что позволяет предотвратить ее обнаружение и удаление лицом, нарушающим авторские и смежные права.

Участником Договоров ВОИС по Интернету может быть любое государство-член ВОИС. Административные функции по Договорам выполняет Международное бюро ВОИС.

Договор ВОИС по авторскому праву от 20 декабря 1996 г. вступил в силу 6 марта 2002 года. Как и Бернская конвенция 1886 года, Договор имеет обратную силу действия. Его участниками являются около 40 государств. Республика Беларусь оформила свое участие в Договоре принятием Закона от 10 июня 1998 года №165-З «О ратификации Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по авторскому праву».

Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам от 20 декабря 1996 года вступил в силу 20 августа 2002 года. В настоящее время в нем более 40 участников. Договор имеет обратную силу. Присоединение к Договору Республики Беларусь произошло в результате принятия Закона от 10 июня 1998 года №164-З «О ратификации Договора Всемирной организации интеллектуальной собственности по исполнениям и фонограммам».

5. Универсальные международные конвенции по охране промышленной собственности

Охрана объектов промышленной собственности отличается от охраны объектов авторского права и смежных прав, где не требуется выполнения каких-либо формальностей и охрана возникает в силу самого факта создания произведения или его исполнения. В промышленной собственности охрана возможна только на основе специальной процедуры, заключаю-

щейся в регистрации и получении от уполномоченного государственного органа специального охранного документа – патента.

Международная охрана промышленной собственности началась с принятия Парижской конвенции по охране промышленной собственности 20 марта 1883 года, впоследствии неоднократно редактированной и действующей в настоящее время в редакции Стокгольмского акта 1967 года.

СССР участвовал в Парижской конвенции с 1 июля 1965 года. Беларусь присоединилось к указанной Конвенции в результате заявления о правопреемственности Республики Беларусь в отношении Парижской конвенции по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 года, Мадридского соглашения о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 года и Договора о патентной кооперации (РСТ) от 19 июня 1970 года, содержащегося в Декларации о международных договорах Республики Беларусь в области промышленной собственности, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 11 марта 1993 года №141. Таким образом, по праву правопреемства Республика Беларусь участвует в Парижской конвенции 1883 года с 1 июля 1965 года.

В Парижской конвенции установлено, что страны, присоединившиеся к Конвенции 1883г., образуют Союз по охране промышленной собственности; дано понятие объектов промышленной собственности, к которым отнесены патенты на изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и указания происхождения или наименования места происхождения товаров; определены меры по пресечению недобросовестной конкуренции.

Конвенция установила для граждан каждой страны-участницы Союза во всех других странах-участницах те же преимущества в охране промышленной собственности, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены впоследствии соответствующими законами собственным гражданам. Помимо этого, должны соблюдаться права, специально предусмотренные Конвенцией.

Одно из важнейших положений Конвенции – это установление права приоритета. Суть этого права заключается в том, что лицо, надлежащим образом подавшее заявку на получение патента на изобретение, полезную модель, промышленный образец и товарный знак в одной из стран Союза, или правопреемник этого лица пользуются для подачи заявки в других странах правом приоритета в течение определенных сроков. Основанием для возникновения права приоритета признается всякая правильно оформленная подача заявки в соответствии с национальным законодательством страны Союза.

Сроки приоритетов составляют двенадцать месяцев для патентов на изобретение и полезные модели, шесть месяцев для промышленных образцов и товарных знаков.

Право приоритета установлено для того, чтобы обладатель первоначальной заявки смог подать заявки на патентование своих прав во всех других странах, где он намерен установить охрану этих прав. При этом срок подачи в последующих заявках будет определяться по дате, указанной в первоначальной заявке. Эта дата называется датой приоритета и в срок не входит.

Полученные патенты на один и тот же объект охраны в разных странах Союза независимы друг от друга с точки зрения оснований признания их недействительными и определения срока их действия.

Согласно Конвенции 1883 года каждая страна имеет право принять законодательные меры, предусматривающие выдачу принудительных лицензий для предотвращения злоупотреблений, которые могут возникнуть в результате осуществления исключительных прав, предоставляемых патентами. Если выдача принудительной лицензии окажется недостаточной мерой для пресечения злоупотреблений, может быть предусмотрено лишение прав на патент, но не ранее чем до истечения двух лет с момента выдачи первой принудительной лицензии. Эти нормы установлены для того, чтобы не возникали ситуации злоупотребления правом, когда патентообладатели препятствуют третьим лицам использовать патенты и тем самым препятствуют техническому прогрессу.

Каждая страна Союза обязалась создать специальную службу по делам промышленной собственности и центральное хранилище для ознакомления общественности с патентами на изобретения, полезные модели, промышленные образцы и товарные знаки. В Республике Беларусь функцию специальной службы выполняет государственное учреждение «Национальный центр интеллектуальной собственности».

На службу возлагается обязанность издания официального бюллетеня, где регулярно должны публиковаться: а) фамилии владельцев, получивших патенты, с кратким наименованием запатентованных изобретений; б) репродукции зарегистрированных товарных знаков.

Таким образом, Парижская конвенция 1883 года установила правовые нормы для охраны прав изобретателей в странах, подписавших или присоединившихся к Конвенции и образовавших Парижский союз.

Однако процедура получения патентов на условиях Конвенции 1883 года достаточно сложная и дорогостоящая, особенно в плане проведения международной экспертизы. В целях развития международного патентования был принят Договор о патентной кооперации от 19 июня 1970 года (далее РСТ – сокращенная аббревиатура от англ. «Patent Cooperation Treaty»), который относится только к охране изобретений и полезных моделей.

Государства-участники Договора образуют Международный союз патентной кооперации для сотрудничества в области подачи заявок на охрану изобретений, проведения по ним поиска и экспертизы, а также по оказанию специальных технических услуг. РСТ не ограничивает права, преду-

смотренные в Парижской конвенции 1883 года, а существенным образом дополняет и упрощает их.

Главная особенность РСТ – это возможность подачи международной заявки, содержащей заявление, описание изобретения, один или несколько пунктов формулы изобретения, один или несколько чертежей и реферат.

Требования относительно формы заявки, следующие: 1) должна быть составлена на установленном языке; 2) соответствовать предъявляемым требованиям к оформлению международной заявки; 3) отвечать установленному требованию единства изобретения; 4) должна сопровождаться уплатой установленных пошлин.

В заявке указываются государства, в которых заявитель желает установить охрану своих прав, причем за указание каждого государства в установленном срок уплачивается определенная пошлина. Помимо этого, в заявке также должны быть указаны имя и другие установленные сведения о заявителе или его агенте, название изобретения и другие сведения об изобретателе.

Международная заявка подается в установленное получающее ведомство, которое проверяет и рассматривает ее в порядке, предусмотренном Договором и Инструкцией к нему. Если заявка отвечает всем предъявляемым требованиям, то она имеет силу правильно оформленной национальной заявки в каждом указанном в ней государстве.

Международная заявка составляется в трех экземплярах: один экземпляр хранится в получающем ведомстве, второй экземпляр пересылается в Международное бюро (регистрационный экземпляр, который считается подлинником) и третий экземпляр пересылается в компетентный Международный поисковый орган, которым может быть или национальное ведомство, или межправительственная организация, как, например, Международный патентный институт, в задачи которого входят подготовка отчетов о документационном поиске и об уровне техники в отношении заявляемых изобретений.

Международный поисковый орган обязан оценить заявку с точки зрения ее соответствия уровню техники. Заявитель, подающий заявку в национальное ведомство государства, может просить, если это разрешено национальным законодательством, чтобы по его заявке был проведен поиск, аналогичный международному поиску. На основании проведенного поиска составляется отчет, который направляется заявителю и Международному бюро. Отчет не дает рекомендаций заявителю относительно продолжения работы по патентованию своих прав и он самостоятельно оценивает свои шансы на возможность получения патента. Международные заявки вместе с отчетом о международном поиске рассылаются в «получающее ведомство» и Международное бюро. По истечении 18 месяцев с даты приоритета заявки Международное бюро должно опубликовать международную заявку.

Не позднее 20 месяцев с даты приоритета, заявитель предоставляет копию международной заявки и ее перевод в патентные ведомства государств, а также доплачивает национальную пошлину. После этого национальные ведомства приступают к рассмотрению международной заявки. При этом определение патентоспособности изобретения, заявляемого в международной заявке, производится по критериям национального законодательства в отношении уровня техники и других условий. В то же время каждое государство в целях обеспечения национальной безопасности или, исходя из основных экономических интересов, применяет меры по ограничению права собственных граждан или лиц, проживающих в этом государстве, подать международные заявки.

Помимо международной заявки и международного поиска, по требованию заявителя проводится международная предварительная экспертиза. Требование на проведение международной предварительной экспертизы подается отдельно от международной заявки и сопровождается уплатой установленных пошлин в установленный срок. Экспертиза проводится органом международной предварительной экспертизы с целью составления предварительного и необязательного заключения относительно того, является ли заявленное изобретение новым, соответствует ли оно изобретательскому уровню и может ли быть промышленно применимым. Заключение международной предварительной экспертизы пересылается заявителю и Международному бюро. Заключение не имеет значения для проведения национальных экспертиз и важно лишь для заявителя в плане оценки перспектив патентования.

В ст. 45 РСТ определено отношение к договорам о региональных патентах. Подача международных заявок на получение региональных патентов возможна; при этом национальное законодательство государства, входящего в соглашение по региональному патентованию, может предусматривать, что любое указание или выбор этого государства в международной заявке рассматривается как желание заявителя получить региональный патент.

Международное бюро может оказывать информационные услуги путем предоставления технической и любой другой соответствующей информации, доступной ему, что касается, в первую очередь, патентов и опубликованных заявок. Информационные услуги оказываются непосредственно или через один или несколько международных поисковых органов, либо через другие национальные или международные специализированные организации.

Таким образом, Договор о патентной кооперации 1970 года значительно усовершенствовал процедуру установления охраны прав на промышленную собственность в зарубежных государствах.

Как уже отмечалось, Республика Беларусь участвует в РСТ в результате принятия постановления Совета Министров Республики Беларусь от 11.03.1993 года №141.

Патентование в зарубежных странах изобретений и полезных моделей, созданных в Республике Беларусь, осуществляется не ранее, чем через 3 месяца после подачи заявки в Национальный центр интеллектуальной собственности Республики Беларусь.

Дополнением к международным актам, регулирующим охрану промышленной собственности, явился Договор о патентном праве (Patent-lavtreat, PLT), принятый на дипломатической конференции в штаб-квартире ВОИС в Женеве 1 июня 2000 года. Новое соглашение состоит из Договора и прилагаемой к нему Инструкции. Договор о патентном праве призван гармонизировать и упростить процедурные нормы международного патентного права. Он дополняет Договор о патентной кооперации 1970 года и непосредственно связан с ним.

Этот документ определяет согласованный на международном уровне исчерпывающий перечень требований, которые может устанавливать национальное или региональное ведомство при выдаче патентов на изобретения. Одним из наиболее важных положений Договора является правило установления даты подачи заявки на выдачу патента. Согласно ст. 5 такой датой считается день, когда ведомство государства получило следующие элементы заявки: 1) явное или подразумеваемое указание на то, что эти элементы предназначены быть заявкой; 2) указания, позволяющие установить личность заявителя или связаться с ним; 3) часть, которая внешне выглядит как описание. Формула изобретения не входит в число необходимых документов для установления даты подачи заявки.

Упрощение различных процедур в национальных патентных ведомствах – одна из основных целей Договора. Этой цели служит ст. 7, в которой идет речь о представительстве для любой процедуры в ведомстве. В пункте 2(а) этой статьи закреплены важные ограничения в отношении обязательного представительства интересов различных лиц в ведомствах договаривающихся сторон. Так, согласно указанному пункту заинтересованные лица, в том числе заявитель и патентовладелец, даже если они являются иностранцами, могут вести дела в ведомствах самостоятельно (т.е. без посредничества патентного поверенного) в связи с процедурами определения даты подачи заявки, уплаты пошлины, любой другой процедуры.

Развитие информационных технологий предопределило включение в Договор 2000 года положений о передаче сообщений в электронной форме или электронными средствами. После 2 июня 2005 года любая сторона с учетом ст. 5(1) и 8(1) Договора может исключить представление сообщений на бумажном носителе или продолжать разрешать представление сообщений на бумажном носителе. Следовательно, область применения бумажных носителей при представлении сообщений может быть сужена до предела. Использование бумажных носителей должно быть сохранено лишь в двух случаях: для целей установления даты подачи и соблюдения любого срока, предписанного ведомством. Во всех других случаях любая

договаривающаяся сторона может ввести требование о подаче сообщений, в том числе заявок, исключительно в электронной форме.

Согласно ст.10 Договора невыполнение одного или нескольких формальных требований в отношении заявки не может быть основанием для полного или частичного аннулирования или признания недействительным патента, за исключением тех случаев, когда невыполнение формального требования явилось результатом намеренного обмана.

Договором предусмотрено создание Ассамблеи с широкими полномочиями, в которой каждый участник может иметь одного представителя. Административные функции, касающиеся Договора, выполняет Международное бюро.

В ст.15 установлено, каждая договаривающаяся сторона соблюдает положения Парижской конвенции 1883 года в отношении патентов.

В целом РЛТ повышает правовую определенность для заявителей, подающих заявки в своей стране и за границей, и сокращает затраты изобретателей, заявителей и патентных поверенных.

Беларусь присоединилась к Договору о патентном праве в результате принятия Закона Республики Беларусь от 13.07.2016 года №396-З. Всего в Договоре участвуют около 40 государств, в том числе все партнеры Беларуси по ЕАЭС.

6. Патентование в СНГ и европейских странах

Страны СНГ заключили 9 сентября 1994 года Евразийскую патентную конвенцию (ЕАПК), которая вступила в силу в августе 1995 года. В настоящее время участниками Конвенции являются восемь государств: Азербайджан, Армения, Беларусь, Казахстан, Кыргызстан, Россия, Таджикистан и Туркменистан.

Цель принятия Евразийской конвенции – охрана изобретений путем выдачи единого патента для стран-участниц. Конвенция представляет собой специальное соглашение, допускаемое Парижской конвенцией 1883 года и Договором о патентной кооперации 1970 года. Административным органом, согласно Конвенции, являются Административный совет и Евразийская патентная организация (ЕАПО). Административный совет состоит из представителей всех государств-членов. Евразийская патентная организации – из Президента и назначенного им персонала. ЕАПО выполняет функции секретариата, главная функция которого – выдавать евразийские патенты на изобретения.

Евразийский патент действует в течение 20 лет с даты подачи евразийской заявки, которая может быть подана непосредственно в Евразийскую патентную организацию или через национальное ведомство. Евразийское ведомство проверяет соответствие заявки формальным требованиям и проводит поиск по этой заявке, отчет о котором высылается заявителю. Заявка подлежит публикации вместе с отчетом по истечении

18 месяцев с даты ее подачи. По ходатайству заявителя, поданному до истечения шести месяцев с даты публикации отчета о поиске, ЕАПО проводит экспертизу заявки по существу. Решение о выдаче или об отказе в выдаче евразийского патента принимается коллегией в составе трех экспертов – штатных сотрудников ведомства. Евразийский патент имеет действие на территории всех договаривающихся государств с даты его публикации. В случае отказа в выдаче патента заявитель в шестимесячный срок может подать ходатайство с указанием государств-участников Конвенции, где он желает получить патент по национальной процедуре. При этом будет использоваться евразийская заявка, которая должна рассматриваться как правильно оформленная национальная заявка и с той же датой подачи.

Договор о патентной кооперации 1970 года применяется и в Евразийской патентной системе в том смысле, что Евразийская патентная организация является получающим ведомством и может испрашивать статус международного поискового органа и органа международной предварительной экспертизы. В итоге по процедуре РСТ может быть получен евразийский патент.

В Европе действует Европейская патентная организация (ЕПО), основанная в 1977 году в соответствии с Европейской патентной конвенцией (ЕПК), принятой в 1973 году, пересмотренная 17 декабря 1991 года и 29 ноября 2000 года. Основным преимуществом и целью ЕПО является то, что она позволяет получить патентные права в любом одном или нескольких государствах-участниках, оформив одну европейскую патентную заявку в Европейское патентное ведомство (ЕПВ). Это значительно дешевле, чем подавать отдельные национальные заявки в каждое государство-члене ЕПК. На основе единой патентной заявки ЕПВ предоставляет «пакет» национальных патентов в отношении договаривающихся государств, которые указываются заявителем. Пока заявка находится на рассмотрении, плата за продление патента выплачивается Европейским патентным ведомством (ЕПВ). Как только патент будет предоставлен, пошлины должны быть выплачены патентообладателем патентным ведомствам каждой из указанных стран. Заявки на европейские патенты могут подаваться либо в национальный патентный орган, либо непосредственно в Европейское патентное ведомство.

Европейская заявка публикуется через 18 месяцев после даты подачи заявки. ЕПВ выполняет поиск для определения новизны, и отчет о поиске сообщается заявителю, у которого есть возможность решить, продолжать ли процедуру оформления заявки, запросив предметную экспертизу. Если подана заявка на проведение экспертизы, спецификация подробно рассматривается отделом экспертизы в ЕПВ, чтобы установить, соответствует ли заявка всем требованиям. После положительного результата исследования европейский патент предоставляется и публикуется патентная спецификация. В течение девяти месяцев после предоставления европейского

патента любое лицо может уведомить ЕПВ о противодействии предоставленному патенту, т.е. возражении в отношении его предоставления. Решение ЕПВ о том, следует ли сохранить, изменить или отозвать патент, действует во всех странах.

После выдачи европейского патента он будет автоматически действовать в следующих семи странах: Германия, Франция, Великобритания, Швейцария, Монако, Люксембург, Лихтенштейн (это не освобождает патентообладателя от уплаты годовых сборов в этих странах за поддержание патента). В остальных 33 государствах-членах ЕПО необходимо пройти так называемую валидацию – предоставление в национальные патентные ведомства переводов патентной документации на соответствующий язык (официальными языками ЕПО являются английский, немецкий и французский).

Длительное время в Совете ЕС велись переговоры о создании Единого патента Евросоюза, которые увенчались успехом 11 декабря 2012 года. В результате достигнутого соглашения подача ходатайства о выдаче Единого патента станет доступной, как только вступят в силу положения о Едином патенте и Едином патентном суде. В настоящее время положения о Едином патенте ЕС подписали 26 из 27 стран-участниц.

Получение Единого патента ЕС стало возможным с 2018 г. Единый патент ЕС имеет следующие преимущества: 1) действует на территории стран-членов ЕС; 2) нет необходимости валидировать патент в странах-членах, а значит возникает существенная экономия средств, связанная с этими процедурами; 3) снижаются затраты патентования в результате уплаты единой пошлины за поддержание в силе патента, которая значительно ниже суммарного значения действующих национальных пошлин; 4) существует единая процедура внесения в соответствующие реестры записей о выдаче лицензий и передаче прав.

Штаб-квартира Европейской патентной организации расположена в Мюнхене. Организационно ЕПО не связана с Европейским Союзом и в ее состав входят 40 государств, 13 из которых не принадлежат к ЕС. ЕПО состоит из двух органов: Европейского патентного ведомства, выполняющего функции исполнительного органа, и Административного совета, который выступает в качестве законодательного и надзорного органа организации. Европейское патентное ведомство – это организация, насчитывающая 6 тысяч сотрудников, куда ежегодно поступает более 160 тысяч заявок на патенты. Всего за время своей работы Европейское патентное ведомство опубликовало свыше 1,5 миллиона заявок на патенты.

7. Международные соглашения по охране прав на товарные знаки и знаки обслуживания

1. В условиях рыночной экономики с ее жесткими законами конкуренции особое значение приобретает защита прав на товарный знак, знак обслуживания и географическое указание места происхождения товаров.

По утверждению специалистов до половины товаров в мире продаются под чужими товарными знаками, в результате чего такая продукция является контрафактной. Это вызывает необходимость правовой охраны товарных знаков и знаков обслуживания государствами на договорной основе.

Уже Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 года содержала специальные нормы об охране прав на товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования.

Условия подачи заявки и регистрации товарных знаков согласно Конвенции определяются в каждой стране Парижского союза ее национальным законодательством. Товарный знак, зарегистрированный в одной стране Союза, рассматривается как независимый от знаков, зарегистрированных в других странах Союза (ст.6). Эта норма означает, что свидетельство на один и тот же товарный знак может в разных государствах принадлежать разным лицам.

Страны Парижского союза берут обязательство отклонять или не признавать действительной регистрацию товарного знака и запрещать его использование, представляющее собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение со знаком, который по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения, уже является в этой стране общеизвестным в качестве знака лица, пользующегося преимуществами Конвенции, и применяется для идентичных или подобных продуктов(ст.6 bis).

Парижская конвенция установила ряд унифицированных материально-правовых норм, которые должны действовать на территории всех государств-участников. К ним относятся:

- 1) признание действительности передачи знака только в случае передачи промышленного или торгового предприятия или его части (ст.6 quarter);
- 2) возможность заявлять товарный знак, зарегистрированный в стране происхождения, в других странах Союза с установлением охраны (ст.6 quinquies)
- 3) обязанность стран Союза охранять знаки обслуживания, не предусматривающая регистрацию этих знаков (ст.6 sexies);
- 4) недопустимость регистрации знака агентом или представителем владельца без разрешения последнего (ст.6 septies);
- 5) запрет на использование характера продукта, для которого предназначен товарный знак, в качестве препятствия к его регистрации (ст.7);
- 6) обязанность принимать заявки на регистрацию и охранять коллективные знаки, даже если эти коллективы не являются владельцами промышленного или торгового предприятия (ст.7 bis);
- 7) охрана фирменного наименования без обязательной подачи заявки или регистрации и независимо от того, является ли оно частью товарного знака (ст.8);

8) применение административных мер в виде ареста или запрета на ввоз в отношении товаров, незаконно снабженных товарным знаком или фирменным наименованием (ст.9);

2. Особо следует остановиться на охране фирменного наименования в странах Парижского Союза без обязательной подачи заявки или регистрации. Такую охрану с определенной долей условности можно сравнить с охраной авторского права, поскольку она представляется по самому факту наличия объекта охраны. Фирменные наименования являются визитными карточками производителей, отдельных товаров или обслуживающих предприятий. Это упрощенная форма охраны, поскольку она не требует выполнения каких-либо формальностей со стороны иностранных обладателей прав на фирменное наименование, являющихся представителями стран Союза.

Следует напомнить, что в п. 4 ст. 50 ГК Республики Беларусь указано: «Юридическое лицо, являющееся коммерческой организацией, должно иметь фирменное наименование. Юридическое лицо, фирменное наименование которого зарегистрировано в установленном порядке, имеет исключительное право его использования». Указанная норма будет действовать и в случаях, если за охраной прав на фирменное наименование в Республике Беларусь будут обращаться юридические лица, принадлежащие к государствам, не входящим в состав Союза.

Фирменное наименование или как его еще называют – бренд или торговая марка предприятий и товаров имеют реальную рыночную стоимость. Украинское агентство MPP Consulting на протяжении ряда лет составляет рейтинги наиболее известных брендов Беларуси. В 2019 году агентство составило десятый рейтинг национальных брендов Беларуси «BelBrand 2019 – ТОП 100 белорусских брендов». Особенностью методики MPP Consulting по оценке потенциальной рыночной стоимости брендов является разделение стоимости бренда и капитализации компании, в результате чего стоимость бренда включает в себя только стоимость торговой марки без учета производственных мощностей, инфраструктуры компании, патентов, изобретений и других материальных или интеллектуальных активов. В рейтинге представлена потенциальная рыночная стоимость 100 самых дорогих белорусских брендов в 2019 году, распределенных по убыванию их оценочной стоимости. На первом месте второй год к ряду оказался бренд Санта-Бремор (71 млн. \$), на втором – Савушкин продукт (58 млн. \$), на третьем – «Бабушкина крынка» (52 млн. \$), на четвертом – Milavitsa (44,1 млн. \$), на пятом – Крыница (44 млн. \$) на шестом – WorldofTanks (42 млн. \$). Для сравнения бренды белорусских гигантов машиностроения стоят: МАЗ – 15, млн. \$ – 19 место, Беларус – 10,7 млн. \$ – 29 место.

Охрана прав на товарные знаки и знаки обслуживания берет начало со ст. 10-bis Парижской конвенции 1883 года, установившей защиту от недобросовестной конкуренции. Актом недобросовестной конкуренции, со-

гласно ст. 10-bis, считаются всякие действия, которые противоречат честным обычаям в промышленных или торговых делах. В соответствии с этим подлежат запрету:

1) все действия, способные вызвать смещение в отношении предприятия, продуктов, промышленной или торговой деятельности конкурента;

2) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, способные дискредитировать предприятие, продукты, промышленную или торговую деятельность конкурента;

3) указания или утверждения, использование которых при осуществлении коммерческой деятельности может ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

Согласно ст.10 ter Конвенции страны Союза обязуются обеспечить гражданам других стран-участниц законные средства для эффективного пресечения всех незаконных действий, включая возможности обращения в суд или административные органы.

3. Территориальный характер охраны прав на товарные знаки не в полной мере отвечает потребностям развития современного коммерческого оборота, поскольку установление охраны прав на товарные знаки в каждой стране Союза – дело хлопотное и затратное.

Этот изъян Парижской конвенции отсутствует в универсальных международных договорах, в основу которых положена международная регистрация товарных знаков и знаков обслуживания. К ним относятся Мадридское соглашение о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 года в редакции Стокгольмского акта 1967 года, Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 года (Мадридский протокол), Договор о регистрации товарных знаков от 12 июня 1973 года, Сингапурский договор по товарным знакам от 27 марта 2006 года.

Мадридское соглашение предусматривает образование Специального союза по международной регистрации знаков. Юридические лица и граждане договаривающихся государств обеспечивают в других странах охрану своих товарных знаков и знаков обслуживания путем подачи заявок в Международное бюро интеллектуальной собственности, созданное Стокгольмской конвенцией 1967 года, учредившей ВОИС (ст. 1). В заявлении должны быть указаны товары или услуги, для которых испрашивается охрана знака, а также указан соответствующий класс товара, установленный Ницким соглашением о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков²³. Международное бюро незамедлительно регистрирует знаки по дате подачи заявки на международную регистрацию в стране происхождения при условии, что заявка в Международное бюро

²³Ницкое соглашение о Международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков от 15 июня 1957 года.

поступила в течение двух месяцев со времени ее подачи в стране происхождения (ст. 3). С даты регистрации в Международном бюро в каждой Договаривающейся Стороне знаку предоставляется такая же охрана, как если бы он был заявлен там непосредственно (ст. 4).

Срок охраны знака установлен в двадцать лет с возможностью продления на период в двадцать лет, по истечении предшествующего периода (ст. 6, 7). Регистрация знака предусматривает оплату основной и дополнительных пошлин (ст. 8).

Мадридское соглашение вступило в силу для Республики Беларусь с 25 декабря 1991 года, в соответствии с Декларацией о международных договорах Республики Беларусь в области промышленной собственности, утвержденной постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 11 марта 1993 года №141. Всего в Соглашении участвует более 50 государств.

4. Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 года является самостоятельным международным договором, не связанным с Мадридским соглашением. Их объединяет предмет регулирования – международная охрана товарных знаков и знаков обслуживания и общая инструкция, регулирующая процедурные правила от 1 января 1998 года. Отличия же между Мадридским соглашением и Протоколом сводятся к следующему:

1) в Протоколе могут участвовать государства-участники Парижской конвенции по охране промышленной собственности;

2) в нем могут участвовать и международные организации при условии, что:

а) одно из государств, учредивших организацию, должно быть участником Парижской конвенции по охране промышленной собственности;

б) организация должна иметь региональное ведомство для целей регистрации знаков, имеющих силу на территории этой организации;

3) согласно Протоколу охрана, возникающая в результате международной регистрации, распространяется на определенное государство только по заявлению лица или владельца международной регистрации, в то время как в соответствии с Мадридским соглашением охрана предоставляется во всех государствах Союза автоматически, кроме стран, которые устанавливают требование обязательного специального заявления владельца знака;

4) срок охраны товарного знака, установленный на основе Протокола, – десять лет, в то время как в Мадридском соглашении – двадцать.

Для того чтобы не возникла конкуренция между Мадридским соглашением и Протоколом, в последнем установлена специальная норма – «Сохранение Мадридского соглашения (Стокгольм)», содержание которой сводится к тому, что положения Протокола не будут действовать на терри-

тории любого другого государства, которое также одновременно является участником Протокола и Мадридского соглашения. Смысл участия государства одновременно в Мадридском соглашении и Протоколе заключается в более широкой защите товарных знаков и знаков обслуживания.

Республика Беларусь присоединилась к Протоколу и Мадридскому соглашению Указом Президента Республики Беларусь от 7 сентября 2001 года №474. В настоящее время в Протоколе участвует более 50 государств.

Договор о регистрации товарных знаков от 12 июня 1973 года также имеет своим предметом международную регистрацию знаков. Регистрирующим органом в этом договоре является Международное бюро ВОИС. Республика Беларусь в указанном Договоре не участвует.

5. При регистрации товарных знаков и знаков услуг применяется Международная классификация товаров и услуг (МКТУ), установленная Ницким соглашением от 15 июня 1957 года на международной дипломатической конференции в Ницце (Франция), пересмотренная в 1967 и 1977 годах, измененная в 1979 году.

Международная классификация товаров и услуг (МКТУ) основана на группировании сходных товаров и услуг в отдельные классы. МКТУ обновляется каждые пять лет принятием новой редакции. С 1 января 2017 года действует 11-ая редакция МКТУ, состоящая из 45 классов товаров и услуг, где 34 класса относятся к товарам и 11 классов – к услугам. Объем официального издания МКТУ-11 – 4 тома формата А 4, которые составляют более 1200 страниц текста. Юридические услуги отнесены к 45 классу. МКТУ пересматривается комитетом экспертов, в состав которого входят представители всех государств-участниц Ницкого соглашения. В настоящее время участниками Соглашения являются более 80 государств. Республика Беларусь присоединилась к Ницкому соглашению Указом Президента Республики Беларусь от 21 декабря 1997 года №674.

6. В марте 2006 года в Сингапуре состоялась Дипломатическая конференция по принятию пересмотренного Договора о законах по товарным знакам. По итогам работы конференции были приняты три документа:

- Договор, получивший название «Сингапурский договор о законах по товарным знакам»;
- Инструкция к Сингапурскому договору, являющаяся его неотъемлемой частью;
- дополнительная Резолюция к Сингапурскому договору.

Сингапурский договор заменил ранее действовавший договор о законах по товарным знакам (ТЗТ), подписанный в Женеве в октябре 1994 года.

Цель Сингапурского договора – унифицировать законодательство государств-участников в сфере охраны товарных знаков и знаков обслуживания. Договор гармонизирует и упрощает процедурные нормы по регистрации товарных знаков и знаков обслуживания, регулируя вопросы формальных требований и взаимных процессуальных прав и обязанностей

государства и заявителя или правообладателя. Из материальных норм Договор закрепляет только норму о сроке регистрации товарного знака и его продлении, устанавливая его в 10 лет (ст. 13).

Договор применяется не только к зримым обозначениям, но и ко всем типам обозначения товаров и услуг, используемых в государстве или в рамках межправительственной организации. В частности, наряду с общепотребимыми знаками, допускаются голографические, цветные, кондиционные или движущиеся изображения, а также незримые обозначения (звуковые). Введены способы подачи заявки на регистрацию или продление товарного знака, что может производиться не только в письменной форме, но и в электронной или в любой иной форме.

Договор устанавливает также требования относительно регистрации лицензии на использование знака, изменения и аннулирования регистрации лицензии, определяет последствия несоблюдения требований по использованию лицензии на знак. Предусмотрены два вида лицензии: исключительная, неисключительная или единичная.

С целью развития Договора предусмотрено создание Ассамблеи, в которой каждую Договаривающуюся Сторону представляет один делегат. Сингапурский договор вступил в силу в 2009 году. Республика Беларусь присоединилась к указанному Договору Законом Республики Беларусь от 10.12.2012 года №1-З «О присоединении Республики Беларусь к Сингапурскому договору о законах по товарным знакам».

7. Государства СНГ заключили 4 июня 1999 года Соглашение о мерах по предупреждению и пресечению использования ложных товарных знаков и географических указаний. Для Республики Беларусь Соглашение вступило в силу 17 мая 2004 года (Закон Республики Беларусь №279-З).

Под ложным товарным знаком понимается товарный знак, используемый третьим лицом в нарушение прав владельцев товарного знака, или знак, содержащий ложные указания происхождения товара. Под географическими указаниями в Соглашении понимаются обозначения, которые идентифицируют происхождение товаров из территорий стран или их регионов, или местностей, где качество, репутация либо другие характеристики товара в значительной степени соотносятся с его географическим происхождением. Соглашение предусматривает ряд мер, направленных на пресечение использования ложных товарных знаков и географических указаний, аналогичных мерам, установленным Соглашением ТРИПС.

8. В Договоре о Евразийском экономическом союзе вопросы интеллектуальной собственности регулируются разделом XXIII «Интеллектуальная собственность», состоящем из трех статей и Приложением №26, содержащем «Протокол об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности». В ст. 89, имеющей название «Общие положения», установлено: «Государства-члены осуществляют сотрудничество в сфере охраны и защиты прав на объекты интеллектуальной собственности и

обеспечивают на своей территории охрану и защиту прав на них в соответствии с нормами международного права, международными договорами и актами, составляющими право Союза, и законодательством государств-членов». В ст. 90 в качестве международных договоров, на основе которых производится охрана прав на товарные знаки и знаки обслуживания в Евразийском экономическом союзе названы: Мадридское соглашение о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 года и Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 года; Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 года; Сингапурский Договор о законах по товарным знакам от 27 марта 2006 года. Также содержится норма, требующая от государств-членов, не являющихся участниками указанных международных договоров, присоединения к ним.

В соответствии с п.13 Протокола об охране и защите прав на объекты интеллектуальной собственности срок действия первоначальной регистрации товарного знака составляет 10 лет. Указанный срок может быть продлен неограниченное число раз по обращению правообладателя товарного знака каждый раз на срок не менее 10 лет.

Государства-члены имеют право на регистрацию товарного знака Евразийского экономического союза и знака обслуживания Евразийского экономического союза. Товарному знаку Союза предоставляется правовая охрана одновременно на территориях всех государств-членов. При этом в качестве товарного знака Союза может быть зарегистрировано обозначение, представленное только в графическом виде (п.14 Протокола). Реализация положений Договора о создании Евразийского экономического союза, касающихся интеллектуальной собственности, станет основой формирования евразийского рынка интеллектуальной собственности, где будут эффективно охраняться права производителей на их товарные знаки и знаки обслуживания.

Таким образом, в условиях рыночной экономики происходит острая конкурентная борьба между товаропроизводителями, как в каждой стране, так и на глобальном уровне. Таковы реалии нашего времени. При этом она не всегда идет с соблюдением правил честной и добросовестной конкуренции, поскольку очень много желающих заработать на чужом имени, т.е. товарном знаке, знаке обслуживания. Государства в рамках правового сотрудничества создали механизмы противодействия в отношении недобросовестных производителей. Республика Беларусь за годы суверенного существования присоединилась практически ко всем международным соглашениям по охране товарных знаков и знаков обслуживания. То, что товарные знаки белорусских субъектов незаконно используются – это, с одной стороны, свидетельствует о достигнутых успехах на международном рынке, поскольку бренды никому не известных товаров никто копировать и использовать не станет. Однако спокойно смотреть, как используют твой

товарный знак, совершенно недопустимо. Государство выполнило свою роль в деле создания правовых условий для защиты товарных знаков национальных производителей, присоединившись к международным соглашениям, заключенным для противодействия контрафактной продукции. Далее все зависит от самих обладателей товарных знаков: они должны отслеживать и оперативно выявлять факты нарушения их прав, после чего незамедлительно использовать весь правовой потенциал в борьбе с нарушителями принципов честной конкуренции.

8. Охрана прав на товарный знак в сети Интернет

1. В связи с широким распространением всемирной информационной системы возникла проблема, непосредственно имеющая отношение к охране прав на товарный знак. Ее суть состоит в том, что в сети Интернет используются доменные имена, обозначающие серверы, т.е. компьютеры, предоставляющие пользователям свои ресурсы, которые совпадают с фирменными наименованиями, а также наименованиями товарных знаков до степени смешения. Конечно, такое совпадение возникает неслучайно: оно результат умышленных действий обладателей доменных имен, которые намеренно избирают имена, схожие с известными фирменными наименованиями и товарными знаками. В результате посещение серверов с такими доменными именами резко возрастает за счет потенциальных покупателей, которые, желая приобрести товар или получить информацию о нем, оказываются на совершенно не интересующем их сайте.

Схема действий нарушителей прав, следующая: лицо, не имеющее никакого права в отношении товарного знака или фирменного наименования, регистрирует в качестве доменного имени текстовый элемент, полностью совпадающий с наименованием товарного знака или фирменного наименования. Такие действия получили название «киберзахват» или «киберпиратство». В результате таких действий «киберпиратов» обладатель прав на товарный знак или фирменное наименование уже не может зарегистрировать домен с таким же названием. «Киберпираты» обычно предлагают правообладателю уступку доменного имени за определенную плату, но такие действия являются явно недобросовестными.

В подобных ситуациях интересы владельцев фирменных наименований и товарных знаков должны быть взяты под охрану. В настоящее время охрана фирменных наименований и товарных знаков в сети Интернет от двойников-доменов еще не получила непосредственного регулирования, но по аналогии закона в подобных ситуациях может использоваться положение п. 3 ст. 16 Соглашения по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (ТРИПС). В частности, в указанном пункте говорится: «Статья 6-bis Парижской конвенции будет применяться с необходимыми изменениями к товарам и услугам, которые не являются идентичными или подобными тем, для которых товарный знак зарегистрирован, при условии,

что использование товарного знака в отношении этих товаров или услуг может продемонстрировать связь между этими товарами и услугами и обладателем прав на зарегистрированный товарный знак и если интересы обладателя зарегистрированного знака не могут пострадать в результате такого использования».

В ст. 6-bis Парижской конвенции, как уже отмечалось, запрещается применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способное вызвать смешение со знаком, который является в этой стране общеизвестным в качестве знака лица, пользующегося преимуществами Конвенции.

Данное положение Парижской конвенции может быть использовано для охраны общеизвестных знаков в Интернете в случаях, если они используются в качестве доменных наименований.

Если суд откажет в защите товарного знака, используемого в качестве доменного наименования по основаниям отсутствия законодательства по регулированию доменных имен, правообладатель может использовать положение ст. 10-bis Парижской конвенции, предусматривающее защиту от недобросовестной конкуренции.

2. В Беларуси первым делом по незаконному использованию доменных имен стало дело о праве использования домена google.by. Названное имя было зарегистрировано не на всемирно известную компанию, а на одну из белорусских фирм, занимающихся компьютерным программированием. Дело было рассмотрено в Верховном Суде Республики Беларусь, который отменил регистрацию доменного имени на белорусскую фирму. Аналогичная ситуация возникла с доменом «Белшина», зарегистрированным частным предпринимателем, продававшим через него контрафактные товары. Следствием этого были обращения покупателей с претензиями по качеству приобретенных товаров к «Белшине», в результате чего наносился ущерб интересам известного производителя. В судебном порядке использование частным предпринимателем чужого доменного имени было запрещено.

Указанная проблема обнаружилась в ряде стран практически одновременно. В законодательном плане первыми на нее отреагировали США, где 29 ноября 1999 г. был принят «Акт по защите потребителей от киберпиратства». Он запрещает регистрацию, куплю-продажу и использование доменных наименований, которые совпадают или имеют сходство до степени смешения со знаками, принадлежащими другим лицам.

Со своей стороны ВОИС также был озабочен возникшей ситуацией и для ее разрешения в декабре 1999 года создал Центр по арбитражу и посредничеству в области доменных имен (ICANN). Предназначение Центра – разрешение споров, возникающих в связи с недобросовестной регистрацией доменных имен, идентичных или схожих до степени смешения с зарегистрированными товарными знаками.

JCANN разработал процедуру Единой политики разрешения споров, связанных с доменными именами (UDRP), и Правила для разрешения споров, связанных с доменными именами. Процедура UDRP и правила JCANN действуют для доменных имен .com, .net, .org и для отдельных национальных доменных зон. Среди заявителей о нарушенных правах в Центр по арбитражу и посредничеству в области доменных имен ВОИС пока не было субъектов из Беларуси, но в ряде рассмотренных в Центре споров ответчиками выступали белорусские граждане.

3. В России споры, связанные с использованием в доменном имени чужого товарного знака, рассматриваются в сфере гражданских правоотношений.

По данному вопросу было принято постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16 января 2001 года №1192/00. В постановлении Президиум указал, что «отсутствие в названных нормах Закона (Закон Российской Федерации о товарных знаках 1992 года (в ред. от 11 декабря 2002 года) прямого указания на то, что использование в доменном имени чужого товарного знака является нарушением прав владельца товарного знака, не препятствует признанию судом таких действий правонарушением». Суд также отметил, что «доменные имена фактически трансформировались в средство, выполняющее функцию товарного знака, который дает возможность отличать соответственно товары и услуги одних юридических или физических лиц от однородных товаров и услуг других юридических или физических лиц. Кроме того, доменные имена, содержащие товарные знаки или торговые наименования, имеют коммерческую стоимость».

Основываясь на постановлении Президиума ВАС, арбитражные суды России начали удовлетворять требования истцов по защите принадлежащих им товарных знаков от использования в качестве доменных имен в сети Интернет.

9. Передача прав на интеллектуальную собственность

1. Согласно ст. 984 ГК Республики Беларусь имущественные права, принадлежащие обладателю интеллектуальной собственности, могут быть переданы правообладателем полностью или частично другому лицу по договору, а также переходят по наследству и в порядке правопреемства при реорганизации юридического лица – правообладателя.

При этом передача имущественных прав по договору либо их переход в порядке универсального правопреемства не влечет передачи или ограничения права авторства и других личных неимущественных прав.

В Законе Республики Беларусь от 17 мая 2011 г. №262-З «Об авторском праве и смежных правах» установлено несколько способов передачи авторских и смежных прав: посредством договора уступки авторских и

смежных прав, лицензионного договора, авторского договора и договора о создании и использовании объекта авторского права или смежных прав.

По договору уступки исключительного права правообладатель отчуждает исключительное право на объект авторского права или смежных прав в полном объеме другой стороне на весь срок действия авторского права или смежных прав (ст.43).

По лицензионному договору правообладатель (лицензиар) передает право использования объекта авторского права или смежных прав пользователю (лицензиату) (ст.44). При этом может быть заключен договор исключительной или простой лицензии на пользование объектом. По договору исключительной лицензии передаются права использования объекта определенным способом и в определенных пределах, что специально оговаривается. При этом лицензиар остается правообладателем не переданных договором прав на объект авторского права или смежных прав. По договору простой (неисключительной) лицензии у лицензиара сохраняется право распоряжения объектом авторского права или смежных прав и право выдавать лицензии на этот объект другим лицам.

Авторским договором является лицензионный договор, в котором лицензиаром выступает автор произведения (ст.45). В авторском договоре должны быть оговорены конкретные способы использования произведения, а также размеры авторского вознаграждения за каждый способ использования, порядок и сроки его выплаты. Если в авторском договоре не указан срок действия договора, то он может быть прекращен автором по истечении трех лет с момента заключения по письменному уведомлению лицензиата за три месяца до истечения срока действия договора.

По договору о создании и использовании объекта авторского права или смежных прав автор (исполнитель) принимает на себя обязательство создать в будущем произведение или исполнение и предоставить заказчику, не являющемуся его нанимателем, право использовать это произведение или исполнение (ст.46). Предусмотренное договором произведение или исполнение должно быть передано заказчику в срок, установленный в договоре. Материальный объект (скульптура, картина), созданный по договору, передается заказчику в собственность, если иное не предусмотрено договором.

2. Передача права собственности на объекты промышленной собственности приобрело особую значимость в глобальной экономике. Это обусловлено тем, что современное производство требует от производителей всего мира не только заниматься научно-техническими разработками новых видов продукции, поиском новых видов материалов, но и приобретать уже запатентованные изобретения и секреты производства («ноу-хау»)²⁴, поскольку таким способом можно путем сравнительно небольших

²⁴ Переводится с английского «знаю, как».

затрат получить значительный экономический эффект. Если поставить вопрос, что экономически выгоднее: приобретение товара или лицензии на его производство, то ответ однозначен – намного выгоднее приобретение лицензии, с помощью которой можно производить высокотехнологичные товары в неограниченном количестве. В современном мире торговля лицензиями развивается быстрее, чем торговля товарами, что является характерной тенденцией мирового оборота.

Само патентование предполагает не только охрану исключительных прав патентообладателей, но и возможность для других лиц приобрести право на патент и использовать его в интересах общественного производства. Чтобы не допустить злоупотребления правом со стороны патентообладателей, когда они отказывают третьим лицам в выдаче патента, и тем самым сдерживают научно-технический прогресс, в Парижскую конвенцию по охране промышленной собственности 1883 года была включена следующая норма: «Каждая страна Союза имеет право принять законодательные меры, предусматривающие выдачу принудительных лицензий, для предотвращения злоупотреблений, которые могут возникнуть в результате осуществления исключительного права, предоставляемого патентом, например, в случае неиспользования изобретения» (п.п. 2 ст. 5). Если выдача принудительной лицензии окажется недостаточной мерой для предотвращения злоупотреблений, может быть предусмотрено лишение прав на патент, но не ранее, чем до истечения двух лет с момента выдачи первой принудительной лицензии (п.п. 3 ст. 5). В свою очередь принудительная лицензия не может быть потребована по причине неиспользования или недостаточного использования патента до истечения срока в четыре года, считая с даты подачи заявки на патент, или трех лет с даты выдачи патента, причем должен применяться более поздний срок (п.п. 4 ст. 5).

Принудительная лицензия является неисключительной лицензией и может передаваться даже в форме выдачи сублицензии, но лишь вместе с частью промышленного или торгового предприятия, использующего эту лицензию.

В выдаче принудительной лицензии должно быть отказано, если патентообладатель докажет наличие уважительных причин, препятствовавших использованию патента.

Положения п. А ст. 5 Парижской конвенции ориентируют патентообладателя на использование своих исключительных прав, но, очевидно, что они могут быть применены только по отношению к отечественным патентообладателям. По отношению к иностранным патентообладателям эти нормы не применимы из-за сложности доказывания неиспользования изобретения. В то же время вполне возможна такая ситуация, когда изобретение, полезная модель, промышленный образец патентуются в определенной стране в целях воспрепятствования выпуска продукции конкурентами.

3. В мировой практике исключительные права передаются на условиях *договора простой лицензии* или *договора исключительной лицензии*.

Договор простой лицензии предусматривает передачу лицензиаром прав использования объекта интеллектуальной собственности лицензиатом с сохранением за лицензиаром права использования этого объекта и права выдачи лицензии другим лицам.

Договор исключительной лицензии предусматривает передачу лицензиаром права использования объекта интеллектуальной собственности с сохранением за лицензиаром права его использования в части, не передаваемой лицензиату, но без права выдачи лицензии другим лицам.

С помощью лицензионного договора происходит и передача технологических секретов производства («ноу-хау»).

В международной практике применяются договоры патентной лицензии, договоры беспатентной лицензии и комплексные лицензионные соглашения.

Патентная лицензия – это соглашение о предоставлении права на использование охраняемых патентом объектов. Случаи продажи патентных лицензий относительно редки. Они возникают тогда, когда наличие патента мешает лицензиату выйти на рынок той или иной страны. При продаже патентной лицензии, как правило, сведения о ноу-хау и техническая информация не предоставляются. Такие соглашения обычно возникают между индивидуальными патентообладателями и промышленными компаниями.

Беспатентная лицензия (договор о передаче ноу-хау) предоставляет права на научно-технические достижения, либо вообще непатентоспособные, либо патентоспособные, но по каким-то причинам не получившие патентную охрану. По беспатентной лицензии могут передаваться сведения технического, организационного, экономического характера и др., например, документация, образцы продукции, техническая помощь, обучение, управленческие услуги. Договор о передаче ноу-хау по существу не является лицензионным, т.к. его предметом является предоставление самого ноу-хау, а не исключительного права на его использование.

Комплексные лицензионные соглашения передают право на использование запатентованных объектов в совокупности с ноу-хау. При этом ноу-хау позволяет передавать в составе лицензий образцы оборудования, сырья и материалов, получить широкий доступ к особенностям технологии, инженерным услугам, что значительно повышает эффективность реализации лицензий.

4. Закон Республики Беларусь от 16 декабря 2002 года «О патентах на изобретения, полезные модели и промышленные образцы» устанавливает, что любое физическое или юридическое лицо, желающее использовать изобретение, полезную модель, промышленный образец, обязано заключить с патентообладателем лицензионный договор о передаче права на использование изобретения, полезной модели, промышленного образца.

Лицензионный договор, договор об уступке патента, договор о залоге имущественных прав, удостоверяемый патентом, в обязательном порядке регистрируется в Национальном центре интеллектуальной собственности и без такой регистрации считается недействительным.

В Законе 2002 года указаны еще два вида специальных лицензий, посредством которых может происходить передача исключительных прав, – открытая лицензия и принудительная лицензия.

Открытая лицензия выдается по ходатайству патентообладателя в патентный орган об официальном опубликовании в бюллетене органа заявления о предоставлении любому лицу права на использование изобретения, полезной модели, промышленного образца на условиях простой неисключительной лицензии. В этом случае пошлина за поддержание патента уменьшается на 50% со следующего года, после опубликования такого заявления. Лицо, желающее использовать открытую лицензию, вправе требовать от патентообладателя заключения с ним лицензионного договора на условиях, указанных в заявлении об открытой лицензии.

Принудительная лицензия может быть выдана в результате обращения с заявлением в суд любого лица, в случае отказа патентообладателя от заключения с ним лицензионного договора, при условии неиспользования или недостаточного использования патентообладателем изобретения в течение пяти лет, а полезной модели и промышленного образца – в течение трех лет с даты выдачи патента. Если патентообладатель не докажет, что неиспользование или недостаточное использование изобретения, полезной модели, промышленного образца вызвано уважительными причинами, суд принимает решение к выдаче неисключительной лицензии с определением пределов использования, размеров, сроков и порядка платежей.

5. Передача права на товарный знак регулируется в специальном разделе Закона Республики Беларусь «О товарных знаках и знаках обслуживания» 1993 года, где содержатся следующие основные положения:

1) право на товарный знак может быть уступлено владельцем этого знака по договору и передано по лицензионному договору юридическому или физическому лицу в отношении всех или части товара, для которых он зарегистрирован;

2) уступка права на товарный знак не допускается, если она может явиться причиной введения в заблуждение потребителя относительно товара или его изготовителя;

3) лицензированный договор должен содержать условие о том, что качество товаров лицензиата будет не ниже качества товаров лицензиара и что лицензиар будет осуществлять контроль за выполнением этого условия;

4) право на коллективный знак и право на использование коллективного знака не может быть передано другим лицам;

5) договор об уступке права на товарный знак другому юридическому или физическому лицу и лицензионный договор регистрируются в патентном органе и являются действительными для третьих лиц с даты их регистрации.

Как видно из содержания приведенных норм, законодатель обуславливает юридическую передачу права на товарный знак двумя отдельными договорами: договором об уступке права на товарный знак и договором о предоставлении лицензии на использование товарного знака.

6. Относительно применимого права в отношении договоров должна быть использована норма, изложенная в п. 2 ст. 1132 ГК Республики Беларусь: «Договоры, имеющие своим предметом права на интеллектуальную собственность, регулируются правом, определяемым положениями настоящего раздела о договорных обязательствах». Исходя из указанной нормы, стороны при заключении договора или в последующем могут избрать применимое право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по договору (п. 1 ст. 1124 ГК). При отсутствии соглашения сторон о выборе права применяется право страны, где имеет основное место деятельности сторона, являющаяся лицензиаром, – в лицензионном договоре о пользовании исключительными правами (п.п. 15 п. 1 ст. 1125 ГК).

7. В международной практике получил распространение договор франчайзинга, именуемый в белорусском законодательстве договором комплексной предпринимательской лицензии (ст. 910 ГК), а в российском праве – договором коммерческой концессии.

По договору комплексной предпринимательской лицензии правообладатель за вознаграждение обязуется предоставить пользователю комплекс исключительных прав (лицензионный комплекс), включающий право использования фирменного наименования правообладателя и охраняемой коммерческой информации, а также других объектов исключительных прав (товарного знака, знака обслуживания и т.п.) для предпринимательской деятельности пользователя. В соответствии с законодательством Республики Беларусь договор франчайзинга, а также изменения к нему и его досрочное расторжение подлежат регистрации в патентном органе Республики Беларусь – Национальном центре интеллектуальной собственности. Соответствующие сведения вносятся в Государственный реестр договоров комплексной предпринимательской лицензии (франчайзинга) Республики Беларусь. Договоры франчайзинга в международной практике используются для открытия в зарубежных странах магазинов, ресторанов, гостиниц, расширения рынков сбыта товаров и услуг наиболее известных транснациональных корпораций.

ГЛАВА 10

Наследственные правоотношения в современных интеграционных процессах

1. Общие положения о наследовании

1. Наследование относится к одной из старейших отраслей права, которое получило развитие вместе с правом собственности у всех без исключения народов. В римском праве наследственные правоотношения начали формироваться еще до Законов XII таблиц (551-550 гг. до н.э.) и приобрели заверченный вид спустя около 20 лет после первой редакции кодекса Юстиниана. В Древнем Риме сформировались два вида наследования: по завещанию (*testamentum*) и при отсутствии завещания, воспринятые впоследствии практически всеми странами мира. Римский юрист Юлиан определял наследование как «преемственность во всех правах умершего», подчеркивая тем самым, что к наследникам переходят не только права, но и обязанности умершего.

Памятник истории Древней Руси «Повесть временных лет» сохранил договор киевского князя Олега с греками, заключенный в 911 году, где есть и такие условия: «И о русских, служащих в Греческой земле у греческого царя. Если кто умрет, не распорядившись своим имуществом, а своих у него не будет, то пусть возвратится имущество его на Русь ближайшим младшим родственникам. Если же сделает завещание, то пусть возьмет завещанное ему тот, кому написал умирающий наследовать его имущество и да унаследует его»²⁵.

Институт наследования получил закрепление и в Статуте Великого княжества Литовского 1588 года, в котором целый раздел VIII был отведен регулированию завещаний, называемых тестаменами (от лат. *testari* – засвидетельствовать), что означало духовное завещание по назначению наследников. Общие принципы наследования были изложены в артикуле 17 раздела 3, установившем: «... что после смерти отцов и матерей дети их, сыновья и дочери от отцовских и материнских имуществ не должны быть отдалены, но они сами и их наследники ... обычаем древним и также статутом первым и нынешним должны овладеть и получить те имущества и к своей выгоде использовать на вечные времена»²⁶. Раздел имущества на отцовские и материнские устанавливал разный порядок их наследования: 3/4 отцовского имущества делилось между сыновьями, 1/4 выделялась дочерям в виде приданого. Материнское имущество делилось между братьями и сестрами поровну.

2. Институт наследства оказался настолько прочным, что на него не смогли повлиять даже политические и идеологические разногласия, которые существовали между СССР и странами капиталистического мира.

²⁵ Повесть временных лет // Художественная проза Киевской Руси XI–XIII веков. – М., 1957. – С.18–19.

²⁶ Статут Вялікага княства Літоўскага 1588 года. Тэксты. Даведнік. Каментарыі. – Минск, 1989. – С. 367.

В советское время принималось наследство от иностранных граждан, завещавших свое имущество родственникам, жившим в СССР.

Процедура эта была сложна в силу того, что советское государство длительное время под угрозой уголовной ответственности запрещало своим гражданам поддерживать какие-либо связи с родственниками, жившими за границей. Безоговорочно исключалось личное принятие наследства советскими гражданами с выездом за границу. Все дела по открывшимся наследствам за границей велись Иностранной юридической коллегией при Московской коллегии адвокатов, которая разыскивала граждан для получения наследства через объявления, помещаемые в газете «Известия».

Был случай в советское время, когда в качестве наследника открывшегося за рубежом наследства оказался город Малмыж Кировской области.

Наследство Малмыжу завещал М.А. Батуев – уроженец этого небольшого древнего русского города, который умер в Китае в 20-е годы XX столетия. Дело о наследстве возникло в 30-е годы и тянулось долго, поскольку приемная дочь Батуева, жившая в США, пыталась оспорить передачу наследства городу Малмыжу в американском суде. Окончательная точка в деле была поставлена на судебном процессе в Москве в середине пятидесятых годов и Малмыж получил свои деньги. На полученные средства в городе, согласно завещанию, открыли дом престарелых и ремесленное училище. Поскольку условием получения наследства было открытие церкви, то в точности исполняя волю наследодателя, открыли церковь, стоявшую к тому времени закрытой, что по тем атеистическим временам было беспрецедентным случаем.

3. Прекращение существования СССР, в результате чего люди, находящиеся в близком родстве, оказались гражданами разных государств, установление реальной свободы передвижения с возможностью выезда на постоянное место жительства в другую страну – все это с неизбежностью переводит вопросы международных наследственных отношений из преимущественно теоретической сферы и единичных случаев в практическую реальность нашего времени. Современное наследственное право отдельных государств, восприняв такие общие институты наследования, как наследование по завещанию и по закону, выделение обязательной доли в наследовании, перехода выморочного имущества к государству, остается своеобразным в каждой стране, что является результатом различного исторического опыта и национальных традиций отдельных народов. Это затрудняет проведение унификации наследственных правоотношений, поскольку государства не идут на изменения национальных систем наследования, сложившихся на протяжении длительного времени. В этих условиях использование коллизионных норм становится основным способом разрешения наследственных правоотношений с иностранным элементом, который может проявляться в различных вариантах: наследодатель и все наследники или некоторые из них могут оказаться гражданами различных государств, насле-

дуемое имущество может находиться в другом государстве или нескольких государствах, завещание наследодателя может быть составлено за границей, последним постоянным местом жительства наследодателя может оказаться другое государство, наследодатель завещал часть своего имущества, представленную художественной коллекцией, иностранному музею и т.д.

2. Коллизионное регулирование наследственных отношений международного характера

1. В наследственном праве существует понятие «статут наследования». Под ним понимают весь комплекс правовых вопросов, которые подлежат разрешению при определении судьбы наследства. К вопросам, охватываемым статутом наследования, относятся основания наследования, форма завещания, состав наследства, условия открытия наследства, круг лиц, которые могут призываться к наследованию, доли наследников в наследуемом имуществе, особенности наследования отдельных видов имущества, охрана наследства и его передача наследникам и др. Регулирование всех указанных вопросов производится коллизионными нормами. Основные коллизионные привязки, применяемые при наследовании по закону, – закон гражданства или закон местожительства наследодателя.

При применении привязки к закону гражданства не имеет значения, где открылось наследство и в какой стране находится имущество, что облегчает установление статута наследования. Согласно п. 1 ст. 25 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению 1896 года: «К наследованию применяется право государства, гражданином которого является наследодатель в момент своей смерти». Аналогичная формулировка содержится в ст. 34 Закона Венгрии «О международном частном праве» 1979 года.

Сложности с применением привязки к закону гражданства возникают в случае, если наследодатель не имеет гражданства или обладает двойным или множественным гражданством. Согласно Закону Японии, касающемуся применения законов 1898 года, в таком случае действует право того государства, где это лицо имеет место обычного проживания. Если такую страну сложно определить, применяется право государства, с которым данное лицо наиболее тесно связано²⁷.

В то же время в законодательстве ряда стран в качестве применимого права к наследственным правоотношениям используется право страны, в которой наследодатель имел последнее место жительства. Это положение закреплено в белорусском (ст. 1133 ГК) и российском (п. 1 ст. 1224 ГК) законодательстве, а также законодательстве большинства стран СНГ и государств англо-американской системы права.

2. Наследование по завещанию преобладает в юридической практике, но и при такой форме распоряжения наследственными правами всегда тре-

²⁷ Международное частное право: Иностранное законодательство. – М., 1997. – С. 742.

буют разрешения вопросы об обязательной доле, правах пережившего супруга, т.е. вопросы, относящиеся к распределению обязательной доли имущества. Однако наибольшую сложность в наследовании по завещанию представляют завещательная дееспособность наследодателя и форма завещания.

Завещательная дееспособность – это способность составлять и отменять завещание, которая заключается в возможности наследодателя свободно выражать свою волю, осознавая последствия своих действий. Составлять и отменять завещания может только полностью дееспособное лицо, что определяется правом страны, где наследодатель имеет место жительства в момент составления или отмены завещания. На этой позиции находится законодательство большинства государств.

Форма завещания относится к статусу наследования, и в этом плане логично было бы предполагать подчинение ее общей коллизионной норме – закону гражданства или места жительства наследодателя. Однако завещание – особый вид односторонней гражданско-правовой сделки, по отношению к которому применимы и другие коллизионные привязки, в первую очередь, закон страны, где завещание было составлено. В российской учебной литературе допускается непосредственное волеизъявление лица по поводу выбора права, с чем нельзя не согласиться, учитывая, что завещание является односторонней сделкой и при ее совершении наследодатель может избрать применимое право, исходя из принципа свободы выбора права (*lex voluntatis*).

В законодательстве ряда государств предусматривается несколько вариантов выбора права применительно к форме завещания. Согласно ст. 72 Закона Украины «О международном частном праве» 2005 года форма завещания и акт его отмены определяются правом государства, в котором наследодатель имел постоянное место жительства в момент составления акта или в момент смерти. Однако завещание или акт его отмены не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если она соответствует требованиям права места составления завещания или права гражданства, или права обычного места пребывания наследодателя в момент составления акта или в момент смерти, а также права государства, в котором находится недвижимое имущество.

Коллизионные нормы определяют не только форму завещания, но и его содержание применительно к наследованию имущества, т.е. указывают на применимое право, по которому наследники приобретают право собственности в отношении наследуемого имущества.

В странах общего права, где права завещателя практически не ограничены, одинокие люди часто завещают значительные суммы своим домашним животным, в связи с чем в ряде штатов США были приняты законы, запрещающие завещание имущества кошкам или собакам.

3. В настоящее время в большинстве стран наследственное имущество классифицируется как движимое и недвижимое, что приводит к возникно-

вению такого явления, как «расщепление статута наследования», когда по-разному регулируются отношения по наследованию двух категорий объектов – движимых и недвижимых вещей. В итоге возникают две самостоятельные коллизионные привязки в наследовании: недвижимость регулируется по праву страны ее места нахождения, движимое имущество – по закону domicilia наследодателя.

Следует заметить, что еще с конца XIX столетия в юридической литературе сложилось мнение о необходимости наследования имущества единым комплексом без разделения его на движимое и недвижимое. В пользу такого порядка наследования приводилось соображение, что подчинение движимого и недвижимого имущества разным законам противоречит идее универсальной юрисдикции, в силу которой наследство переходит к наследникам целиком, со всеми его пассивами и активами. Однако практика законодательства в большинстве стран пошла по другому пути и только в Саксонии и Италии не проводилось различия между движимым и недвижимым наследственным имуществом, причем в Италии такой порядок сохраняется до настоящего времени.

3. Универсальные международные конвенции по регулированию наследственных отношений

1. Первая попытка принятия универсальной международной конвенции по вопросам наследования была предпринята на девятой сессии Гаагской конференции по международному частному праву 5 октября 1961 года, когда была принята Конвенция о коллизиях законов, касающаяся форм завещательных распоряжений. В Конвенции рассматриваются все возможные виды коллизионных привязок в отношении формы завещания. Основными привязками, согласно Конвенции, должны быть или право страны гражданства завещателя на момент составления завещания, или право страны его преимущественного проживания. Конвенция также допускает возможность применения законодательства государства, где находится недвижимость, или права страны, с которой лицо наиболее тесно связано. В то же время лицо, составляющее завещание, может избрать правовую систему, тем самым подчинив наследственные правоотношения определенному праву. Конвенция не требует взаимности, т.е. применяется независимо от гражданства наследодателя и наследников.

В настоящее время в Конвенции принимают участие около тридцати государств. Беларусь в этой Конвенции не участвует.

2. Создание унифицированных материально-правовых норм, определяющих форму завещания, является предметом Вашингтонской конвенции о единообразном законе о форме международного завещания от 26 октября 1973 года.

От государств-участников Конвенции требуется включить в национальное законодательство правила составления международного завеща-

ния или использовать перевод правил, содержащихся в Приложении 1, на официальный язык своей страны.

Договаривающиеся Стороны обязались создать институт уполномоченных лиц, функции которых будут заключаться в выполнении международных завещаний. За рубежом функции уполномоченных будут выполнять дипломатические и консульские представители. По отношению к завещаниям установлено требование их собственноручного составления наследодателем с обязательной подписью. Завещание составляется в присутствии двух свидетелей и уполномоченного лица, которым необязательно знать его содержание. СССР участвовал в Вашингтонской конференции и подписал Конвенцию, но в дальнейшем ее не ратифицировал. Беларусь также не участвует в данной Конвенции.

3. Важный вопрос регулирует Гаагская конвенция о международном управлении имуществом умершего от 2 октября 1973 года, предложенная двенадцатой сессией Гаагской конференции по международному частному праву. Эта Конвенция предусматривает введение международного сертификата по установлению лиц, допускаемых к управлению имуществом умершего. Международный сертификат выдается судом или иным административным органом в государстве, где проживал наследодатель. Владелец сертификата имеет право собирать информацию о составе наследственной массы, устанавливать объем имущества, которым необходимо управлять, предъявлять иски и встречные требования, а также любые другие защитные и срочные требования в отношении наследуемого имущества.

Вопросу управления наследственным имуществом посвящена также Гаагская конвенция о праве, применимом к имуществу, распоряжение которым осуществляется на началах доверительной собственности, и о его признании от 1 июля 1985 года. Особенность Конвенции 1985 года в том, что лицо, передающее наследуемое имущество, может самостоятельно избрать право, объяснив мотивы своего избрания в специальном акте. При отсутствии выбора права применяется законодательство страны, с которым наследование доверительной собственности наиболее тесно связано. Определение такой тесной связи Конвенция предлагает осуществить либо путем обращения к законодательству страны, на территории которой находится имущество и действует доверительный собственник, либо, обратившись к законодательству государства, где находится центр управления трастом.

4. Последнее по времени принятия универсальное соглашение в сфере наследственных правоотношений – Гаагская конвенция о праве, подлежащем применению к наследованию недвижимого имущества от 1 августа 1989 года, принятая шестнадцатой сессией Гаагской конференции по унификации международного частного права. Основные правила, установленные Конвенцией 1989 года, следующие:

1) возможность выбора права, с которым наиболее тесно связано наследование недвижимого имущества;

- 2) оформление избранного права специальным заявлением;
- 3) коллизионные нормы устанавливают действительность соглашения по наследованию как особого документа, определяющего порядок возникновения права на наследование;
- 4) недопустимость возникновения споров между наследниками из разных государств, если не установлена очередность наследования.

Таким образом, международная унификация наследственных правоотношений с наличием иностранного элемента ведется с 60-х годов XX столетия, но проведенная работа пока не принесла желаемых результатов из-за нежелания ряда государств участвовать в принятых конвенциях.

4. Региональные и двусторонние соглашения в сфере наследственных правоотношений

1. Значительно более успешной, по сравнению с универсальной, оказалась региональная и двусторонняя унификация наследственных правоотношений. Основными источниками регулирования наследственных отношений являются договоры о правовой помощи и правовых отношениях.

В Европейском Союзе отношения по наследованию регулируются Регламентом № 650/2012 Европейского парламента и Совета Европейского Союза «О юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов, а также о создании Европейского свидетельства о наследовании», также известного как «Рим IV». В соответствии со ст. 1 Регламент охватывает вопросы наследования имущества умерших лиц, не затрагивая сферы доходов, таможенных пошлин и административных вопросов. Регламент также не регулирует правовой статус физических лиц, семейные отношения, правоспособность физических лиц, алиментных обязательств (кроме возникающих в результате смерти), имущественные права, вопросы корпоративного права и другие.

Одной из ключевых новелл Регламента является принципиально новая коллизионная привязка, которая используется для определения применимого права к конкретному случаю трансграничного наследования. Такой привязкой стало место постоянного проживания наследодателя на момент смерти. Аналогичным образом определяется и юрисдикция, а именно: ст. 4 «Рима IV» указывает, что юрисдикцию по рассмотрению наследственного дела осуществляют суды страны-участницы ЕС, на территории которой соответствующий наследодатель постоянно проживал на момент смерти. Названная коллизионная привязка по сравнению с распространенной ранее привязкой к закону гражданства наследодателя обеспечивает единство применимого права и суда, что ускоряет разрешение наследственных дел и повышает качество рассмотрения вследствие применения судом собственного национального права. Также привязка к месту постоянного жительства наследодателя позволяет обеспечить равное отношение ко всем лицам, входящим в круг наследников, поскольку в стране послед-

него места жительства наследодателя обычно проживают его наследники и находится основная часть наследуемого имущества.

Декларативная часть Регламента содержит в себе описание процесса определения последнего постоянного места жительства наследодателя, но само определение понятия «последнее постоянное место жительства» в «Риме IV» отсутствует, что следует признать определенным недостатком. Также в Регламенте не решен вопрос, в течение какой минимальной продолжительности времени должен проживать наследодатель на территории государства, чтобы оно стало для него государством последнего постоянного места жительства. Однако Регламент не исключает и применение привязки закона гражданства, если наследодатель укажет его в качестве применимого права, на что указывает ст. 22.

Еще одной новеллой в регулировании наследственных правоотношений в Регламенте стал отказ от «дробления» наследуемого имущества в зависимости от его природы и места нахождения. Вся наследственная масса рассматривается как единое целое, что обеспечивает правовую определенность в наследственных делах.

Отношения стран СНГ по вопросам наследования были урегулированы ст. 44-50 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 года, принятой в Минске. Кишиневская конвенция 2002 года, заменившая для большинства государств СНГ Минскую конвенцию, не внесла никаких изменений в это регулирование (ст. 47-53).

Обе конвенции основаны на принципе равенства прав в наследовании для граждан каждого из договаривающихся государств. Право наследования имущества, за исключением наследования недвижимости, определяется по законодательству стороны, на территории которой наследодатель имел последнее постоянное место жительства. Право наследования недвижимого имущества определяется по законодательству государства, на территории которого находится это имущество.

Если наследником выморочного имущества является государство, то движимое имущество переходит к государству, гражданином которого являлся наследодатель в момент смерти, а недвижимое наследственное имущество переходит государству, на территории которого находится эта недвижимость.

Форма завещания и его отмены, а также способность лица к составлению и отмене завещания подчинены праву той страны, где завещатель имел место жительства в момент составления акта. В соответствии с этим завещание или акт его отмены не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если последняя соответствует праву места ее составления.

Производство по делам о наследовании движимого имущества компетентны вести учреждения государства, на территории которого наследода-

тель имел место жительства в момент смерти. В делах о наследовании недвижимого имущества компетентны учреждения государства, на территории которого находится это имущество. Эти же учреждения вправе рассматривать споры, возникающие в связи с производством дел о наследстве.

Дипломатические представительства или консульские учреждения Договаривающихся Сторон имеют право представлять (за исключением права на отказ от наследства) без специальной доверенности в учреждениях других Договаривающихся Сторон граждан своего государства, если они отсутствуют или не назначили своего представителя.

Государства-участники конвенций принимают необходимые меры для обеспечения охраны наследства, оставленного на их территории гражданами других государств или для управления им. О принятых мерах по охране наследства или по управлению им безотлагательно уведомляется дипломатическое представительство или консульское учреждение государства, гражданином которого являлся наследодатель. Само дипломатическое представительство или консульское учреждение может принимать участие в осуществлении этих мер.

2. В двусторонних договорах Республики Беларусь о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам установлен принцип равенства граждан в отношении прав на наследование имущества по закону или по завещанию на территории другого государства. Право наследования недвижимого имущества определяется по законодательству страны, где наследодатель имел последнее место жительства, а недвижимого – по праву страны, где оно находится. При этом вопрос принадлежности имущества к движимому или недвижимому имуществу решается по праву страны места его нахождения.

Иначе, по сравнению с Минской и Кишиневской конвенциями, решен вопрос в двусторонних договорах о способности завещателя составлять или отменять завещание и о его форме. В качестве генеральной нормы в большинстве договоров указано право стороны, гражданином которой является завещатель в момент составления или отмены завещания. Соответствие формы завещания законодательству стороны, на территории которой было составлено завещание, установлено в этих договорах в качестве субсидиарной нормы.

В договорах Республики Беларусь с Латвией, Литвой, Польшей и другими государствами содержатся статьи о раскрытии и оглашении завещания. Это действие производят органы той стороны, на территории которой открылось наследство. Если наследодатель является гражданином другой стороны, то копия завещания и протокол о раскрытии завещания, а по требованию другой стороны и оригинал завещания, пересылаются компетентному учреждению этой стороны.

В договорах с этими же странами регулируется выдача наследства. Выдаваться может движимое имущество или денежные суммы, получен-

ные от продажи движимого либо недвижимого имущества. Если место жительства наследников находится на территории другой Договаривающейся Стороны, то наследственное имущество или полученная денежная сумма передается дипломатическому представительству или консульскому учреждению этой Договаривающейся Стороны.

Имущество может быть передано наследникам, если:

- 1) все требования кредиторов наследодателя, заявленные в срок, оплачены или обеспечены;
- 2) оплачены или обеспечены все связанные с получением наследства сборы;
- 3) компетентные учреждения дали, когда это необходимо, разрешение на вывоз наследственного имущества.

5. Регулирование наследственных отношений с иностранным элементом в законодательстве Республики Беларусь

1. Иностранная составляющая в наследственных отношениях, возникающих в Республике Беларусь, проявляется в праве иностранных граждан и лиц без гражданства быть наследниками наравне с белорусскими гражданами, а также завещать свое имущество. Это право закреплено в ст. 11 Конституции Республики Беларусь, ст. 4 Закона Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь», п. 3 ст. 1 и п. 2 ст. 1104 ГК. Как и белорусские граждане, иностранцы и лица без гражданства могут наследовать имущество по завещанию и призываться к наследованию по закону в порядке очередности, предусмотренной ст. 1056-1063 ГК. По общему правилу предоставление иностранному гражданину национального режима в сфере отношений по наследованию не ставится в зависимость от его проживания в Республике Беларусь. Эта позиция была закреплена еще в советском международном частном праве. Национальный режим для иностранцев в наследственных правоотношениях не обусловлен требованием взаимности и носит безусловный характер.

2. В ГК Республики Беларусь наследственные отношения с иностранным элементом регулируются в § 8 «Наследственное право», содержащем три статьи:

- 1) ст.1133: «Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имеет последнее место жительства, поскольку иное не предусмотрено статьями 1134 и 1135, если наследодателем не избрано в завещании право страны, гражданином которой он является;
- 2) ст.1134: «Наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а имущества, которое зарегистрировано в Республике Беларусь, – по праву Республики Беларусь»;
- 3) ст. 1135: «Способность лица к составлению и отмене завещания, а также форма завещания и акта его отмены определяются по праву страны,

где наследодатель имел место жительства в момент составления акта, если наследодателем не избрано в завещании право страны, гражданином которой он является. Однако завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если последняя удовлетворяет требованиям права места составления акта или требованиям права Республики Беларусь».

Поскольку ст. 1134 специально регулирует наследование недвижимого имущества и имущества, подлежащего регистрации, то предметом ст. 1133 является регулирование наследования любого движимого имущества, а также прав и обязанностей, вытекающих из наследственных отношений в сфере интеллектуальной собственности. Коллизионная норма ст. 1133 содержит две альтернативные коллизионные привязки: последнее постоянное место жительства наследодателя либо право страны, гражданином которой является наследодатель, избранное им в завещании. Первая привязка будет использоваться при наследовании по закону и наследовании по завещанию, если завещатель не выберет право страны гражданства. Применение второй привязки ограничивается завещаниями, в которых наследодатель избрал право страны своего гражданства.

Очевидно, что основной привязкой, определяющей статут наследования, будет право страны, где наследодатель имел *последнее постоянное место жительства*. Отсылка в формуле прикрепления к праву страны, в которой наследодатель имел *последнее постоянное место жительства*, требует квалификации этого понятия. Следует напомнить, что согласно п. 1 ст. 1094 ГК «суд основывается на толковании юридических понятий в соответствии с правом страны суда, если иное не предусмотрено законодательными актами».

При этом надо иметь в виду, что последнее постоянное место жительства наследодателя в белорусском праве не определено. По аналогии с п. 1 ст. 19 ГК Республики Беларусь можно предположить, что *последнее постоянное место жительства* наследодателя – это тот населенный пункт, где он постоянно или (если не имел постоянного места жительства) преимущественно проживал перед своей смертью.

Если наследодатель был иностранным гражданином или лицом без гражданства, для применения коллизионных привязок ст. 1133 важное значение имеет факт его законного проживания на территории Республики Беларусь. Согласно ст. 1 Закона Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» 2010 г. постоянно проживающий в Республике Беларусь иностранец – это лицо, получившее в установленном законодательством порядке разрешение на постоянное проживание (вид на жительство). В отношении вре-

менно пребывающих и временно проживающих иностранцев в нашей стране в случае их смерти белорусское право действовать не будет, поскольку их наследственные отношения будут подчинены праву страны их постоянного места жительства.

Могут возникать сложности в случае определения последнего места жительства наследодателя, объявленного судом умершим (ст. 41 ГК). Основанием для признания лица умершим является отсутствие по месту жительства сведений о его пребывании в течение трех лет (п. 1 ст. 41 ГК). В таком случае подлежащим применению должно быть признано право страны последнего *известного* постоянного места жительства наследодателя.

3. Согласно ст. 1134 наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится имущество, а имущества, зарегистрированного в Республике Беларусь, – по белорусскому праву. Очевидно, что данная статья содержит две коллизионные нормы, которые по-разному регулируют наследование недвижимости. Коллизионная норма первого предложения сформулирована как двусторонняя, охватывающая наследование недвижимости, как в Беларуси, так и за рубежом. Эта норма соответствует сложившейся коллизионной привязке места нахождения вещи (*lex rei sitae*), регулирующей правовое положение недвижимости. Вторая коллизионная норма является односторонней, поскольку подчиняет наследование недвижимости, зарегистрированной в Республике Беларусь, белорусскому праву. Недопустимо сужать сферу действия этой нормы, применяя ее только в отношении имущества, находящегося в Беларуси: она действует и в отношении имущества, находящегося за границей, но зарегистрированного в Республике Беларусь.

4. В ст. 1135 ГК решаются коллизионные вопросы, относящиеся к способности составлять и отменять завещание (завещательной дееспособности) и форме завещания. Следует учитывать, что ст. 1135 также является специальной по отношению к ст. 1133, в силу чего решение вопросов, не указанных в ст. 1135 (например, исполнение завещания, последствия его недействительности), должно решаться в соответствии с общими нормами, установленными ст. 1133.

Способность составлять и отменять завещание (завещательная дееспособность) означает признание лица способным распорядиться на случай смерти своим имуществом. Если завещательная дееспособность определяется белорусским правом, необходимо учитывать положение п. 2 ст. 1040 ГК, которое устанавливает, что завещание может быть совершено гражданином, обладающим дееспособностью в полном объеме. Очевидно, что белорусский законодатель имеет в виду полную дееспособность гражданина на момент составления завещания. Это важное уточнение сле-

довало бы внести в указанный пункт, поскольку возможна ситуация, когда завещатель, будучи полностью дееспособным, составляет завещание, но с возрастом у него развивается старческое слабоумие либо другое психическое заболевание, что может стать основанием для оспаривания завещания. К тому же действие п. 2 ст. 1040 ГК может быть применимо не только к гражданину Республики Беларусь, но и к иностранцу или лицу без гражданства, если они имели последнее место жительства в момент составления завещания в Беларуси.

Следует учитывать также действие нормы ст. 1049 ГК, где регулируются отмена и изменение завещания, а также нормы ст. 20 ГК, раскрывающие общее понятие дееспособности. Поскольку завещание является односторонней сделкой, необходимо учитывать норму п. 3 ст. 1104, устанавливающую гражданскую дееспособность физического лица в отношении сделок, совершаемых в Республике Беларусь в соответствии с белорусским законодательством.

В ст. 1135 ГК завещательная дееспособность устанавливается в соответствии с правом страны, где наследодатель имел постоянное место жительства в момент составления акта, если наследодателем не избрано в завещании право страны, гражданином которой он является. Возможна такая ситуация, что после составления завещания наследодатель изменит свое место жительства. В этом случае изменится право, регулирующее наследственный статус, но завещательная дееспособность будет подчиняться праву страны, где было составлено завещание.

Особо регулируется в ст. 1135 ГК форма завещания или акт его отмены. Альтернативными коллизионными нормами, определяющими применимое право к форме завещания и акту его отмены, являются право места жительства наследодателя либо право страны, гражданином которой он является. Однако в качестве субсидиарных норм допустимо также применимое право страны места составления акта или право Республики Беларусь.

Таким образом, из содержания ст. 1135 следует, что завещатель может составить (отменить) завещание в форме, предусмотренной правом каждой из четырех стран: страны места жительства, страны гражданства, страны места составления завещания, Республики Беларусь.

При использовании белорусского права, в соответствии со ст. 1044 ГК, завещание должно быть составлено в письменной форме и удостоверено нотариусом. В особых случаях, предусмотренных п. 6 ст. 1045, ст. 1047, п. 2 ст. 1048 ГК, допускается его удостоверение другими лицами или составление в простой письменной форме, без нотариального удостоверения.

В статьях VII раздела ГК, регулирующих наследственное право, не упоминается специально о выморочном имуществе. В Республике Бела-

реть наследство признается выморочным, если нет наследников ни по закону, ни по завещанию, либо никто из наследников не имеет права наследовать, либо все они отказались от наследства (п. 1 ст. 1039). Выморочное наследство в Республике Беларусь переходит в собственность административно-территориальной единицы по месту его нахождения (п. 2 ст. 1039 ГК), а не Республики Беларусь.

6. Регулирование получения наследственного имущества в отдельных странах

1. В современном мире стали реальностью свобода передвижения и выбора места жительства, как это закреплено в ст. 13 Всеобщей декларации прав человека. В этой связи могут возникать ситуации наследования имущества в результате смерти гражданина Республики Беларусь в иностранном государстве. Такие правоотношения регулируются либо по праву государства, где жил наследодатель, либо по праву гражданства, если он избрал его в завещании, либо по нормам международных договоров с участием Республики Беларусь.

В то же время белорусские граждане могут быть наследниками по завещанию и по закону после граждан зарубежных стран.

Защиту наследственных прав белорусских граждан за рубежом осуществляют консульские должностные лица. В соответствии с п. 9.1 Консульского Устава Республики Беларусь консул принимает меры по охране наследственного имущества, оставшегося после смерти гражданина Республики Беларусь за границей. Если такое имущество полностью или частично состоит из скоропортящихся предметов, а также при чрезмерной стоимости их хранения консул имеет право продать это имущество и направить вырученные средства по принадлежности. Консул незамедлительно сообщает Министерству иностранных дел Республики Беларусь все известные ему сведения о наследстве, открывшемся в пользу белорусских граждан, и о возможных наследниках (п. 9.2). Консул также имеет право принимать наследственное имущество для передачи наследникам, находящимся в Республике Беларусь (п. 9.3).

2. В большинстве государств установлено налогообложение в отношении наследуемого имущества. Ставки налогов достаточно высоки и могут достигать от 3 до 70% от стоимости наследства в отдельных странах²⁸. Они зависят от степени родства наследника или получателя дарения и их принадлежности к той или иной очереди наследников. Как правило, размер налоговых ставок повышается с уменьшением степени родства между наследодателем и наследником. Так, во Франции размер налога зависит от стоимости имущества и степени родства: 60% – для непрямых родственни-

²⁸ Князев, В.Г. Налоговые системы зарубежных стран / В.Г. Князев, Д.Г. Черник. – М.: Закон и право, ЮНИТИ, 1997. – С. 50.

ков, 40% – для близких. Это стало проблемой получения наследства во Франции для российского актера Н. Джигурды, оставленного его совместным детям с олимпийской чемпионкой М. Анисиной бизнесменом Л. Браташ. Апартаменты в центре Парижа, входящие в массу наследства, оцениваются в стоимость более миллиона евро, за вступление в наследство которыми необходимо заплатить около 700 тыс. евро налога, которых у звездной пары нет. Следует отметить, что наследницей по закону состояния Л. Браташ, является ее родная сестра гражданка Беларуси Светлана Романова. Спор за наследство между наследниками по завещанию Н. Джигурдой и М. Анисиной и наследницей по закону С. Романовой продолжался четыре года, он проходил в судах США, Франции и России.

В Испании действует прогрессивная шкала налогообложения. К примеру, за получение наследственной недвижимости на сумму 150 тысяч евро иностранцу придется уплатить 9% от стоимости, а при оценке собственности в 500 тысяч евро – 20%. В Польше иностранцы платят налоги в зависимости от степени родства: 3-7% – самые близкие родственники, наследники второй очереди – 7-12%, все остальные – 12-20%. В Украине не уплачивают налог с наследства родственники наследодателя первой и второй очередей. Наследники следующих очередей и наследники, не состоящие в родстве с наследодателем, уплачивают налог в размере 5% от стоимости наследуемого имущества. При этом указанные наследники должны самостоятельно заказать у сертифицированных субъектов оценку имущества и определить фактическую сумму, подлежащую уплате в госбюджет. Для лиц-резидентов Украины, получивших наследство за границей, действует налоговая ставка в размере 18%. При определении вопроса, является ли лицо резидентом, его гражданство не имеет значения – резидентом Украины считается лицо, находящееся на ее территории минимум 183 дня в течение года. Наличие и степень родства между наследодателем и наследником в этом случае значения не имеет.

При уплате налога на наследство, полученное в другой стране, возникает проблема устранения двойного налогообложения, поскольку налог может взиматься и в стране гражданства получателя, как это установлено в законодательстве Украины. Разрешается указанная проблема путем заключения специальных международных соглашений об устранении двойного налогообложения.

В Республике Беларусь проблемы налогообложения наследственного имущества не существует, поскольку согласно п.п. 3.2 ст. 31 Налогового кодекса переход права собственности на имущество в результате наследования не признается реализацией товаров, что исключает наследственное имущество из объектов налогообложения. В России также с 2006 года отменены все налоги и другого рода отчисления с доходов, получаемых в порядке наследования.

ГЛАВА 11

Международная унификация брачно-семейных отношений

1. Брак и семья как естественные условия жизни человека

1. Семья явилась и остается первичным коллективом человеческой цивилизации, в котором происходит воспроизводство самого человека и его социализация. В то же время семья представляет собой и хозяйственное образование, имеющее экономическое значение. В итоге семья – это уникальная организация людей, основанная на брачных отношениях и кровном родстве.

Развитие человеческой цивилизации теснейшим образом связано с появлением института моногамной семьи, основанного на браке. В Древнем Риме задолго до христианства возникла сакрализация брака и восприятие его как «единение божественного и человеческого права». Браку и семье уделялось первостепенное внимание во всех правовых системах древности.

В Статуте Великого княжества Литовского 1588 года регулированию брачно-семейных отношений отведены два раздела из содержащихся в нем четырнадцати: «О выдаче приданого и о вене» – (Раздел 5) и «Об опеках» – (Раздел 6).

Национальные традиции народов наложили свой отпечаток на семейно-брачные отношения, в результате чего институты семьи и брака отличаются во всем мире большим разнообразием и несовпадением норм регулирования. Следствием этого является сложность международной унификации брачно-семейных отношений. В этой сфере преобладает коллизионный метод регулирования, иногда приводящий к возникновению такого явления, как «хромающие браки», т.е. браки, заключенные в одних государствах в соответствии с действующим в них законодательством могут не признаваться в других государствах в силу противоречия публичному порядку этих государств.

Область брачно-семейных отношений лишь частично входит в объект регулирования международного частного права, поскольку преобладающую часть в регулировании брачно-семейных отношений составляют нормы административно-правового характера, устанавливаемые государством, на которые участники правоотношений не в состоянии повлиять, а должны им следовать. К таким нормам относятся: государственная регистрация актов гражданского состояния, условия вступления в брак, снижение в определенных случаях брачного возраста и т.д. Но при всем этом брак остается добровольным союзом мужчины и женщины.

2. Уже в древности заключались браки между представителями разных государств. Такие браки в праве принято называть смешанными. История смешанных браков уходит в глубокую древность. Киевский князь Владимир в качестве условия принятия христианства потребовал от визан-

тийских императоров-соправителей Льва и Василия дать ему в жены их сестру Анну, что и было исполнено византийской стороной.

Первоначально традиция заключения смешанных браков возникла между правящими домами европейских государств под влиянием как династических, так и политических расчетов: с помощью браков создавались политические союзы, присоединялись новые территории к государствам. С развитием межгосударственных связей более тесный характер приобретают и межличностные отношения представителей разных государств, что проявилось в возникновении смешанных браков.

Достаточно привести примеры из семейной жизни известных людей России. Первый русский академик М.В. Ломоносов сочетался браком по протестантскому обряду во время обучения в германском университете Марбурге с местной жительницей, в доме матери которой квартировал. Поэт Ф.И. Тютчев был женат дважды и обе его избранницы были немки. Русский писатель И.С. Тургенев сожительствовал с французской певицей Полиной Виардо.

В СССР по политическим причинам сложилось негативное отношение к бракам советских граждан с иностранцами с начала 20-х годов, а в период с 1947 по 1953 годы такие браки были вообще запрещены. Запрет был введен в связи с кампанией по борьбе с «безродными космополитами». При этом запрет носил не только административный характер, но его нарушителям грозила уголовная ответственность

3. Основные различия в брачно-семейных отношениях связаны с тем, что в исламском мире, где живет более 1,5 млрд. человек, освещены традицией и узаконены полигамный брак и полигамная семья. Такие браки и семьи существуют в исламских государствах наряду с моногамными, но в последние годы происходит увеличение количества полигамных семей. Проблема нехватки женщин в исламском мире разрешается путем браков мусульман с представительницами других государств.

В связи с этим возникает проблема отношения к полигамным бракам в тех странах, где они не допускаются. Несомненно, что полигамный брак нарушает равноправие мужчин и женщин, поскольку мужчина занимает в таком браке главенствующее положение. В то же время полигамная семья имеет значительное преимущество над моногамной в плане расширенного воспроизводства населения, что является острой проблемой для многих стран, особенно европейских. Как бы мы ни относились к полигамным бракам, нельзя не признавать их юридических последствий, к которым относятся права женщин, состоящих в полигамных браках, и детей, рожденных в таких браках.

Несмотря на общий консерватизм, присущий брачно-семейным отношениям, они также подвержены определенным изменениям. Для нашего времени характерно более «легкое» отношение к браку, в результате чего

широкое распространение в ряде государств получил фактический брак, при котором супружеские пары по разным мотивам не оформляют его юридически. Такой брак был известен еще в Древнем Риме, в результате чего в Дигестах Юстиниана была установлена специальная норма, которая приравнивала его к законному браку: «Сожительство со свободной женщиной нужно рассматривать не как конкубинат²⁹, а как брак, если она не занимается продажей своего тела». Фактический брак в обиходе называют гражданским, но этот термин юридически не корректный, поскольку гражданским браком называется брак, зарегистрированный в государственных органах, в отличие от церковного брака. Это явление нельзя признать позитивным, но его распространение в мире способствовало исчезновению такого понятия, как «незаконно рожденные дети», существовавшее еще в начале XX века. В настоящее время права детей, рожденных в незарегистрированном браке, ничем не отличаются от прав детей, рожденных в браке, а в некоторых странах (например, Германия) внебрачные дети имеют значительные материальные преференции по сравнению с детьми, рожденными в браке.

В некоторых государствах сожительство также должно быть зарегистрировано. Закон Бельгии о Кодексе международного частного права 2004 г. содержит специальную главу IV «Отношения сожительства», где в ст.58 установлено: «Для целей настоящего закона термин «отношения сожительства» относится к ситуации сожительства, которая требует регистрации государственной властью и которая не создает отношений равных браку».

В 2010 году в Израиле принят специальный Закон о гражданских браках. Этот закон распространяется на мужчин и женщин, которые не принадлежат ни к одной из признаваемых религиозных общин в стране. Согласно закону лица, не являющиеся евреями, могут зарегистрировать брак у гражданского регистратора.

Характеризуя современное состояние брачно-семейных отношений в отдельных странах, нельзя обойти и такую острую проблему, как однополые браки, которые легализованы в ряде европейских стран. Это явление распространилось и в США, стране, которую основали пуритане и где в брачно-семейных отношениях всегда существовали строгие нравы. В отношении однополых браков, очевидно, наблюдается «легкое» отношение к браку не только граждан, но и государства. Опуская моральную оценку указанных браков, следует отметить, что они порождают гражданские права и обязанности между лицами, их заключившими, в чем проявляется, на наш взгляд, единственный позитивный результат таких браков.

²⁹ Конкубинат в римском праве – это разрешенное законом сожительство с целью установления брачных отношений.

2. Правовое регулирование заключения смешанных браков

1. Со времени возникновения семьи появился и обряд заключения брака. Длительное время в большинстве государств брак имел только религиозную форму. В настоящее время такая форма заключения брака сохранилась в Израиле, Греции, на Кипре, многих исламских государствах. Еще более многочисленна группа государств, где религиозная и гражданская форма заключения брака существуют как альтернативные: Великобритания, Канада, Испания, Италия, Португалия, ряд латиноамериканских государств.

В большинстве европейских государств существует только гражданская форма заключения брака, при которой возможна и религиозная форма заключения брака, но она не имеет юридического значения, что относится и к нашей стране.

Общая коллизийная норма, регулирующая форму заключения брака, подчиняет ее месту заключения брака (*lexlocicelebrationis*).

2. В Кодексе Республики Беларусь о браке и семье, действующем с 01.09.1999 года, имеется раздел VI «Применение законодательства о браке и семье Республики Беларусь к иностранным гражданам и лицам без гражданства. Применение законодательства о браке и семье иностранных государств и международных договоров». Раздел открывает ст. 228, где установлено: «Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Республике Беларусь правами и обязанностями в брачных и семейных отношениях наравне с гражданами Республики Беларусь, если иное не установлено в Конституции Республики Беларусь, настоящим Кодексом, иными законодательными актами и международными договорами». В соответствии с ч. 1 ст. 229 браки между иностранными гражданами, а также между иностранными гражданами и лицами без гражданства заключаются в Республике Беларусь в дипломатических представительствах и консульских учреждениях иностранных государств и признаются на условиях взаимности действительными в Республике Беларусь, если эти лица в момент вступления в брак являлись гражданами государства, назначившего посла или консула в Республике Беларусь.

Законом Республики Беларусь от 7 января 2012 года внесено дополнение, устанавливающее возможность заключения брака между иностранцами, а также лицами без гражданства в органах Республики Беларусь, регистрирующих акты гражданского состояния, если хотя бы один из вступающих в брак имеет разрешение на постоянное место жительства в Республике Беларусь (ч. 2 ст. 229). Заключение браков граждан Республики Беларусь с иностранными гражданами или лицами без гражданства в Республике Беларусь производится органами, регистрирующими акты гражданского состояния, в соответствии с законодательством Республики Беларусь при условии предоставления документов или сведений, предусмотренных законодательством Республики Беларусь об административных процеду-

рах (ст. 229 прим.). Под документами или сведениями понимается документ, удостоверяющий личность иностранного гражданина, а также свидетельство компетентного органа иностранного государства об отсутствии заключенного брака.

3. Наиболее важным правовым моментом заключения смешанных браков являются их условия. В законодательстве ряда государств (России, Италии, Германии, Бельгии и др.) условия вступления в брак определяются личным законом брачующихся. Белорусский законодатель не отсылает к личному закону лиц, заключающих брак, а подчиняет заключение брака белорусскому праву. Такой подход к заключению брака с участием иностранных граждан, когда не учитываются действующие нормы страны их гражданства, может приводить к ситуации «хромого брака», поскольку брак может быть не признан в стране гражданства иностранца, по причине противоречия национальному праву.

Например, в болгарском семейном праве запрещены браки между двоюродными братьями и сестрами, в то же время в большинстве европейских государств, включая и Республику Беларусь, такого запрета нет. В странах, где условие вступления в брак определяется личным законом вступающих в брак, болгарским гражданам с двоюродной степенью родства в регистрации брака откажут. С позиции белорусского права болгарские граждане, находящиеся в двоюродном родстве, могут заключать брак в Республике Беларусь, но такой брак будет «хромым»: действительным по белорусскому праву и недействительным по болгарскому праву. Или другой пример: в украинском праве установлен брачный возраст для девушек – достижение 17 лет. Если при заключении брака за рубежом его условия определяются личным законом, то у семнадцатилетней украинской гражданки проблем не возникнет, поскольку по украинскому праву она достигла брачного возраста. Но исходя из нормы Кодекса о браке и семье Республики Беларусь, семнадцатилетняя гражданка Украины в Беларуси в брак вступить не может.

Существуют и прямые запреты для некоторых категорий иностранцев на заключение брака за границей, установленные в законодательстве ряда государств. Так, в Италии, Польше, Венгрии, Румынии, Норвегии, Швеции, Индии, Ираке и других странах существует запрет на заключение брака с иностранцами для студентов, направленных на обучение за границу, без разрешения компетентного государственного органа.

Согласно ст. 229 (прим) Кодекса о браке и семье Республики Беларусь при заключении браков белорусских граждан с иностранными гражданами и лицами без гражданства должны быть приняты во внимание условия, содержащиеся в статьях 17-19 Кодекса, к которым отнесены:

- 1) взаимное согласие лиц, вступающих в брак;

2) достижение брачного возраста, установленного в восемнадцать лет, с возможностью его снижения в исключительных случаях не более чем на три года;

3) отсутствие препятствий к заключению брака, к которым относятся:

а) наличие хотя бы у одного лица зарегистрированного брака;

б) наличие близкого родства или отношений, установленных усыновлением;

в) признание судом хотя бы одного лица недееспособным вследствие душевной болезни или слабоумия.

При длительном проживании граждан Республики Беларусь вне пределов своей страны они могут заключать браки в дипломатических представительствах и консульских учреждениях нашего государства (ч. 1 ст. 230 КоБС).

Заключение браков между белорусскими гражданами и браков между гражданами Республики Беларусь и иностранными гражданами и лицами без гражданства вне пределов нашего государства производится с соблюдением формы брака, установленной законом места его совершения, при условии, что заключенные браки не противоречат требованиям статей 17-19 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье (ч. 2 ст. 230 КоБС). Следует заметить, что в данном случае белорусский законодатель в отношении собственных граждан, заключающих брак за рубежом, требует следовать личному закону.

Браки, заключенные между иностранными гражданами или лицами без гражданства вне пределов Республики Беларусь с соблюдением законодательства соответствующих государств, признаются действительными в Республике Беларусь (ч. 3 ст. 230 КоБС).

В связи с приведенной нормой может возникнуть вопрос: могут ли быть признаны действительными в Республике Беларусь полигамные браки иностранцев, заключенные в государствах, где они допускаются? Очевидно, полигамные браки, заключенные в других государствах между гражданами этих государств в соответствии с действующим там законодательством, должны признаваться без всяких оговорок. В этих случаях не возникает противоречия с публичным порядком Республики Беларусь, поскольку признание действительности полигамных браков, заключенных в соответствии с иностранным законодательством, не означает применения иностранного права в белорусском праве, а лишь является констатацией того факта, что в других странах брак и семья могут отличаться от установленных и признаваемых в Республике Беларусь брачно-семейных отношений.

Однако брак белорусской гражданки с иностранцем, состоящим в браке, заключенный в государстве, где допускаются полигамные браки, в Республике Беларусь будет считаться недействительным, поскольку он будет противоречить ч. 2 ст. 230 КоБС, в которой установлено требование соблюдения условий для заключения брака, изложенных в ст. 17-19 Кодекса о браке и семье.

4. Заключение смешанных браков регулируют конвенции о правовой помощи и правовых отношениях. В частности, Кишиневская конвенция 2002 года в ст. 29 устанавливает, что условия заключения брака определяются для каждого из супругов законодательством государства, гражданством которого он является, а для лиц без гражданства – законодательством страны, являющейся их постоянным местом жительства. Помимо этого, должны быть соблюдены требования законодательства в отношении препятствий при заключении брака того государства, на территории которого он заключается. Аналогичные положения содержатся в договорах о правовой помощи Республики Беларусь с Латвией и Литвой. В Договоре о правовой помощи Республики Беларусь с Польшей 1994 года условия заключения брака для каждого из лиц, вступающих в брак, определяются по его личному закону, а форма заключения брака определяется по законодательству государства, на территории которого регистрируется брак.

Очевидно, что при заключении в Республике Беларусь браков белорусских граждан с гражданами стран СНГ, а также с гражданами государств, с которыми у Республики Беларусь подписаны договоры о правовой помощи, следует руководствоваться положениями международных договоров, как это указано в ч. 2 ст. 237 КоБС: «Если международным договором Республики Беларусь установлены иные правила, чем те, которые содержатся в законодательстве о браке и семье Республики Беларусь, то применяются правила международного договора».

3. Регулирование правоотношений между родителями и детьми по нормам международного частного права

1. Важнейшей социальной функцией семьи является рождение и воспитание детей. В связи с заключением и существованием смешанных браков всегда возникает проблема гражданства детей, рожденных в таких браках. В странах, где гражданство основано на принципе «почвы», эта проблема разрешается путем получения ребенком гражданства страны места рождения. Сложнее решается вопрос о гражданстве детей в странах, где гражданство основано на принципе «крови», т.е. зависит от гражданства родителей.

В соответствии со ст. 13 Закона Республики Беларусь «О гражданстве Республики Беларусь» от 01.08.2002 года. №136-3 (в ред. Закона от 04.01.2010) ребенок приобретает гражданство Республики Беларусь по рождению, если на день рождения ребенка:

- а) хотя бы один из родителей ребенка состоит в гражданстве Республики Беларусь независимо от места рождения ребенка;
- б) родители (единственный родитель) ребенка, постоянно проживающие на территории Республики Беларусь, являются лицами без гражданства при условии, что ребенок родился на территории Республики Беларусь;

в) родители (единственный родитель) ребенка, постоянно проживающие на территории Республики Беларусь, являются иностранными гражданами при условии, что ребенок родился на территории Республики Беларусь, а государства, гражданами которых являются его родители, не предоставляют ему свое гражданство;

г) если родители ребенка, находящегося на территории Республики Беларусь, не известны.

В порядке регистрации, согласно ст. 15 Закона «О гражданстве Республики Беларусь», гражданство Республики Беларусь могут приобрести:

а) дети, постоянно проживающие на территории Республики Беларусь, – по совместному заявлению родителей, один из которых состоит в гражданстве Республики Беларусь, либо по заявлению единственного родителя, состоявшего в гражданстве Республики Беларусь;

б) дети, находящиеся на территории Республики Беларусь, единственный известный родитель или оба родителя которых умерли, лишены родительских прав, отказались от воспитания ребенка или дали согласие на его усыновление, признаны в судебном порядке недееспособными, неизвестно отсутствующими или умершими, а также недееспособные лица, над которыми установлены опека или попечительство, – по заявлению опекуна (попечителя), согласованному с органом опеки и попечительства.

В случае изменения гражданства родителями или единственным родителем соответственно изменяется и гражданство ребенка, если он не достиг возраста 14 лет. Изменение гражданства детей в возрасте от 14 до 18 лет, в случае изменения гражданства их родителей, а также усыновленных детей, допускается только с письменного согласия детей, имеющего нотариальное удостоверение (ст. 23 Закона «О гражданстве Республики Беларусь»).

2. Важным моментом в регулировании отношений родителей и детей является установление материнства и отцовства ребенка. В Республике Беларусь указанные юридические действия независимо от гражданства родителей и ребенка и их места жительства производятся в соответствии с законодательством Республики Беларусь (ч. 1 ст. 232 КоБС).

В случаях, когда по законодательству Республики Беларусь допускается установление отцовства в государственных органах записи актов гражданского состояния, проживающие вне пределов Республики Беларусь родители ребенка, из которых хотя бы один является гражданином Республики Беларусь, вправе обратиться с заявлением о регистрации установления отцовства в дипломатические представительства и консульские учреждения Республики Беларусь (ч. 2 ст. 232 КоБС). Материнство и (или) отцовство, установленные вне пределов Республики Беларусь с соблюдением законодательства соответствующего государства, признаются действительными в Республике Беларусь (ч. 3 ст. 232 КоБС).

В соответствии со ст. 34 Кишиневской конвенции 2002 года установление и оспаривание отцовства или материнства определяется по законо-

дательству страны, гражданином которой является ребенок, а при невозможности определения его принадлежности к гражданству – по законодательству страны, гражданином которой ребенок является по рождению.

Договор о правовой помощи Республики Беларусь с Латвией устанавливает, что дела об установлении и оспаривании отцовства и об установлении рождения ребенка от этого брака решаются в соответствии с законодательством страны, гражданином которой является ребенок.

3. Вопросы коллизионного регулирования правоотношений между родителями и детьми не получили в полной мере разрешения в Кодексе Республики Беларусь о браке и семье. Наиболее важное значение имеет регулирование алиментных обязательств. В КоБС регулируется только выплата алиментов в случае выезда лица, обязанного уплачивать алименты, в иностранное государство на постоянное место жительства (ст. 114). В этом случае действует законодательство Республики Беларусь, регулирующее порядок выезда и международные договоры Республики Беларусь.

Двусторонние договоры Республики Беларусь о правовой помощи исходят из того, что отношения родителей и детей наиболее тесно связаны с законодательством страны их совместного места жительства. При отсутствии совместного проживания применяется законодательство страны, гражданином которой является ребенок.

Такой же подход к регулированию правоотношений содержат Минская конвенция 1993 года и Кишиневская конвенция 2002 года, установившие следующие нормы:

- права и обязанности родителей и детей, в том числе обязательства родителей по содержанию детей, определяются законодательством стороны, на территории которой они имеют постоянное совместное место жительства, а при отсутствии постоянного совместного места жительства родителей и детей их взаимные права и обязанности определяются законодательством Договаривающейся Стороны, гражданином которой является ребенок;

- по требованию истца по алиментным обязательствам применяется законодательство Договаривающейся Стороны, на территории которой постоянно проживает ребенок;

- алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментные обязательства других членов семьи определяются законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой они имели совместное место жительства. При отсутствии совместного места жительства такие обязательства определяются законодательством Договаривающейся Стороны, гражданином которой является истец;

- по делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд Договаривающейся Стороны, законодательство которой подлежит применению;

- исполнение решений суда по делам, связанным с воспитанием детей, производится в порядке, установленном законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой проживает ребенок;
- Договаривающиеся Стороны оказывают друг другу помощь в розыске ответчика по делам о взыскании алиментов, когда есть основания предполагать, что ответчик находится на территории другой Договаривающейся Стороны, и судом вынесено определение об объявлении его розыска.

4. Международная унификация брачно-семейных отношений

Ведущая роль в международной унификации норм брачно-семейных отношений принадлежит Гаагской конференции по международному частному праву, избравшей одним из направлений своей деятельности эту отрасль права. Первые конвенции в брачно-семейных отношениях были приняты Гаагской конференцией в 1902-1905 годах, однако они не получили широкого признания, хотя Российская империя в них участвовала. В статусе межправительственной организации, который она получила в 1955 году, Гаагская конференция в 50-е годы XX века начала проводить новую кодификацию брачно-семейных отношений. Ее результатом стали следующие конвенции:

- Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей 1956 года;
- Конвенция о признании и исполнении решений в отношении алиментных обязательств, касающихся детей 1958 года;
- Конвенция о компетенции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних 1961 года;
- Конвенция о компетенции, применимом праве и признании решений об усыновлении 1965 года;
- Конвенция о признании разводов и судебного разлучения супругов 1970 года;
- Конвенция о признании и исполнении решений, касающихся алиментных обязательств 1973 года;
- Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам 1973 года;
- Конвенция о праве, применимом к режиму собственности супругов 1978 года;
- Конвенция о заключении брака и признании его недействительным 1978 года;
- Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 года;
- Конвенция о защите детей и сотрудничестве по вопросам международного усыновления 1993 года;
- Конвенция о юрисдикции, применимом праве, признании, исполнении и сотрудничестве по вопросам ответственности родителей и о мерах по защите детей 1996 года;

– Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи 2007 года;

– Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам 2007 года.

Практически все конвенции являются действующими, но поскольку для их введения в действие требуется, как правило, минимальное количество документов о ратификации, принятии или одобрении (в большинстве случаев достаточно двух или трех), то не все они получили широкое международное признание. Исключением являются Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 года и Конвенция о защите детей и сотрудничестве по вопросам международного усыновления 1993 года, в каждой из которых участвуют более 70 государств. Широкое участие государств в названных конвенциях обусловлено важностью вопросов брачно-семейных отношений, которые они регулируют.

Особую актуальность в последние годы приобрела Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 года. Эта Конвенция призвана регулировать такое негативное последствие распавшихся смешанных браков, как незаконный вывоз бывшими супругами своих детей в другую страну, а также нарушения права одного из родителей на общение с ребенком.

В соответствии со ст. 1 Конвенции ее целями являются:

а) обеспечение незамедлительного возвращения детей, незаконно перемещенных в любое из государств-участников;

в) обеспечение соблюдения прав на опеку и на доступ, установленных в одном государстве, в других государствах-участниках.

Перемещение или захват ребенка рассматриваются как незаконные в случаях:

а) нарушения прав попечительства над ребенком, которые принадлежали лицу, учреждению или иному органу;

в) до перемещения или захвата эти права эффективно осуществлялись, коллективно или индивидуально и их осуществление можно было предполагать и в дальнейшем (ст. 3).

Конвенция применима в отношении ребенка до достижения им возраста 16 лет, что можно рассматривать как определенное противоречие с Конвенцией ООН о правах ребенка 1989 года, где возраст ребенка установлен в 18 лет.

Для выполнения Конвенции каждое государство-участник учреждает Центральный орган, который должен сотрудничать с такими же органами других государств в целях обеспечения незамедлительного возвращения детей и достижения других целей Конвенции.

В Законе Республики Беларусь от 13 ноября 1997 года № 90-З «О присоединении к Конвенции о гражданских аспектах международного похищения детей» функция центрального органа закреплена за Министерством

юстиции Республики Беларусь. В соответствии со ст. 7 Конвенции центральные органы обязаны:

- а) установить место нахождения ребенка;
- в) предотвратить нанесение ребенку дальнейшего вреда;
- с) обеспечить добровольное возвращение ребенка или способствовать заключению соглашения в интересах ребенка;
- д) обмениваться, в случае необходимости, информацией о социальном положении ребенка;
- е) предоставлять информацию общего характера, включая законодательство их государств в сфере, регулируемой Конвенцией;
- ф) инициировать судебные или административные процедуры с целью возвращения ребенка или, если это необходимо, организовывать эффективное осуществление права доступа;
- г) обеспечивать, когда это необходимо, правовую помощь и консультации юриста, включая участие адвоката;
- и) информировать друг друга о ходе реализации Конвенции и, по необходимости, устранять препятствия для ее применения.

Конвенция предусматривает возможность для любого лица, учреждения или органа, в случае перемещения или удержания ребенка, обратиться к Центральному органу любого другого Договаривающегося государства с ходатайством о содействии в обеспечении возвращения ребенка. К ходатайству должны быть приложены:

- информация, касающаяся личности заявителя, ребенка и лица, которое предположительно совершило перемещение или удержание ребенка;
- дата рождения ребенка;
- основания, которыми заявитель мотивирует претензию о возвращении ребенка;
- вся информация по месту нахождения ребенка и личности лица, с которым предположительно находится ребенок (ст. 8).

Однако в Конвенции имеются существенные оговорки относительно возможности возвращения ребенка в страну, откуда он был незаконно перемещен.

Согласно ст. 12, если с момента незаконного перемещения и удержания ребенка на день разбирательства в судебном или административном органе Договаривающегося государства истек срок менее одного года, этот орган выносит решение о немедленном возвращении ребенка. Но если разбирательство возбуждено по истечении срока в один год, судебный или административный орган также предписывает вернуть ребенка, если только не будет доказано, что этот ребенок сжился со своей новой средой. Также судебный или административный орган запрашиваемого государства не обязан предписывать возвращение ребенка, если лицо, учреждение или другая организация, выступающая против его возвращения, докажет, что:

а) лицо, учреждение или другая организация, под опекой которой находился ребенок, фактически ее не осуществляли или согласились на перемещение или удержание либо не возражали против него;

в) существуют опасения, что возвращение нанесет ребенку физическую или психологическую травму либо иным образом поставит его в невыносимое положение (ч. 1 ст. 13).

Судебный или административный орган может отказать в предписании о возвращении ребенка, если придет к заключению, что ребенок возражает против того, чтобы быть возвращенным, и он уже достиг того возраста и зрелости, когда следует принимать во внимание его желание (ч. 2 ст. 13).

Еще более широкие возможности в отказе возвращения судебному или административному органу предоставляет ст. 20 Конвенции, где говорится: «В возвращении ребенка согласно положениям статьи 12 может быть отказано, если это не разрешается основными принципами запрашиваемого государства, касающимися защиты прав человека и основных свобод».

Таким образом, несмотря на наличие Конвенции о гражданских аспектах международного похищения детей и широкое участие в ней многих государств, противодействовать незаконному перемещению и удержанию детей в другой стране весьма сложно. Были случаи, когда судебные органы разных государств выносили решения по вопросу, с кем будут проживать дети, после распада смешанных браков, в пользу своих граждан. Подобные правовые коллизии международное частное право еще не в состоянии разрешить.

5. Международно-правовое регулирование взыскания алиментов за границей

1. Взыскание алиментов за границей – это один из наиболее актуальных вопросов в брачно-семейных отношениях, регулируемых международным частным правом. Его разрешение невозможно без договоренностей государств. В связи с этим нормы о взыскании алиментов присутствуют в договорах о правовой помощи. В ст. 30 Договора Республики Беларусь с Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным, трудовым и уголовным делам от 26 октября 1994 года говорится: «Правовые отношения между родителями и детьми, в том числе алиментные претензии в пользу детей, регулируются законодательством той Договаривающейся Стороны, гражданином которой является ребенок». В делах о других алиментных претензиях применяется законодательство Стороны, на территории которой проживает лицо, ходатайствующее о взыскании алиментов (п. 1, ст. 31). Компетенция по алиментным претензиям принадлежит судам той Договаривающейся Стороны, на территории которой проживает ребенок или лицо, нуждающееся в алиментах. Аналогичный подход к регулированию алиментных обязательств содержится в Минской конвенции 1993 года. И Кишиневской конвенции 2002 года, где установлены следующие нормы:

– права и обязанности родителей и детей, в том числе обязательства родителей по содержанию детей, определяются законодательством стороны, на территории которой они имеют постоянное совместное место жительства, а при отсутствии постоянного совместного места жительства родителей и детей их взаимные права и обязанности определяются законодательством Договаривающейся Стороны, гражданином которой является ребенок;

– по требованию истца по алиментным обязательствам применяется законодательство Договаривающейся Стороны, на территории которой постоянно проживает ребенок;

– алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментные обязательства других членов семьи определяются законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой они имели совместное место жительства. При отсутствии совместного места жительства такие обязательства определяются законодательством Договаривающейся Стороны, гражданином которой является истец;

– по делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд Договаривающейся Стороны, законодательство которой подлежит применению;

– исполнение решений суда по делам, связанным с воспитанием детей, производится в порядке, установленном законодательством Договаривающейся Стороны, на территории которой проживает ребенок;

– Договаривающиеся Стороны оказывают друг другу помощь в розыске ответчика по делам о взыскании алиментов, когда есть основания предполагать, что ответчик находится на территории другой Договаривающейся Стороны, и судом вынесено определение об объявлении его розыска.

2. В 1956 году в Нью-Йорке была заключена Конвенция о взыскании алиментов за границей, в которой участвовало более 120 государств. Республика Беларусь также присоединилась к названной Конвенции Указом Президента Республики Беларусь от 27 сентября 1996 года №386.

Однако в ноябре 2007 года на XXI сессии Гаагской конференции по международному частному праву были приняты новые акты по регулированию алиментных обязательств: Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи и Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам.

Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и других форм содержания семьи заменила Нью-Йоркскую конвенцию о взыскании алиментов за границей 1956 года, Гаагскую конвенцию о признании и исполнении решений, касающихся алиментных обязательств 1973 года и Гаагскую конвенцию о признании и исполнении решений в отношении алиментных обязательств, касающихся детей 1958 года. В качестве целей Конвенции 2007 года в ст. 1 указано обеспечение эффективного

международного порядка взыскания алиментов на детей и иных форм содержания семьи посредством:

- а) установления универсальной системы взаимодействия между органами Договаривающихся государств;
- в) обеспечения принятия заявлений, подаваемых для взыскания алиментов;
- с) обеспечения признания и приведения в исполнение решений о выплате алиментов;
- д) определения эффективных мер для незамедлительного принудительного исполнения решения об алиментах.

Конвенция применяется не только к алиментным обязательствам в отношении детей, но также и в отношении супруга. Помимо этого, в соответствии с п. 3 ст. 2 государства-участники могут распространить действие Конвенции на любые обязательства, возникающие из семейных отношений, отцовства/материнства, брака или иных родственных отношений, включая, в частности, обязательства в отношении социально уязвимых лиц. Это означает, что действие Конвенции может быть распространено не только на детей, но и супругов, а также других членов семьи. Однако Республика Беларусь исключила посредством допускаемой Конвенцией оговорки возможность предъявления выплат на содержание других лиц помимо детей.

Конвенция применяется к лицам в возрасте до 21 года, но в соответствии с п. 2 ст. 2 государство может сделать оговорку и ограничить применение Конвенции к лицам, не достигшим возраста 18 лет. Республика Беларусь и в этом случае воспользовалась возможностью внесения указанной оговорки при ратификации Конвенции.

Положения Конвенции применяются к детям независимо от брачного статуса их родителей.

Участники Конвенции должны назначить Центральный орган, в функции которого входит:

- а) сотрудничество с Центральными органами других государств в целях реализации положений Конвенции;
- в) поиск решения проблем, возникающих в процессе применения Конвенции.

Республика Беларусь ратифицировала Гаагскую конвенцию в декабре 2017 года, и она вступила для нашей страны в силу с июня 2018 года.

Гаагская конвенция гораздо совершеннее и шире Нью-Йоркской конвенции 1956 года, поскольку учитывает новые реалии, сложившиеся за прошедшие полстолетия в правоотношениях

Как отмечалось в комментарии Министерства юстиции Республики Беларуси, вступление в силу данной Конвенции сыграет значительную роль в плане защиты прав и законных интересов детей, в отношении которых проживающие за границей родители обязаны платить алименты. До присоединения Республики Беларусь к Конвенции 2007 года, сложно было

взыскать алименты с должника, который проживал на территории Европейского союза, США, некоторых других государств, с которыми существующие договорные отношения Беларуси не развиты на столько, чтобы документы о взыскании алиментов неукоснительно принимались к исполнению, поскольку решение зависело от доброй воли государства, в адрес которого направлялся запрос. С вступлением Конвенции в силу для граждан Беларуси начала действовать договорная процедура, согласно которой на территории абсолютного большинства стран Европейского союза, некоторых иных стран, с которыми были проблемы по взысканию исполнительных документов по алиментам, они должны исполняться неукоснительно. Не потребуется физическое присутствие гражданина в суде другого государства, существует четкий и понятный список документов по определенной форме и для их заполнения не потребуется помощь юриста или переводчика, а также легализация посредством апостиля. При этом размер алиментов будет определяться по белорусскому законодательству.

Пакет документов о взыскании алиментов подается в Центральный орган, которым определен отдел исполнения международных договоров управления международного сотрудничества Министерство юстиции Республики Беларусь. Далее документы направляются для их признания и исполнения на территории другого государства-участника, в котором проживает лицо, обязанное выплачивать алименты.

В настоящее время Конвенция о международном порядке взыскания алиментов на детей и иных форм содержания семьи 2007 года действует в отношении 38 государств. Среди участников Конвенции ближайшие соседи Беларуси: Украина, Польша, Латвия, Литва, Чехия, где чаще всего скрываются белорусские отцы, не желающие платить алименты, а также Германия, Италия, Испания, США, Франция и другие государства.

4. Протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам 2007 года призван заменить Гаагскую конвенцию о праве, применимом к алиментным обязательствам, от 2 октября 1973 года и Гаагскую конвенцию о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, от 24 октября 1956 года. Вместе с тем Протокол дополняет Гаагскую конвенцию 2007 года в плане создания общих правил о применимом праве. Сферой применения Протокола является определение права, применимого к алиментным обязательствам, возникающим из семейных отношений, происхождения, брака или родства, включая алиментные обязательства в отношении ребенка независимо от брачного положения родителей. Протокол применяется даже в случаях, если применимое право к алиментным обязательствам является правом не участвующего в нем государства.

Согласно Протоколу алиментные обязательства регулируются правом государства обычного места жительства кредитора (лица, в отношении которого взыскиваются алименты), за исключением случаев, когда Протоколом предусмотрено иное (п. 1, ст. 3).

Помимо регулирования обязательного порядка применения права к алиментным обязательствам, Протокол предусматривает, что кредитор и должник могут в любое время по соглашению определить один из следующих правопорядков, которые могут быть применимы:

- a) право любого государства, гражданином которого является любая сторона;
- в) право государства места жительства любой стороны;
- с) право, определяемое сторонами как применимое или фактически применимое к режиму их собственности;
- d) право, определяемое сторонами как применимое или фактически применимое к их разводу (п. 1, ст. 8).

Но согласие о выборе применимого права к алиментным обязательствам не применяется в отношении лица моложе 18 лет или совершеннолетнего, не обладающего дееспособностью (п. 2, ст. 18).

В целом Протокол отражает произошедшие изменения в вопросе избрания применимого права в обязательственных отношениях. Поскольку он не затрагивает никакого другого международного документа, в котором участвует или намеревается участвовать Договаривающееся государство, то участие Республики Беларусь в Протоколе также было бы весьма полезным.

6. Международное усыновление и международная опека и попечительство

1. Международное усыновление начало быстро развиваться в 90-е годы прошлого столетия. Его возможность появилась в результате процесса глобализации и превращения мира в открытое пространство для общения представителей разных стран. Международное усыновление – это наиболее наглядное доказательство единства современного мира, поскольку ребенок, рожденный в одной стране, получает возможность обрести приемных родителей в другой.

В основе международного усыновления лежали демографические процессы, которые развивались параллельно в высокоразвитых странах и странах с низким уровнем экономического развития или переживавших кризисный период развития, как это было на всем постсоветском пространстве и в ряде других бывших социалистических стран. В развитых странах Западной Европы и США появилось большое количество семей, не имеющих возможности завести собственных детей, несмотря на все успехи медицины. В то же время в развивающихся странах и странах, переживавших переходный период, в результате кризиса семейных отношений оказалось значительное количество детей, лишенных семьи.

2. Правовой основой международного усыновления явилась Конвенция о правах ребенка 1989 года, в которой было установлено: «...что усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребенок не может быть передан на

воспитание или помещен в семью, которая могла бы обеспечить его воспитание или усыновление, и если обеспечение какого-либо надлежащего ухода в стране происхождения ребенка является невозможным».

Непосредственно регулирование международного усыновления изложено в принятой в мае 1993 года Конвенции о защите детей и сотрудничестве в области межгосударственного усыновления, в преамбуле которой содержатся следующие положения:

- ребенок для полного и гармоничного развития личности должен расти в семейной обстановке, в атмосфере счастья, любви и понимания;
- каждое государство должно принять в качестве первоочередной задачи надлежащие меры, чтобы дать возможность каждому ребенку оставаться под защитой родной семьи;
- межгосударственное усыновление может дать преимущества постоянной семьи ребенку, которому невозможно найти подходящую семью в его или ее родной стране.

Конвенция 1993 года установила, что Договаривающиеся государства для ведения дел по усыновлению создают Центральные инспекции, которые должны сотрудничать друг с другом и содействовать сотрудничеству с уполномоченной организацией в их государствах для усыновления детей и достижения других целей Конвенции.

В 2003 году Республика Беларусь присоединилась к Конвенции 1993 года на основании Указа Президента Республики Беларусь от 02.05.2003 года №183.

Функции Центральной инспекции в Беларуси выполняет Национальный центр усыновления Министерства образования Республики Беларусь.

Процедуру международного усыновления регулируют Кодекс Республики Беларусь о браке и семье и Положением о порядке международного усыновления (удочерения) и установления международных опеки, попечительства над детьми, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 31.01.2007 года №122.

2. Международное усыновление на территории Республики Беларусь производится в соответствии с главой 13 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье с соблюдением порядка передачи детей на усыновление, установленного Правительством Республики Беларусь, а также при условии получения письменного согласия министра образования Республики Беларусь на усыновление. Для усыновителей, постоянно проживающих на территории иностранного государства, требуется письменное разрешение компетентного органа государства, на территории которого они постоянно проживают.

Согласно ст. 124 КоБС не допускаются действия по подбору и передаче детей на усыновление от имени или в интересах лиц, желающих их усыновить, осуществляемые лицом, не уполномоченным на это законодательством Республики Беларусь (посредничество при усыновлении).

Положение, утвержденное постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 21.09.2004 года №1173, определяет порядок согласования процедуры международного усыновления между Министерством образования Республики Беларусь и компетентными государственными органами иностранных государств и взаимодействие Национального центра усыновления со специально уполномоченными иностранными государствами организациями по усыновлению детей на территории Республики Беларусь.

Если признана целесообразность согласования процедуры международного усыновления, Министерство образования направляет иностранному компетентному органу в письменном виде запрос о предоставлении информации о действующем в иностранном государстве законодательстве по вопросам усыновления и иным отношениям, связанным с усыновлением, и о судебной практике в данной области, а также информирует о требованиях законодательства Республики Беларусь, предъявляемых к международному усыновлению детей.

Иностранный компетентный орган, с которым взаимодействует Министерство образования, предоставляет документ-гарантию об обязательном информировании Национального центра усыновления об условиях жизни и воспитания в семье усыновителей каждого усыновленного ребенка.

Министерство образования определяет возможность усыновления детей в заинтересованное иностранное государство, а также иностранные организации по усыновлению для сотрудничества с Национальным центром усыновления.

Иностранные организации по усыновлению детей, наделенные соответствующими полномочиями, а также физические лица, с которыми заключены договоры по оказанию услуг кандидатам в усыновители, включаются в Реестр иностранных организаций по международному усыновлению, который ведется Национальным центром усыновления.

Согласно ст. 233 КоБС дети-сироты и дети, оставшиеся без попечения родителей, могут быть переданы на усыновление гражданам Республики Беларусь, постоянно проживающим на территории иностранного государства, иностранным гражданам или лицам без гражданства, не являющимся родственниками детей, по истечении одного года со дня постановки этих детей на централизованный учет в Национальном центре усыновления. Усыновление таких детей иностранными гражданами, лицами без гражданства, а также гражданами Республики Беларусь, постоянно проживающими за границей, допускается при наличии заключения Национального центра усыновления об отсутствии кандидатов на усыновление – граждан Республики Беларусь или родственников детей независимо от гражданства и места жительства этих родственников, изъявивших намерение усыновить данного ребенка.

Усыновление ребенка – гражданина Республики Беларусь, проживающего за границей, произведенное компетентным органом иностранного государства, гражданином которого является усыновитель, признается действительным в Республике Беларусь при условии письменного разрешения министра образования Республики Беларусь на усыновление.

Международное усыновление на территории Республики Беларусь производится по заявлению лиц (лица), желающих усыновить ребенка, областными судами по месту жительства или нахождения усыновляемого ребенка, а в городе Минске – Минским городским судом. Дела об усыновлении детей рассматриваются судом с обязательным участием самих усыновителей, органов опеки и попечительства, прокурора и представителей Национального центра усыновления.

Усыновление считается установленным со дня вступления в законную силу решения суда об усыновлении. Суд обязан в течение трех дней со дня вступления в законную силу решения суда о международном усыновлении ребенка направить выписку из этого решения в орган, регистрирующий акты гражданского состояния по месту вынесения решения, а также в Национальный центр усыновления.

Национальный центр усыновления осуществляет учет постоянно проживающих на территории иностранного государства граждан Республики Беларусь, иностранных граждан и лиц без гражданства, желающих усыновить ребенка.

Отмена международного усыновления ребенка производится областными судами (Минским городским судом), вынесшими решение об усыновлении ребенка.

3. Минская конвенция 1993 года (ст. 37) и Кишиневская конвенция 2002 года (ст. 40) единообразно регулируют вопросы международного усыновления. Основное положение в названных конвенциях – усыновление или его отмена осуществляются по законодательству страны, гражданином которой является усыновитель в момент подачи заявления об усыновлении или его отмене, если внутренним законодательством страны, гражданином которой является ребенок, не установлено иное. При разном гражданстве ребенка и усыновителя для процедуры усыновления или его отмены необходимо получить согласие законного представителя и компетентного государственного органа, а также согласие ребенка, если это требуется по его личному закону.

При усыновлении ребенка супругами с разным гражданством оно производится в соответствии с условиями, предусмотренными законодательством обеих стран.

По делам об усыновлении или его отмене компетентно учреждение страны, гражданином которой является усыновитель в момент подачи заявления об усыновлении или его отмене. Если усыновление производят супруги, имеющие разное гражданство, компетентно учреждение страны,

на территории которой супруги имеют или имели последнее совместное местожительство или местопребывания.

В соответствии со ст. 27 Закона Республики Беларусь «О гражданстве Республики Беларусь» 2002 года за ребенком, являющимся гражданином Республики Беларусь, сохраняется гражданство Республики Беларусь при его усыновлении:

- супругами, являющимися иностранными гражданами, или иностранным гражданином;
- супругами, являющимися лицами без гражданства, или лицом без гражданства;
- супругами, один из которых является гражданином Республики Беларусь, а другой иностранным гражданином или лицом без гражданства.

Белорусское гражданство может быть прекращено после достижения усыновленным иностранными гражданами 18-летнего возраста в порядке выхода из гражданства.

4. Международное усыновление имеет не только юридическую сторону, но и важный моральный аспект. Очевидно, что решать проблему детей, оставшихся без попечения родителей, за счет развития международного усыновления – это не лучшее решение для общества и государства. В 2003 году на международное в Республике Беларусь усыновление было передано 720 детей, и оно сравнялось с национальным. До 2004 года белорусские дети, не имеющие родителей, усыновлялись в США, Германию, Израиль, Швецию и другие страны. В настоящее время усыновление возможно только гражданами Италии, с которой у Республики Беларусь имеется специальное межправительственное соглашение. За последние десять лет в эту страну было передано на усыновление 633 ребенка, при этом большинство из них старше десяти лет. Как правило, усыновление белорусских детей в итальянские семьи ставится результатом их поездок на оздоровление в Италию. До оформления усыновления белорусские дети уже 5-6 раз и более проживают в одних и тех же итальянских семьях: три месяца летом и один месяц зимой. За это время белорусские дети осваивают итальянский язык и сближаются с будущими усыновителями. По законодательству Республики Беларусь после усыновления белорусских граждан оно сопровождается (контролируется) в течение трех лет, по законодательству Италии – пяти. Все это время итальянские организации, посредством которых производилось усыновление, присылают в Национальный центр усыновления Республики Беларусь отчеты о жизни ребенка в новой семье. Итальянские семьи, в которых проживают усыновленные дети, выборочно посещают сотрудники белорусского посольства в Италии, а также представители Национального центра усыновления.

5. Необычайное усыновление установил в апреле 2018 года суд итальянского города Трентино, когда семья из автономной области Трентино-Альто-Адидже усыновила 32-летнего белоруса. Предыстория этого усы-

новления следующая. Впервые в итальянскую семью белорусский мальчик приехал более двадцати лет назад в возрасте одиннадцати лет на оздоровление через посредство местной благотворительной организации. С тех пор на протяжении ряда лет белорус бывал в гостях у итальянцев. И даже после его совершеннолетия связь между ним и итальянской семьей не прервалась. Для итальянской пары, у которой нет своих детей, белорус стал сыном. На их глазах он вырос, женился, нашел работу. Сейчас мужчина живет в браке, у него есть свой сын. Белорус занимается международными перевозками, выполняя поездки в Италию он всегда навещает итальянскую семью. Итальянцы также приезжали к нему в Беларусь.

Следует отметить, что традиция усыновления совершеннолетних в Италии берет начало еще в римском праве. Современное итальянское законодательство предусматривает два случая, при которых возможно усыновление совершеннолетнего: 1) для передачи наследства и фамилии; 2) для обеспечения поддержки совершеннолетнего. Условиями усыновления является согласие родителей, супруга и детей усыновителя, а также супруга усыновляемого.

6. Наряду с международным усыновлением проблему детей, оставшихся без попечения родителей, помогают разрешить международная опека и попечительство.

Правовое регулирование установления опеки и попечительства содержится в Гражданском кодексе (ст. 1109) и Кодексе Республики Беларусь о браке и семье (ст. 234, 235).

В п. 1 ст. 1109 ГК установлено, что опека или попечительство над несовершеннолетними устанавливается и отменяется по личному закону лица, в отношении которого устанавливается или отменяется опека или попечительство. В п. 2 этой же статьи определено, что обязанность опекуна (попечителя) принять опеку (попечительство) определяется по личному закону лица, назначаемого опекуном (попечителем).

В ч. 1 ст. 234 КоБС опека, попечительство над несовершеннолетними гражданами Республики Беларусь, проживающими за границей, устанавливается в соответствии с законодательством Республики Беларусь, что соответствует их личному закону. Однако могут быть признаны действительными опека и попечительство, установленные над несовершеннолетними гражданами Республики Беларусь с соблюдением законодательства соответствующих государств, если против установления опеки и попечительства или против их признания нет возражений дипломатического представительства или консульского учреждения Республики Беларусь, которые обязаны получить компетентное мнение Министерства образования Республики Беларусь. Аналогичная норма содержится в п. 4 ст. 1109 ГК.

Установление на территории Республики Беларусь опеки и попечительства постоянно проживающих за границей граждан Республики Беларусь и иностранных граждан или лиц без гражданства над несовершенно-

летними гражданами Республики Беларусь, а также над несовершеннолетними иностранными гражданами или лицами без гражданства, проживающими на территории Республики Беларусь, производится в соответствии с главой 14 КоБС с соблюдением порядка, установленного Правительством Республики Беларусь, при условии получения в каждом отдельном случае письменного разрешения Министерства образования и компетентного органа государства, на территории которого постоянно проживают опекуны, попечители, а также письменного разрешения компетентного органа государства, гражданином которого является ребенок – иностранный гражданин (ч. 1 ст. 235 КоБС). На таких же условиях устанавливается в Республике Беларусь опека и попечительство постоянно проживающих граждан Республики Беларусь, иностранных граждан и лиц без гражданства над несовершеннолетними гражданами Республики Беларусь или лицами без гражданства, проживающими (находящимися) на территории Республики Беларусь.

7. Расторжение смешанных браков

1. Расторжение браков – это неизбежное явление в супружеских отношениях, что не удивительно, поскольку в русском языке то же слово обозначает некачественное изделие, что *argioŋi* предполагает вероятную возможность распадение брака. В большинстве стран мира расторжение брака носит юридическую процедуру. Но в исламском мире в ряде государств расторжение брака может иметь неофициальный, бытовой характер в силу существования практики мгновенных разводов у мусульман. Согласно этой процедуре мужчина может развестись с супругой произнеся слова «талак» («развод» на арабском языке). Супруги еще могут воссоединиться после того, как мужчина сказал это слово дважды, но после третьего слова «талак» брак разрывается окончательно и может восстановиться в будущем только при условии, если бывшая жена выйдет замуж за другого мужчину и разведется с ним. При этом некоторые исламские богословы допускают возможность мужчине сразу трижды произнести слово «талак», таким образом, прекратив брак мгновенно. С развитием современных технологий разводиться в исламских странах становится еще проще – достаточно отправить супруге сообщение посредством СМС или любого другого мобильного сервиса. Естественно, что право на мгновенный развод, согласно законам шариата, имеют только мужчины. Такая форма расторжения брака применяется и в смешанных браках мужчин-мусульман с женами других религиозных конфессий.

2. В противоположность исламскому праву католическая церковь негативно воспринимает расторжение брака, поэтому расторгнуть брак в католических странах очень сложно. Можно привести в качестве примера историю брака актрисы Софи Лорен и кинорежиссера и продюсера Карло Понти. В 1957 году в Италии их брак был признан недействительным, поскольку развод Карло Понти с первой его женой был признан недействи-

тельным: брак был расторгнут в Мексике по доверенности, поэтому Ватикан развод не признал и обвинил К. Понти в двоеженстве. В праве развод, действительный по праву одной страны, но недействительный по праву какой-либо другой страны считаются «хромоющим» разводом. Многочисленные петиции Карло Понти и Софи Лорен к Папе Римскому Павлу VI не дали никаких результатов, и новобрачным пришлось принять французское гражданство, чтобы жить вместе. Позднее Джулиана, первая жена Карло, получила развод во Франции, что позволило Лорен и Понти официально вступить в брак, в котором прожили более 50 лет, до смерти К. Понти в 2005 году.

В рамках Европейского Союза 20 декабря 2010 г. был принят Регламент Совета Европейского Союза № 1259/2010 «О расширении сотрудничества в отношении применимого права к расторжению брака и разделению проживанию супругов», «Рим III». Причиной принятия данного Регламента явилось то, что на территории ЕС нередки ситуации, когда супруги, желающие расторгнуть брак, являются гражданами разных стран ЕС, либо проживают в различных странах Союза. В большинстве европейских стран наряду с институтом развода существует институт сепарации, который часто предшествует разводу. Суть его заключается в отдельном проживании супругов при сохранении брака, но в отдельном владении имуществом, что устанавливается решением суда. Принцесса Диана и наследник британского престола принц Чарльз проживали отдельно по решению суда, когда принцесса погибла в автокатастрофе во Франции 31 августа 1997 года.

В ЕС действуют процессуальные правила, определяющие какой именно суд правомочен вынести решение о разводе, что позволяет признавать факт расторжения брака, совершенной в одной стране ЕС, другой стороной.

В Регламенте «Рим III» определены следующие правовые принципы:

1. Принцип универсальности, который позволяет избрать в качестве применимого права в бракоразводном процессе право любого государства (ст. 4).
2. Принцип автономии воли сторон, который провозглашен в качестве базового при разрешении коллизии права по соответствующим вопросам, но при условии, что это либо право их места жительства, либо право страны гражданства, либо право страны суда.
3. Принцип осознанной воли супругов. В соответствии с абз.18 Регламента, каждый из супругов должен знать правовые последствия выбора применимого права, что является гарантией того, что права супругов не будут нарушены.
4. Принцип приоритета места постоянного проживания супругов при выборе применимого права, а не их гражданства.
5. Принцип равенства супругов, заключающийся в равенстве возможностей.

Анализ данных принципов позволяет сделать вывод о том, что расторжение брака по взаимному согласию супругов, установленный Регламентом Совета ЕС № 1259/2010 является более приемлемым, нежели развод по инициативе только одного из супругов. Также в ЕС поощряют супругов, желающих расторгнуть брак к заключению соглашения относительно правовых последствий данного гражданского акта. Только при отсутствии такого соглашения, компетентный орган принимает решение о применимом праве.

3. В праве Республики Беларусь столь «прогрессивной» формы расторжения брака, которые практикуются в исламских странах, не существует, даже если супруг исповедует ислам. Расторжение браков граждан Республики Беларусь с иностранными гражданами или лицами без гражданства производится в соответствии с законодательством Республики Беларусь (ч. 1 ст. 231 КоБС). Иностранцы могут расторгнуть браки между собой в дипломатических и консульских представительствах иностранных государств, если эти лица в момент расторжения брака являлись гражданами государства, назначившего посла или консула в Республике Беларусь (ч. 2 ст. 231 КоБС). Расторжение таких браков признается в Республике Беларусь на условиях взаимности.

Расторжение браков между гражданами Республики Беларусь и иностранными гражданами или лицами без гражданства, совершенное за границей по законодательству соответствующих государств, признается действительным в Республике Беларусь, если в момент расторжения брака один из супругов проживал за пределами Республики Беларусь (ч. 3 ст. 231 КоБС).

Если граждане Республики Беларусь в момент расторжения брака проживали за границей, расторжение брака, произведенное в соответствии с законодательством иностранного государства, признается действительным (ч. 5 ст. 231). Также действительным в Республике Беларусь признается расторжение браков иностранных граждан, совершенное вне пределов Республики Беларусь, с соблюдением законодательства соответствующего государства (ч. 6 ст. 231).

Суды Республики Беларусь по поручению Верховного Суда могут рассматривать дела о расторжении брака постоянно проживающих за границей граждан Республики Беларусь с супругами-иностранцами независимо от гражданства последних (ч. 7 ст. 231 КоБС). Данная норма призвана защитить права граждан Республики Беларусь, постоянно проживающих в других государствах, поскольку в некоторых странах иностранцы лишены права обращаться в суд с иском о расторжении брака.

Суды рассматривают дела о расторжении браков, в которых один из супругов иностранец, в соответствии с законодательством Республики Беларусь. При этом особое внимание уделяется соблюдению процессуальных прав супругов-иностранцев. Дело может быть рассмотрено в отсут-

ствии ответчика-иностранца только в случае его надлежащего извещения о слушании дела и направлении ему судебных документов.

В законодательстве ряда европейских стран содержатся строго определенные основания расторжения брака. Например, в Германии такими основаниями, помимо обоюдного согласия супругов на развод, являются супружеская неверность одного из супругов, проявление физического насилия супругом по отношению к другому супругу (суды Германии, как и других европейских стран, завалены исками об изнасилованиях одного супруга к другому), отсутствие совместного проживания, нанесение финансового ущерба семье. В белорусском законодательстве таких четко определенных оснований для развода не существует, брак расторгается по истечении трехмесячного срока, предоставляемого супругам для примирения, если судом будет установлено, что дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи стали невозможными (ч. 2 ст. 36 КоБС).

4. Расторжение брака регулируется и в договорах о правовой помощи. Согласно ст. 31 Кишиневской конвенции 2002 года по делам о расторжении брака применяется законодательство Договаривающейся Стороны, гражданами которой являются супруги в момент подачи заявления. Если супруги имеют разное гражданство, применяется законодательство Договаривающейся Стороны, учреждение юстиции которой рассматривает дело о расторжении брака.

Относительно компетенции учреждений юстиции в ст. 32 Конвенции установлены следующие нормы:

- 1) развод производят учреждения юстиции того государства, гражданами которого являются супруги;
- 2) если супруги проживают в другой стране, то компетентны и учреждения этой Договаривающейся Стороны;
- 3) при разном гражданстве супругов компетентны учреждения юстиции Договаривающейся Стороны, на территории которой проживают оба супруга;
- 4) если супруги имеют разное гражданство и проживают в разных государствах, то по делам о расторжении брака компетентны учреждения юстиции обеих Договаривающихся Сторон, на территории которых проживают супруги.

В двусторонних договорах о правовой помощи, заключенных Республикой Беларусь, имеются незначительные отличия в регулировании расторжения брака. В Договоре между Республикой Беларусь и Латвийской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1995 года в ст. 27 установлено:

- 1) в делах о расторжении брака и о признании брака недействительным применяется законодательство той Договаривающейся Стороны, гражданами которой супруги были на момент подачи заявления;

2) если супруги имеют места жительства на территории другой Договаривающейся Стороны, то применяется законодательство этой Договаривающейся Стороны;

3) если на момент подачи заявления о расторжении брака или о признании брака недействительным супруги являются гражданами разных Договаривающихся Сторон и проживают на территории одной и другой Договаривающейся стороны, то применяется законодательство Договаривающейся Стороны, в учреждение которой первым подано заявление;

4) по делам о расторжении брака и признании его недействительным компетентны учреждения Договаривающейся Стороны, законодательство которой надлежит применению согласно вышеуказанным коллизионным нормам.

5. Документы, выданные компетентными органами иностранных государств в удостоверение расторжения брака, признаются действительными в Республике Беларусь при наличии консульской легализации, если иное не предусмотрено законодательством Республики Беларусь, в том числе международными договорами Республики Беларусь. В ряде иностранных государств решение суда о расторжении брака должно быть зарегистрировано в мэрии или ином органе; после чего такой брак считается прекращенным.

ГЛАВА 12

Трудовые отношения в международном частном праве, ЕАЭС и ЕС

1. Общие положения регулирования трудовых отношений

Развитие всемирных экономических связей в XX столетии привело и к широкому использованию иностранной рабочей силы в экономике ряда стран. Это произошло в результате нового социально-экономического явления – трудовой миграции работников из стран с низким уровнем производства в развитые в экономическом отношении страны. Одновременно с этим транснациональные корпорации с целью экономии на стоимости рабочей силы начали переносить трудоемкие производства в развивающиеся государства.

И в первом, и во втором случае возникают трудовые правоотношения с наличием иностранного элемента, которые, как уже отмечалось, относятся к сфере регулирования международного частного права.

Фундаментальные принципы регулирования трудовых отношений заложены в важнейших документах по правам человека. Всеобщая декларация прав человека в ст. 23 провозгласила право каждого человека на труд, на свободный выбор работы, на справедливые и благоприятные условия труда, на защиту от безработицы, на равную оплату за равный труд. В Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах содержится признание права на труд, которое включает право каж-

дого человека на получение возможности зарабатывать себе на жизнь трудом, который он свободно выбирает или на который он свободно соглашается (ст. 6). Участвующие в Пакте государства признают право каждого на справедливые благоприятные условия труда, включая, в частности: а) вознаграждение, обеспечивающее, как минимум, всем трудящимся справедливую зарплату и равное вознаграждение за равный труд; в) условия работы, отвечающие требованиям безопасности и гигиены; с) одинаковую для всех возможность продвижения в работе исключительно на основании трудового стажа и квалификации; d) отдых, досуг и разумное ограничение рабочего времени (ст. 7).

2. В российской литературе утвердилось мнение, что для трудового права характерно сочетание двух главных методов регулирования: публично-правового и частноправового.

Публично-правовой метод включает законодательную деятельность государства, которая выражается в принятии законов и подзаконных актов, регулирующих трудовые отношения.

В свою очередь частноправовой метод заключается в санкционировании государством источников правового регулирования трудовых отношений, создаваемых работодателем и организациями трудящихся, а также работодателем и работником. Такими источниками являются локальные коллективные договоры, которые заключаются на предприятии, в отрасли, регионе, а также индивидуальные соглашения между работником и работодателем. На Западе³⁰ национальное трудовое право рассматривается как симбиоз частного и публичного права, где преобладают частноправовые нормы. Это связано с тем, что сфера регулирования трудовых отношений значительно расширилась в последнее время. В нее начали включать права работников в связи со служебными изобретениями и рационализаторскими предложениями, служебными произведениями, вопросы, связанные с профессиональным обучением и переобучением работников. Это утверждение особенно соответствует развитию трудового права в странах Европейского союза.

3. Непосредственно трудовые отношения регулирует национальное законодательство государств: законы, подзаконные нормативные правовые акты, в т.ч. постановления правительственных органов, министерств труда, иных органов исполнительной власти. На следующей ступени находятся коллективные договоры всех уровней: от национальных, до локальных. К нормативным трудовым актам также относятся правила внутреннего трудового распорядка, разрабатываемые, как правило, с участием представителей организаций работников, иные нормативные акты, издаваемые единолично работодателями, решения судов и арбитражных органов, обычаи, трудовые договоры.

³⁰Термин «Запад» в данном случае применяется не в географическом, а в социокультурном смысле.

Соотношение между нормативными актами, регулирующими трудовые отношения, зависит от специфики национального права. В континентальной Европе и бывших социалистических странах ведущую роль на протяжении длительного времени играло законодательство. В то же время в отдельных странах (Дания, Швейцария, Финляндия) коллективные договоры превалируют над законодательством.

В последние десятилетия выявилась тенденция сближения двух методов правового регулирования в законодательстве отдельных стран путем достижения оптимального соотношения между законодательным и договорным регулированием. В Европейском Союзе при заключении трудового договора действует общее правило свободы договорных обязательств. В соответствии со ст.8 Регламента (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I»):

«1. Индивидуальный трудовой договор регулируется правом, выбранным сторонами в соответствии со статьей 3 (устанавливает свободу договора – В.Б). Однако этот выбор не может повлечь за собой лишение работника защиты, предоставляемой ему положениями, от которых не разрешается отступать посредством соглашения в соответствии с правом, которое при отсутствии выбора подлежало бы применению на основании пунктов 2, 3 и 4 настоящей статьи.

2. При отсутствии выбора, осуществленного сторонами, индивидуальный трудовой договор регулируется правом страны, в которой – или, при отсутствии таковой, – страны, из которой работник во исполнение договора обычно выполняет свою работу. Страна, в которой обычно выполняется работа, не считается изменившейся, когда работник временно выполняет свою работу в другой стране.

3. Если подлежащее применению право не может быть определено на основании пункта 2, то договор регулируется правом страны, где находится учреждение, которое наняло работника.

4. Если из всех обстоятельств дела вытекает, что договор имеет явно более тесные связи с другой страной чем та, которая указана в пункте 2 или 3, то применяется право этой другой страны».

Во многом демократизация сферы трудовых отношений явилась результатом воздействия на национальные правовые системы принимаемых Международной Организацией Труда (МОТ) конвенций и рекомендаций.

5. МОТ (International Labour Organization) была образована в 1919 году и первоначально работала под руководством Лиги Наций. С 1946 года МОТ стала первым специализированным учреждением Организации Объединенных Наций, осуществляющим разработку международных стандартов в области труда путем принятия конвенций и рекомендаций, а также контролирующим их соблюдение государствами-членами Организации. Принятые по инициативе МОТ конвенции, ратифицированные государ-

ствами-членами, обладают высшей юридической силой и обязательны для государств, которые должны привести свое национальное законодательство в соответствие с ними.

БССР вступила в МОТ в мае 1954 года. Республика Беларусь в соответствии с теорией континуитета является продолжателем членства в этой международной организации.

За время членства в МОТ Беларусь стала участницей 49 конвенций из 187 принятых Организацией за всю историю ее деятельности. Республика Беларусь в числе немногих стран ратифицировала все восемь ключевых конвенций, определенных Декларацией МОТ 1998 года в качестве основополагающих в деле охраны труда. К ним относятся: Конвенция №29 «О принудительном или обязательном труде»; Конвенция №87 «О свободе ассоциации и защите права на организацию»; Конвенция №98 «О праве на организацию и на ведение коллективных переговоров»; Конвенция №105 «Об упразднении принудительного труда»; Конвенция №111 «О дискриминации в области труда и занятости»; Конвенция №138 «О минимальном возрасте для приема на работу»; Конвенция №182 «Наихудшие формы детского труда», Конвенция №100 «О равном вознаграждении».

6. Трудовые отношения имеют особую социальную значимость для каждого человека, участвующего в общественном производстве. При этом отношения между работодателем и работником нельзя признать полностью равноправными: работник был и по-прежнему остается «слабой» стороной в трудовых отношениях, что особенно актуально для Беларуси после введения контрактной системы. В то же время наиболее желательными отношениями между работниками и нанимателями являются отношения социального партнерства. Идея социального партнерства изначально была положена в основу деятельности МОТ, где одна из четырех стратегических целей сформулирована как «укрепление трехсторонней структуры и поддержание социального диалога». Эта концепция сотрудничества предпринимателей, работников и государств получила название трипартизма. Сущность ее состоит в тесном взаимодействии путем диалога, консультаций, переговоров, соглашений представителей трех сторон: трудящихся, предпринимателей и государства. В СССР, соответственно и БССР, трипартизм долгое время отвергался как социал-реформаторская идея, ведущая к усилению эксплуатации трудящихся. В настоящее время ситуация изменилась, поскольку в ст. 2 Трудового кодекса Республики Беларусь среди трех главных задач названа и задача «развития социального партнерства между нанимателями (их объединениями), работниками (их объединениями) и органами государственного управления». Это свидетельствует о признании белорусским законодателем концепции трипартизма как основы сотрудничества главных участников трудовых отношений.

2. Коллизионные нормы в трудовых отношениях

1. В сфере трудовых отношений сложились присущие данной отрасли права коллизионные нормы. Главной формулой прикрепления в трудовом праве является «закон места работы» (*lex loci laboris*). В соответствии с этой нормой по отношению к иностранцам применяется трудовое законодательство страны, где выполняется работа. Например, в ст. 52 Закона Украины «О международном частном праве» говорится: «К трудовым отношениям применяется право государства, в котором выполняется работа, если иное не предусмотрено законом или международным договором Украины». Из этого же принципа исходят законодательства о труде России, Венгрии, Австрии, Испании, Швейцарии, Нидерландов и других стран.

Как уже отмечалось, в ряде государств в сфере регулирования трудовых отношений преобладает гражданско-правовой подход, в связи с чем в законодательстве этих стран допускается выбор права в соответствии с принципом *lex voluntatus*. Выбор права в трудовых отношениях существует в Великобритании, Италии, Канаде, Австрии, Эстонии и других государствах.

В то же время в законодательстве некоторых государств, в целом исходящих из гражданско-правовой концепции регулирования трудовых отношений, имеются ограничения свободы воли сторон при выборе права, установленные с целью защиты слабой стороны.

Согласно ст. 30 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению 1896 года «Выбор сторонами права в трудовых договорах и трудовых отношениях не должны приводить к лишению работника защиты, предоставляемой ему императивными нормами права, которые подлежали бы применению при отсутствии выбора права».

В соответствии со ст. 8 Регламента (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета («Рим I») «индивидуальный трудовой договор регулируется правом, выбранным сторонами в соответствии со ст. 3. Однако этот выбор не может повлечь за собой лишение работника защиты, предоставляемой ему положениями, от которых не разрешается отступать посредством соглашения сторон». Указанная норма в трудовом праве получила название принципа *in favorem* (для пользы), согласно которому соглашения сторон могут только улучшать положение работников по сравнению с законодательством, но ни в коем случае не ухудшать его. В определенных случаях, которые касаются ситуаций, когда работу необходимо выполнять на территории нескольких государств, к трудовым правоотношениям применяется закон места нахождения работодателя. Такая норма закреплена также в абз. 2 ст. 30 Вводного закона к ГГУ 1896 года, где при отсутствии выбора права к трудовым договорам и трудовым отношениям применяется право того государства, в котором находится организация, принявшая работника, если он свою работу обычно выполняет в нескольких государствах. Сходная норма содержится в абз. 2 ст. 121 Закона Швейцарии «О международном частном праве» 1987 года, где указано:

«Если работник обычно выполняет свои трудовые обязанности в нескольких государствах, к трудовому договору применяется право места делового обзаведения либо, при отсутствии такового, право места жительства или обычного пребывания нанимателя». Эта норма вносит в правовое положение работника определенную стабильность, в результате чего переезд работника из одной страны в другую не ведет к изменению правового регулирования его труда.

В последнее время в правоприменительной практике отдельных стран при регулировании трудовых отношений применяется привязка наиболее тесной связи, относящаяся к гибким коллизионным нормам. Эта привязка может учитывать комплекс факторов или один доминирующий фактор, которые позволяют связать трудовой договор с определенной страной. К факторам, «связывающим стороны», относят место нахождения работы, общее гражданство сторон трудового договора, источник выплаты заработной платы и ее валюту, язык трудового договора и т.д.

2. К специальным коллизионным нормам в регулировании трудовых отношений относят закон флага судна (*lex flagi*), личный закон работодателя – физического или юридического лица (*lex personalis* или *lex societatis*), закон страны заключения контракта о найме (*lex loci contractus*).

Закон флага судна применяется к трудовым соглашениям с работниками, принимаемыми для работы на водном и воздушном транспорте. При этом национальность транспортного средства определяется по месту его регистрации. Учитывая, что в морском праве существует практика регистрации судов под «удобными» флагами, эта привязка может создавать ситуацию, когда ни судовладелец, ни работник не знают трудового права «флага судна».

Кодекс торгового мореплавания Республики Беларусь от 15.11.1999 года в ч. 1 ст. 50 устанавливает, что правовое положение членов экипажа судна и отношения между членами экипажа судна, связанные с эксплуатацией судна, определяются правом государства флага судна. Таким же образом определяются отношения между членами экипажа судна и судовладельцем, если иное не установлено договором, регулирующим отношения между судовладельцем и членами экипажа судна, являющимися иностранными гражданами (ч. 2 ст. 50).

Согласно ст. 140 Закона Румынии применительно к регулированию отношений международного частного права 1992 года закон флага морского или речного судна или закон того государства, в котором воздушное судно было зарегистрировано, регулирует договор найма экипажа судна, если стороны не избрали другой закон³¹.

Личный закон работодателя применяется, если работник выполняет работу за границей, будучи направленным в командировку или по другим

³¹ Международное частное право: Иностранное законодательство. – С. 517.

основаниям. Так, в абз. 2 §52 Закона Венгрии «О международном частном праве» 1979 года указано: «Если работник венгерского работодателя выполняет работу за границей по командировке или на более длительной зарубежной службе, то к трудовому отношению следует применять венгерский закон»³².

Закон страны заключения контракта о найме применяется в законодательстве Великобритании и США, где к трудовым отношениям, заключенным в этих странах, всегда применяется только право указанных государств.

3. Разрешение трудовых правоотношений с иностранным элементом во многом зависит от того, суд какой страны рассматривает возникший трудовой спор. В таких случаях суды обычно идут по пути применения своего коллизионного права, в связи с чем решение вопросов о подсудности дел приобретает особо важное значение. При определении подсудности исходят из различных критериев. Во Франции приоритетное значение имеет гражданство сторон спора. В Германии, Австрии, Швейцарии основной критерий в выборе подсудности – местожительство ответчика. В Великобритании стороны могут заключать соглашение о выборе места рассмотрения спора (пророгационное соглашение). В ряде стран для определения компетентного суда применяется принцип наиболее тесной связи трудового правоотношения с правом определенного государства, т.е. рассмотрение спора поручается суду того государства, чье право применяется. Обычно таким судом оказывается суд страны, где работник осуществляет трудовую деятельность.

В странах Евросоюза подсудность дел по трудовым отношениям с иностранной составляющей разрешается в соответствии с Брюссельской конвенцией 1968 года о юрисдикции и исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим делам (в редакции 1989 года). Данная Конвенция устанавливает единую подсудность для всех споров, вытекающих из трудовых отношений, по месту выполнения работы (п. 1 ст. 5)³³.

3. Универсальные международные конвенции по регулированию труда мигрантов

1. По данным ООН, сегодня в мире насчитывается более 272 млн. мигрантов, что составляет 3,5 процента всего населения планеты. Труд мигрантов создает 10 % общемирового ВВП. В декабре 2018 года в марокканском Марракеше на межправительственной конференции ООН состоялось подписание Глобального пакта безопасной, упорядоченной и легальной миграции. Пакт не является юридически обязывающим, а лишь открывает возможность к общемировому сотрудничеству государств в этой сфере. Текст документа был утвержден на заседании Генеральной Ассамблеи ООН 19 декабря 2018 года.

³² Международное частное право: сб. нормативных документов. – С. 366.

³³ Международное гражданское процессуальное право. – М., 2001. – С. 135.

Инициатива заключения Пакта принадлежит ООН, где считают, что Пакт создает предпосылки решения трех важнейших задач в сфере мировой трудовой миграции:

- возможность для государств пересмотреть национальную политику и международные связи с учетом проблем миграции, а также для создания достойных условий труда и жизни мигрантов в стране исхода;
- будет способствовать активизация борьбы с торговцами людьми и контрабандистами, а также усилит защиту их жертвам;
- расширит каналы легальной миграции, поскольку многие государства со стареющим населением нуждаются в мигрантах, чтобы пополнить свои рынки труда.

От подписания пакта отказались: США, Италия, Чили, Польша, Чехия, Венгрия, Австрия, Израиль, Хорватия и некоторые другие государства. Руководство этих стран сходится во мнении, что принятие документа в итоге приведет к усилению наплыва нелегальных мигрантов в развитые страны.

2. Генеральная Ассамблея ООН 18 декабря 1990 года (установлен ООН как день защиты мигрантов) приняла Международную конвенцию о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей. Это объемный международный акт, включающий 93 статьи, предметом регулирования которого является правовое положение не только трудящихся-мигрантов, но близких к ним по положению других категорий работников: приграничных и сезонных трудящихся, моряков, трудящихся, занятых на стационарной прибрежной установке, трудящихся, работа которых связана с переездами, трудящихся на проекте, трудящихся, работающих не по найму. Конвенция 1990 года регулирует также правовое положение членов семей всех перечисленных категорий трудящихся. Главная обязанность всех государств-участников – уважать и обеспечивать без какой-либо дискриминации права всех трудящихся-мигрантов и членов их семей, которые находятся на их территории или под их юрисдикцией. В Конвенции проводится различие между трудящимися-мигрантами, имеющими документы или постоянный статус, и трудящимися, не имеющими документов или постоянного статуса. Тем самым в Конвенции установлено правовое различие между легальными и нелегальными трудящимися-мигрантами. В части третьей Конвенции перечислены важнейшие права человека, которые распространяются на всех без исключения трудящихся-мигрантов без каких-либо изъятий. К таким правам отнесены право на жизнь, свободу, достоинство и неприкосновенность личности, процессуальные права и т.д.

В четвертой части Конвенции содержатся другие права трудящихся-мигрантов и членов их семей, имеющих документы или постоянный статус в государстве работы. По своему содержанию это социально-экономические, политические и трудовые права. В частности, трудящимся-мигрантам должно быть предоставлено право на свободу передвижения по

территории государства работы по найму и свободы выбора местожительства в нем, право создавать ассоциации и профсоюзы с целью защиты своих интересов, право участвовать в общественной жизни государства своего пребывания, избирать и быть избранным в этом государстве.

В соответствии со ст. 43 Конвенции трудящиеся-мигранты пользуются равным режимом с гражданами государства в отношении: 1) доступа в учебные заведения; 2) доступа к службам профессиональной ориентации и трудоустройства; 3) доступа в заведения и учреждения профессиональной подготовки и переподготовки; 4) обеспечения жильем, включая жилье, предоставляемое по социальным программам; 5) доступа к социальному и медицинскому обслуживанию в соответствии с участием в определенных программах; 6) доступа в кооперативы и самоуправляемые предприятия; 7) доступа к культурной жизни и участия в ней.

Трудящиеся-мигранты имеют право переводить свои заработанные средства и сбережения из государства работы в государство происхождения или любое другое государство. Конвенция установила ограничение на высылку трудящихся-мигрантов или членов их семей, если они имеют разрешение на проживание и разрешение на работу.

Для контроля за выполнением Конвенции учрежден Комитет по защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей. Все государства-участники обязуются предоставлять Генеральному секретарю ООН для рассмотрения Комитетом доклады о законодательных, судебных, административных и иных мерах, принятых ими для реализации положений Конвенции.

Международная конвенция о правах трудящихся-мигрантов и членов их семей вступила в силу 1 июля 2003 года. В настоящее время в ней участвуют около 50 государств. Страны, которые ратифицировали Конвенцию, являются в своем большинстве странами происхождения мигрантов (Мексика, Филиппины, Таджикистан, Азербайджан, Турция и др.). Учитывая то, что количество граждан Беларуси, выезжающих за рубеж на заработки постоянно возрастает, существует целесообразность подписания Конвенции 1990 года и нашей страной, что будет способствовать усилению защиты белорусских трудящихся-мигрантов.

3. Международная Организация Труда как специализированная организация ООН, занимающаяся защитой прав трудящихся во всем мире, приняла две специальные конвенции, направленные на защиту прав трудящихся-мигрантов. Это Конвенция (пересмотренная) о трудящихся-мигрантах 1949 года и Конвенция о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения 1975 года.

Конвенция № 97 (пересмотренная) о трудящихся-мигрантах была принята 1 июля 1949 года Генеральной конференцией МОТ путем пересмотра Конвенции 1939 года о трудящихся-мигрантах. Она состоит из текста самой Конвенции и трех приложений, касающихся индивидуального и

группового способов набора трудящихся-мигрантов и ввоза ими личного имущества, рабочих инструментов и оборудования в страну, где происходит трудовая деятельность.

Конвенция устанавливает обязательства для каждого государства-члена МОТ, в отношении которого она действует, предоставлять в распоряжение МОТ и любого другого члена организации по их требованию:

- а) сведения о политике и законодательстве его страны в области эмиграции и иммиграции;
- б) сведения, касающиеся миграции в целях трудоустройства, а также об условиях труда и жизни трудящихся-мигрантов;
- с) сведения об общих соглашениях и особых мероприятиях, принимаемых государством по этим вопросам.

Каждый участник Конвенции обязуется учредить компетентную и бесплатную службу помощи трудящимся-мигрантам для снабжения их точной информацией, принимать меры в пределах своей юрисдикции для облегчения приема, переезда и отъезда трудящихся-мигрантов.

Конвенция требует от государств-участников предоставлять без какой-либо дискриминации по признаку национальности, расы, религии или пола законно пребывающим на территории государства мигрантам условия не менее благоприятные, чем те, которыми пользуются собственные граждане в отношении следующих вопросов:

- 1) заработная плата, включая семейные пособия, рабочее время, сверхурочные работы, оплачиваемые отпуска, ограничения надомного труда, возраст принятия на работу, ученичество и профессиональное обучение, женский труд и труд подростков;
- 2) принадлежность к профессиональным союзам и пользование преимуществами, предоставляемыми коллективными договорами;
- 3) жилищный вопрос;
- 4) социальное обеспечение, включая пособия из общественных фондов и пособия, необходимые лицам, не отвечающим условиям, необходимым для получения нормальной пенсии;
- 5) налоги, сборы или взносы, уплачиваемые за трудящегося;
- 6) судопроизводство по вопросам, содержащимся в Конвенции.

4. Конвенция МОТ от 24 июня 1975 года №143 о злоупотреблениях в области миграции и об обеспечении трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения имеет несколько иные акценты, нежели Конвенция №97. Уже в пространной преамбуле подчеркивается необходимость недопущения чрезмерного и неконтролируемого самостоятельного роста миграционного движения в связи с его отрицательными последствиями в социальном и человеческом плане и одновременно указывается, что правительства многих стран выступают за поощрение перемещения капитала и передачу технологий, а не передвижение трудящихся, в соответствии с потребностями и запросами стран, предоставляющих работу. В то

же время в преамбуле Конвенции говорится о необходимости принятия новых норм в области социального обеспечения с целью гарантий трудящимся-мигрантам равенства возможностей и обращения.

Основной раздел Конвенции «Злоупотребления в области миграции» открывается статьей, которая возлагает на государства-участников обязанность соблюдать основные права человека в отношении всех трудящихся-мигрантов. Государство, в отношении которого Конвенция находится в силе, постоянно должно определять, имеются ли на его территории незаконно нанятые трудящиеся-мигранты, а также начинается ли с его территории, проходит ли через эту территорию какое-либо миграционное движение трудящихся, ищущих работу, в процессе чего трудящиеся-мигранты помещаются в условия, противоречащие многосторонним или двусторонним международным соглашениям или национальному законодательству. Согласно ст. 3 Конвенции каждый член МОТ принимает все необходимые и соответствующие меры как в рамках своей юрисдикции, так и в сотрудничестве с другими государствами-членами, следующего характера:

- a) для пресечения тайного миграционного движения и незаконного найма мигрантов;
- b) против организаторов незаконного тайного передвижения мигрантов, ищущих работу, а также против тех, кто нанимает трудящихся, мигрировавших в незаконных условиях;
- c) в целях предотвращения и ликвидации злоупотреблений, связанных с незаконной миграцией.

Конвенция 1975 года в ст. 14 установила, что каждый член организации может обеспечить право законного проживания трудящегося-мигранта на его территории с целью получения работы в течение периода, не превышающего двух лет.

Как отмечает известный белорусский специалист по истории МОТ В.Г. Стаценко, «поскольку проблемы трудовой миграции не имели существенного значения для СССР, границы которого были наглухо закрыты для эмиграции своего населения, а иммиграция носила единичный характер, ни одна из принятых МОТ конвенций в сфере трудовой миграции ни СССР, ни, соответственно, БССР не была ратифицирована»³⁴. В настоящее время проблема трудовой миграции стала актуальной и для Республики Беларусь, в связи с чем конвенции №97 и №143 могут быть ратифицированы, поскольку существенных препятствий к этому нет.

5. Помимо конвенций МОТ принимает и рекомендации, являющиеся актами «мягкого» права, которые выступают в качестве ориентиров для государств в разработке национального законодательства по определенному вопросу трудового права. Рекомендации принимаются обычно одновременно с конвенцией и имеют такое же название и цель, но они отлича-

³⁴ Стаценко, В.Г. Беларусь в Международной Организации Труда. История и современные проблемы взаимодействия / В.Г. Стаценко. – Витебск, 2007. – С. 209.

ются по формулировкам, которые носят более общий, менее конкретный характер. Это позволяет распространить трудовое регулирование, содержащееся в рекомендациях, на государства, которые по тем или иным причинам не присоединились к конвенциям.

Так, в Рекомендации (пересмотренной) 1949 года о трудящихся-мигрантах №86 государствам-членам МОТ предписывалось в двусторонних договорах предусматривать положение о том, что индивидуальные трудовые контракты мигрантов будут основываться на типовых формах.

В типовой контракт должны включаться следующие пункты: имя, фамилия, место и дата рождения, семейное положение, гражданство, страна места работы; характер работы и место ее исполнения; профессиональная категория, в которую зачислялся мигрант и его трудовые функции; размер оплаты труда за нормальные, сверхурочные и ночные работы; порядок выплаты зарплаты, премий, надбавок, пособий; срок действия контракта, условия его расторжения и продления; основания досрочного расторжения; условия въезда на территорию страны миграции и срок пребывания в ней; порядок покрытия проездных расходов мигранта и членов его семьи; условия труда и жизнеобеспечения; процедуры урегулирования споров и рассмотрения жалоб. Такой типовой контракт должен быть переведен на понятный трудящемуся-мигранту язык и вручен ему непосредственно.

4. Регулирование труда мигрантов в СНГ и Евразийском экономическом союзе

1. В странах СНГ также активно развиваются миграционные процессы, что вызвало необходимость их правового регулирования. В апреле 1994 года Россия, Украина, Молдова и Армения подписали Соглашение о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов. В дальнейшем к этому соглашению присоединились и другие государства СНГ (не участвует Туркменистан). Для Республики Беларусь Соглашение вступило в силу 20 ноября 1997 года.

Названное Соглашение регулирует основные направления сотрудничества сторон в области трудовой деятельности и социальной защиты трудящихся-мигрантов и членов их семей, которые постоянно проживают на территории одного из государств и осуществляют трудовую деятельность на предприятиях всех форм собственности на территории другого государства в соответствии с законодательством страны трудоустройства. Порядок привлечения работников, квалификационные, возрастные и иные требования к ним устанавливаются страной трудоустройства, исходя из действующего на ее территории законодательства. Численность принимаемых работников определяется на основе двусторонних соглашений между странами СНГ. Каждая из сторон Соглашения признает без легализации дипломы, свидетельства об образовании, соответствующие документы о присвоении звания, разряда, квалификации и другие необходимые для работы

документы, переведенные на государственный язык страны трудоустройства или русский язык. Трудовой стаж, включая стаж на льготных основаниях и по специальности, взаимно признается участниками Соглашения. При окончательном выезде трудящегося-мигранта из страны трудоустройства работодателем выдается справка или иной документ, содержащий сведения о продолжительности его работы и заработной плате ежемесячно.

Трудовая деятельность работника оформляется трудовым договором (контрактом), заключенным с работодателем на государственном языке страны трудоустройства, и русском языке, в соответствии с трудовым законодательством страны трудоустройства, который вручается работнику до его выезда на работу.

В трудовом договоре (контракте) должны содержаться основные реквизиты работодателя и работника, профессиональные требования к работнику, также сведения о характере работы, условиях труда и его оплаты, продолжительности рабочего дня и отдыха, условиях проживания, а также сроке действия трудового договора и условиях его расторжения.

В марте 1998 года было подписано Соглашение о сотрудничестве государств-участников Содружества Независимых Государств в борьбе с незаконной миграцией. В Соглашении указано, что въезд граждан третьих государств, лиц без гражданства и граждан СНГ на территорию одной из стран возможен при условии выполнения ими требований ее национального законодательства о правилах въезда, выезда, пребывания и транзитного проезда, а также международных договоров, участницей которых это государство является. Также в Соглашении перечислены административные меры по борьбе с незаконной миграцией.

2. В Евразийском экономическом союзе трудовые отношения регулируются ст. 97 и ст. 98 Договора о Евразийском экономическом союзе (подписан в г. Астане 29.05.2014) (ред. от 08.05.2015) (с изм. и доп., вступ. в силу с 12.08.2017). В п.1 ст. 97 установлено: «Работодатели и (или) заказчики работ (услуг) государства-члена вправе привлекать к осуществлению трудовой деятельности трудящихся государств-членов без учета ограничений по защите национального рынка труда. При этом трудящимся государств-членов не требуется получение разрешения на осуществление трудовой деятельности в государстве трудоустройства».

Согласно п.2 ст. 97 Договора государства-члены не устанавливают и не применяют каких-либо ограничений в целях защиты национального рынка труда, в отношении осуществляемой трудящимися государств-членов трудовой деятельности, рода занятий и территории пребывания.

В государстве трудоустройства признаются документы об образовании, выданные образовательными организациями государств-членов, без проведения установленных законодательством государства трудоустройства процедур признания документов об образовании. Однако работники, претендующие на занятие педагогической, юридической, медицинской или

фармацевтической деятельностью в другом государстве-члене, проходят установленную законодательством государства трудоустройства процедуру признания документов об образовании и могут быть допущены к указанной деятельности в соответствии с законодательством государства трудоустройства. Процедуру признания в соответствии с законодательством государства трудоустройства проходят документы об ученых степенях и ученых званиях, выданные уполномоченными органами государств-членов (п.3 ст. 97).

Согласно п.4, в отношении трудящегося государства-члена действует законодательство государства трудоустройства с учетом положений Договора.

В соответствии с п. 5 ст. 97 Договора срок временного пребывания (проживания) трудящегося государства-члена и членов семьи на территории государства трудоустройства определяется сроком действия трудового или гражданско-правового договора, заключенного трудящимся с работодателем или заказчиком работ (услуг).

Граждане государства-члена, прибывшие в целях осуществления трудовой деятельности или трудоустройства на территорию другого государства, и члены их семей освобождаются от обязанности регистрации (постановки на учет) в течение 30 суток с даты въезда. В случае пребывания граждан государства-члена на территории другого государства-члена свыше 30 суток с даты въезда, эти граждане обязаны зарегистрироваться (встать на учет) в соответствии с законодательством государства въезда, если это требует законодательство государства въезда (п.6).

В соответствии с п.9 ст.97, в случае досрочного расторжения трудового или гражданско-правового договора после истечения 90 суток с даты въезда на территорию государства трудоустройства трудящийся имеет право без выезда с территории государства трудоустройства в течение 15 дней заключить новый трудовой или гражданско-правовой договор.

В ст.98 Договора о Евразийском экономическом союзе определены права и обязанности трудящегося в государстве-члене. Согласно п.1 трудящийся государства-члена имеет право на занятие профессиональной деятельностью в соответствии со специальностью и квалификацией, указанных в документах об образовании, документах о присуждении ученой степени и (или) присвоении ученого звания, признаваемых в соответствии с Договором о Евразийском экономическом союзе и законодательством государства трудовой деятельности.

В соответствии с п.2 трудящемуся и членам его семье гарантированы следующие права: 1) на владение, пользование и распоряжение своим имуществом; 2) на защиту собственности; 3) на беспрепятственный перевод денежных средств.

Трудящийся государства-члена имеет право вступать в профессиональные союзы наравне с гражданами государства трудоустройства.

В то же время, пользуясь предоставленными правами, трудящиеся государства-члена и члены семей обязаны соблюдать законодательство государства трудоустройства, уважать культуру и традиции народов государства трудоустройства, нести ответственность за совершенные правонарушения в соответствии с законодательством государства трудоустройства.

Несмотря на достаточно широкий перечень прав, установленных ст. 97 и ст. 98 Договора о Евразийском экономическом союзе для трудящихся из стран-членов, по ряду вопросов Соглашение не соответствует уровню трудовых гарантий для трудящихся-мигрантов, установленных в Международной конвенции ООН о защите прав всех трудящихся-мигрантов и членов их семей 1990 года и Конвенциях МОТ 1949 и 1975 годов.

5. Трудовое право Европейского Союза

Трудовое право ЕС формировалось одновременно с развитием и учетом особенностей коммунитарного права (права Европейских Сообществ), а также национального трудового законодательства государств-членов.

Суд ЕС в своих ранних решениях определил, что нормам права ЕС свойственны специфические квалификационные характеристики – прямое действие, верховенство, интегрированность в национальные системы права государств-членов и юрисдикционная защита соответствующими судебными учреждениями.

Понятие европейского права включает в себя также правовые нормы, регулирующие взаимоотношения Европейского союза с третьими государствами и международными организациями (внешнее европейское право).

После вступления в силу Лиссабонского договора в 2009 году, учитывая поглощение Европейских Сообществ Европейским Союзом, можно говорить непосредственно о праве Европейского Союза. Согласно статье первой Договора о Европейском Союзе в редакции Лиссабонского договора Союз заменяет собой Европейское Сообщество и является его правопреемником. На настоящий момент существует единое право Европейского Союза. Право Европейских Сообществ, за исключением права Евратома, представляет собой теперь зафиксированные достижения интеграционного объединения – Европейского Союза. Акты, образующие основу права Сообществ в силу правопреемства, обретают статус источников права Европейского Союза.

Право Европейского Союза сосредотачивается на регулировании общественных отношений непосредственно в рамках наднационального образования и исполняется через национальное право входящих в состав Союза государств.

Трудовое право ЕС рассматривается исходя из понимания права ЕС, как самостоятельной автономной системы юридических норм, регулирующих отношения в рамках ЕС, а также создаваемых в связи с образованием и функционированием Европейских Сообществ и Европейского Союза,

действующих и применяемых на основе и в соответствии с учредительными договорами и общими принципами права ЕС.

С этой точки зрения трудовое право Европейского Союза – это совокупность взаимосвязанных правовых норм, регулирующих самостоятельную, качественно своеобразную сферу трудовых отношений в Европейском Союзе и требующих особой юридически автономной регламентации. Нормы трудового права ЕС представлены соответствующими его источниками, регламентирующими отношения субъектов в данной области. Трудовое право ЕС возникло и формировалось в соответствии с учредительными договорами и общими принципами права ЕС, с учетом особенностей последнего.

Система трудового права Европейского Союза определяется как совокупность юридических норм, составляющих единое целое, состоящее из взаимосвязанных элементов, включает такие институты, как допроизводственные отношения (трудоустройство), индивидуальные и коллективные трудовые отношения, свободу передвижения работников, охрану труда, регулирование труда отдельных категорий работников. Сфера трудового права ЕС включает в себя индивидуальное трудовое право, направленное на регулирование защиты прав работника в случае банкротства работодателя, незаконного увольнения, смены собственника предприятия, охраны и гигиены труда, обеспечения гендерного равенства, защиты трудовых прав работников определенных профессий и социальных групп.

Одновременно в предмет трудового права ЕС входит и коллективное трудовое право, включающее в себя деятельность европейских производственных советов, участие работников в принятии решений и управлении делами предприятий, вопросы коллективных переговоров. Отдельным институтом трудового права выступает блок норм по обеспечению свободного передвижения работников на территории ЕС, их трудоустройства, предоставляемых правах и гарантиях.

Предметом трудового права ЕС является не сам по себе труд, а трудовые отношения и иные тесно связанные с ними отношения между работниками и работодателями, регулируемые национальными государственными структурами и институтами, органами и учреждениями ЕС. Сами по себе трудовые отношения складываются как в процессе производства материальных и иных благ, так и в сфере услуг, где применяется труд работника. Трудовое право ЕС регулирует общественные отношения, складывающиеся в процессе функционирования рынка труда ЕС, организации и применении наемного труда, осуществлении коллективных действий работниками на предприятиях и в учреждениях.

Трудовое право государств-членов можно разделить на трудовое право стран континентальной Европы и англосаксонской правовой системы. Критериями разделения трудового права на группы являются особенности

источников, роль и правовое положение профсоюзных организаций, условия и порядок заключения и регулирования трудового договора.

Например, в Великобритании под трудовыми отношениями понимаются промышленные отношения, возникающие между объединениями работников, профсоюзов и руководством предприятий или компаний. Во Франции трудовые отношения подразумевают вовлечение государственных структур в процесс согласования интересов работников и работодателей. В Германии важная роль в становлении трудовых отношений отводится производственным советам, контролирующим взаимодействие работника и работодателя.

Таким образом, в национальном законодательстве государств ЕС существует принципиально различное понимание трудовых отношений. В некоторых странах данное определение исчерпывающее, а в некоторых и вовсе отсутствует.

Определяющее значение для трудовых отношений на наднациональном уровне принадлежит ст. 45 Договора о функционировании ЕС, установившей свободу передвижения работников с целью трудоустройства в другом государстве-члене ЕС.

Европейская комиссия настаивает на том, что единое понятие трудовых отношений на уровне ЕС необходимо. В то же время Суд ЕС постановил, что содержание трудовых отношений должно определяться самими государствами ЕС. В соответствии со ст. 153 Лиссабонского договора о функционировании ЕС, Союз может лишь поддерживать и дополнять деятельность государств-членов в сфере трудового права и в связи с этим положением, не вправе вводить единое понятие трудовых отношений.

Институты ЕС выбрали тактику поступательного движения к гармонизации трудовой сферы. Согласно пункту 2 статьи 153 Договора о функционировании ЕС Европейский парламент и Совет ЕС посредством директив могут устанавливать минимальные требования, вводимые в действие постепенно, с учетом имеющихся в каждом государстве-члене особенностей. Объем нормативных актов, регулирующих данную область, с каждым годом возрастает. Суд ЕС, в свою очередь, принимает все больше решений в пользу Союза, обязывая тем самым государства к более четкому и строгому следованию предписаниям норм права ЕС.

Согласно статье 4 Договора о функционировании ЕС (пункт 2) совместная компетенция Европейского Союза и государств-членов распространяется, в том числе, и на социальную политику применительно к аспектам, определенным в Договоре. В ст. 9 Договора подчеркивается, что при определении и осуществлении своей политики и деятельности Евросоюз должен учитывать потребности в содействии высокому уровню занятости, в обеспечении социальной защиты, в борьбе с социальной маргинализацией.

Таким образом, нормы трудового права ЕС образуют общую платформу для обеспечения целостного и однородного понимания трудовых

прав, выходящих за рамки национального трудового законодательства. Необходимо также отметить наличие определенных принципов трудового права ЕС, закрепленных в актах первичного и вторичного права ЕС. Для трудового права Евросоюза наиболее значимыми принципами являются принцип социальной справедливости, принцип равноправия, принцип недискриминации, принцип равной оплаты за равный труд.

Важно также отметить и действие общепризнанных принципов международного трудового права в ЕС. В частности, речь идет о Декларации Международной организации труда «Об основополагающих принципах и правах в сфере труда и механизм ее реализации», принятой в 1998 году на 86-й сессии МОТ. Можно констатировать, что трудовое право ЕС сформировалось под воздействием национальных правовых систем государств-членов и одновременно само постепенно стало оказывать влияние на регулирование трудовой сферы государств Евросоюза.

Цели, задачи и функции трудового права ЕС направлены на решение таких актуальных проблем, как достижение социального мира, повышение качества жизни людей, обеспечение достойной заработной платы, благоприятных условий труда, предотвращение социального демпинга. Поставленные глобальные цели и задачи раскрываются в учредительных договорах ЕС. В Преамбуле Договора о ЕС (в редакции Лиссабонского договора) государства подтверждают свою приверженность основным социальным правам, закрепленным в Европейской социальной хартии 1961 г. и Хартии Сообщества об основных социальных правах работников 1989 г., заявляют о стремлении к содействию экономическому и социальному прогрессу своих народов. Согласно статье 3 (пункт 3) Договора Союз предпринимает все необходимые меры по обеспечению конкурентоспособной социальной рыночной экономики, в рамках которой будет реализовываться полная занятость и социальный прогресс. Проведенная реформа Лиссабонским договором всего устройства Евросоюза положительно отразилась на развитии, в том числе, и трудового права ЕС. Так, Европейской комиссии предписывается более тщательная проработка механизмов использования Открытого метода координации по улучшению показателей занятости и условий труда (ст. 156 Договора о функционировании ЕС). Согласно статье 152 Договора на уровне ЕС признается и поощряется деятельность социальных партнеров. Трехсторонний социальный саммит с участием представителей от государств, предпринимателей и профсоюзов проводится каждый год. Статья 48 Договора предписывает Европейскому парламенту и Совету принимать меры по социальному обеспечению прав работников-мигрантов.

При анализе свойств норм трудового права Евросоюза необходимо учитывать и черты, характерные для норм права ЕС в целом, как самостоятельной правовой системы, не идентичной ни национальному, ни международному правопорядкам.

6. Правовое регулирование труда иностранцев в Республике Беларусь

Правовое регулирование труда иностранцев в Республике Беларусь осуществляется Трудовым кодексом, Законом Республики Беларусь «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» №105-З от 4 января 2010 года (в редакции последующих Законов), Законом Республики Беларусь «О внешней трудовой миграции» №225-З от 30 декабря 2010 года (в редакции Законов Республики Беларусь от 04.06.2015 №268-З, 05.01.2016 №353-З) и иными нормативно-правовыми актами.

В отношении иностранцев действует положение ст. 11 Конституции Республики Беларусь, устанавливающей национальный режим применительно к их правам и обязанностям, который распространяется и на сферу трудовых отношений с участием иностранцев. В Трудовом кодексе не выделено специально регулирование трудовых отношений с участием иностранцев, но права и обязанности, содержащиеся в Кодексе, в полном объеме действуют и в отношении иностранцев в случае их трудовой деятельности на территории Республики Беларусь.

В соответствии со ст. 11 Закона Республики Беларусь от 4 января 2010 года «О правовом положении иностранных граждан и лиц без гражданства в Республике Беларусь» постоянно проживающие в Республике Беларусь иностранцы имеют право заниматься трудовой и предпринимательской деятельностью наравне с гражданами Республики Беларусь в порядке, установленном законодательными актами, с учетом ограничений, которые действуют для иностранцев в отношении занятия должностей, назначение на которые требует принадлежности к гражданству Республики Беларусь. В частности, иностранные граждане не могут быть в Республике Беларусь судьями, занимать должность прокурорского работника, следователя, нотариуса, должностного лица таможенных органов.

Для временно пребывающих и временно проживающих иностранцев порядок занятия трудовой деятельностью определяется специальными законодательными актами Республики Беларусь.

Временно пребывающие и временно проживающие иностранцы не вправе осуществлять в Республике Беларусь предпринимательскую деятельность без образования юридического лица, если иное не установлено законодательными актами и международными договорами Республики Беларусь.

Непосредственное правовое регулирование труда иностранцев содержится в Законе Республики Беларусь «О внешней трудовой миграции» 2010 года. В Законе дано определение «трудящийся-иммигрант» – это иностранец, не имеющий разрешения на постоянное проживание в Республике Беларусь, въехавший в Республику Беларусь и осуществляющий трудовую деятельность по трудовому договору у нанимателя Республики Беларусь либо осуществляющий такую деятельность.

В качестве основных принципов внешней трудовой миграции в Законе названы добровольность; недопустимость незаконной внешней трудовой миграции; защита рынка труда Республики Беларусь; недопустимость найма трудящихся-эмигрантов и трудящихся-иммигрантов на условиях, унижающих их человеческое достоинство и наносящих вред здоровью; недопустимость дискриминации трудящихся-эмигрантов и трудящихся-мигрантов по каким-либо основаниям; недопустимость подмены трудовых отношений, основанных на трудовых договорах, обязательствами, возникающими из гражданско-правовых договоров Республики Беларусь.

Трудоустройство иностранцев в Республике Беларусь может осуществляться как при содействии юридических лиц, индивидуальных предпринимателей или иностранных организаций, оказывающих услуги по подбору персонала, так и самостоятельно.

В Законе «О внешней трудовой миграции» названы следующие условия трудовой деятельности трудящихся-мигрантов в Республике Беларусь:

1) если занятие свободных рабочих мест (вакансий) не может быть обеспечено гражданами и иностранцами, постоянно проживающими в Республике Беларусь;

2) получение трудящимися-иммигрантами специального разрешения и заключение трудового договора.

Закон предусматривает возможность установления Советом Министров Республики Беларусь с учетом государственных интересов и ситуации на рынке труда Республики Беларусь квот на привлечение иностранцев в Республику Беларусь для осуществления трудовой деятельности.

Наниматель Республики Беларусь обязан получить разрешение на привлечение иностранной рабочей силы, если количество иностранцев у нанимателя превышает десять человек.

Порядок получения разрешения на привлечение иностранной рабочей силы определен в Инструкцию о порядке организации работы по выдаче разрешения на привлечение в Республику Беларусь иностранной рабочей силы, специального разрешения на право занятия трудовой деятельностью в Республике Беларусь, внесения в них изменений, однократного продления срока их действия и их аннулирования, утвержденной постановлением Министерства внутренних дел от 24 июня 2016 года №173 «О порядке выдачи разрешительных документов на право осуществления трудовой деятельности в отношении иностранных граждан или лиц без гражданства».

Для получения разрешения, внесения в него изменений, однократного продления срока его действия наниматель Республики Беларусь либо его представитель подает в Департамент по гражданству и миграции заявление, а также другие документы, предусмотренные перечнем административных процедур. Выдача разрешения осуществляется Департаментом по гражданству и миграции при наличии заключения о возможности привлечения в Республику Беларусь иностранцев для осуществления трудовой

деятельности на ее территории комитета по труду, занятости и социальной защите областных, Минского городского исполнительных комитетов. Заключение выдается по запросу Департамента по гражданству и миграции в орган по труду, занятости и социальной защите по месту нахождения (регистрации по месту жительства) нанимателя Республики Беларусь.

Подразделение по гражданству и миграции по итогам рассмотрения заявления принимает одно из следующих административных решений: об отказе в принятии заявления; о выдаче (однократном продлении срока действия, внесении изменений) специального разрешения; об отказе в выдаче (однократном продлении срока действия, внесении изменений) специального разрешения. Специальное разрешение выдается подразделением по гражданству и миграции по установленной форме, имеющей степень защиты.

Разрешение оформляется в двух экземплярах, один из которых выдается нанимателю Республики Беларусь либо его представителю под роспись, второй экземпляр хранится в подразделении по гражданству и миграции.

Не требуются разрешения при найме высококвалифицированных работников-иностранцев и иностранца-руководителя коммерческой организации, если он участвовал в ее создании в качестве собственника имущества, учредителя, участника (ч. 1 ст. 26 Закона о миграции).

Высококвалифицированный работник – это иностранец обладающий высоким уровнем профессиональных знаний, умений и навыков, подтвержденным документами об образовании и стажем работы по специальности не менее 5 лет и величина месячной заработной платы которого согласно условиям трудового договора превышает 15-кратную величину месячной минимальной заработной платы, установленной в Республике Беларусь (абз. 3 ст. 1 Закона о миграции).

Также не требуется разрешения работникам-иностранцам, являющимся гражданами государств-участников Евразийского экономического союза.

Разрешение на привлечение иностранной рабочей силы нанимателю необходимо получить в случае трудоустройства более 10 иностранцев (ч. 1 ст. 26 Закона о миграции).

Прием на работу иностранцев без специального разрешения влечет к административной ответственности нанимателей.

Наниматель обязан заключить трудовой договор с трудящимся-иммигрантом. В договоре, помимо сведений и условий, предусмотренных частью второй ст. 19 Трудового кодекса Республики Беларусь, также должны быть определены:

- порядок, условия прекращения, изменения и продления трудового договора;
- условия переезда в Республику Беларусь, питания, проживания, медицинского обслуживания трудящегося-мигранта.

Трудовой договор должен быть заключен в письменной форме на русском или белорусском языке, а также на родном или понятном для трудящегося-иммигранта языке.

Трудящимся-иммигрантам при осуществлении трудовой деятельности в Республике Беларусь гарантируется:

- равное с гражданами и иностранцами, постоянно проживающими в Республике Беларусь, вознаграждение за труд равной ценности;
- выплаты, предусмотренные законодательными актами для граждан в связи с утратой ими здоровья, профессиональной трудоспособности или их смертью вследствие несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний;
- информирование подразделениями по гражданству и миграции трудящихся-иммигрантов о правовом положении иностранцев в Республике Беларусь;
- получение в государственных органах информации о законодательстве Республики Беларусь.

Взимание налогов с трудящихся-иммигрантов производится в соответствии с налоговым законодательством Республики Беларусь, в том числе международными договорами Республики Беларусь. Республикой Беларусь заключен ряд межправительственных соглашений об избежании двойного налогообложения, сфера регулирования которых охватывает и доходы, получаемые от трудовой деятельности за рубежом.

Закон Республики Беларусь «О внешней трудовой миграции» в качестве прав трудящихся-мигрантов определяет:

- доступное медицинское обслуживание за счет собственных средств, средств нанимателей и иных источников;
- пенсионное обеспечение в соответствии с международными договорами Республики Беларусь;
- беспрепятственный перевод за пределы Республики Беларусь заработанных денежных средств в порядке, определенном законодательством Республики Беларусь;
- ввоз в Республику Беларусь инструментов и оборудования, необходимых для исполнения трудовых обязанностей;
- осуществление иных прав в соответствии с законодательством Республики Беларусь.

К обязанностям трудящегося-мигранта относятся:

- соблюдать законодательство Республики Беларусь;
- иметь разрешение на трудовую деятельность;
- выехать за свой счет из Республики Беларусь после прекращения трудового договора, если не имеется иных оснований для пребывания в Республике Беларусь, за исключением случаев досрочного расторжения трудового договора по требованию трудящегося-иммигранта в связи с нарушением нанимателем законодательства Республики Беларусь о труде;

– исполнять другие обязанности в соответствии с законодательством Республики Беларусь.

Если провести сравнение законодательства Республики Беларусь, регулирующего труд иностранцев и нормы международных конвенций, то следует признать, что в белорусском законодательстве не нашли отражения такие важные моменты по регулированию труда иммигрантов, как предельный срок пребывания трудящихся-иммигрантов в стране, участие в профсоюзах и, соответственно, коллективная защита трудовых прав, возможность въезда в страну семьи иммигранта и др.

7. Правовое регулирование труда граждан Республики Беларусь за рубежом

В силу сложившейся еще в годы прошлого столетия социально-экономической ситуации в стране граждане Республики Беларусь активно занимаются поисками работы в сопредельных странах и, в первую очередь, в России, куда направляется основной поток трудящихся-иммигрантов из Беларуси.

В ст. 1 Закона Республики Беларусь «О внешней трудовой миграции» 2010 года содержится определение трудящегося-эмигранта – это гражданин Республики Беларусь или иностранец, постоянно проживающий в Республике Беларусь и выезжающий за пределы Республики Беларусь для трудоустройства и осуществления трудовой деятельности у иностранного нанимателя по трудовому договору.

В главе 3 Закона содержится подробное регулирование трудоустройства за рубежом граждан и иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь.

Трудоустройство граждан Республики Беларусь и иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь, за рубежом возможно двумя путями: при содействии юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, имеющих специальную лицензию, выданную Департаментом по гражданству и миграции Министерства внутренних дел на ведение такого рода деятельности, и самостоятельно.

На 01.03.2018 лицензии на трудоустройство имели 170 субъектов Республики Беларусь (у трех субъектов лицензии приостановлены). Информацию о них можно получить на сайте Министерства внутренних дел. При обращении за услугами по трудоустройству к фирмам необходимо выяснить, на какие страны и на какие профессии у них открыта лицензия. Услуги фирмы по трудоустройству за границей подлежат оплате после заключения трудового контракта с иностранным работодателем. Необходимо получить документ, подтверждающий оплату услуг фирмы по трудоустройству, что дает основание в случае не выполнения условий, которые рекламировались посредником, через суд возместить материальные и моральные потери. Главное требование для желающих выехать на заработки

за границу – наличие рабочей визы государства трудоустройства, которая дает право законно заниматься трудовой деятельностью в течение определенного срока.

В ранее действовавшем Законе Республики Беларусь «О трудовой миграции» 1998 года самостоятельное трудоустройство не называлось в качестве возможного способа трудовой миграции для граждан Республики Беларусь. На практике же абсолютное большинство граждан Республики Беларусь выезжали и выезжают на работу за пределы Республики Беларусь самостоятельно, хотя такой способ трудоустройства является весьма рискованным. Очевидно, допущение самостоятельного трудоустройства в новом Законе – это признание сложившейся практики в трудовой эмиграции граждан Республики Беларусь.

При самостоятельном выезде для трудоустройства за пределы Республики Беларусь граждане и иностранцы, постоянно проживающие в Республики Беларусь, вправе уведомить подразделения по гражданству и миграции по месту жительства о выезде за пределы Республики Беларусь для трудоустройства, а в случае заключения трудового договора с иностранным нанимателем, до выезда в государство трудоустройства – представить его копию (ст. 12).

Следует отметить, что действующий Закон «О внешней трудовой миграции» 2010 года не устанавливает обязанность для лица уведомлять подразделения миграции о выезде за пределы Республики Беларусь для трудоустройства. Очевидно, что законодатель понимает всю сложность введения обязательного контроля за процессом трудовой миграции. Однако и выезжающие за рубеж граждане Беларуси и лица, постоянно проживающие в Беларуси должны осознавать всю сложность и риски самостоятельного трудоустройства.

В ч. 2 ст. 13 Закона 2010 года установлено, что трудовая деятельность трудящихся-эмигрантов в государстве трудоустройства осуществляется в соответствии с законодательством государства трудоустройства, что соответствует основной коллизионной привязке в трудовом праве (*lex loci laboris*).

Новым положением в Законе является норма о праве трудящихся-эмигрантов, являющихся гражданами или лицами без гражданства, постоянно проживающими на территории Республики Беларусь, на защиту и покровительство со стороны Республики Беларусь в государстве трудоустройства, которая должна осуществляться дипломатическими и консульскими учреждениями Республики Беларусь.

Устройство граждан Республики Беларусь на работу возможно при посредничестве юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, получивших лицензию на данный вид деятельности. Указанные лица при осуществлении деятельности по трудоустройству белорусских граждан и лиц постоянно проживающих в Беларуси в иностранных государствах обязаны:

– заключать договоры о трудоустройстве или о содействии в трудоустройстве;

– обеспечивать заключение иностранными нанимателями трудовых договоров с трудящимися-эмигрантами либо заключать трудовые договоры с трудящимися-эмигрантами по поручению иностранного нанимателя от своего имени;

– регистрировать договоры о трудоустройстве и трудовые договоры, заключенные с трудящимися-эмигрантами в подразделениях по гражданству и миграции в месячный срок после их заключения;

– выдавать трудящимся-эмигрантам до отъезда в государство трудоустройства один экземпляр трудового договора, зарегистрированного в подразделениях по гражданству и миграции;

– формировать и вести банк данных о гражданах и иностранцах, постоянно проживающих в Республике Беларусь, обратившихся к ним с целью трудоустройства за границей.

Одно из самых популярных направлений для трудовой миграции среди белорусов – Республика Польша. Для того чтобы легально работать на территории Польши, необходимо до отъезда, еще в Беларуси найти польского работодателя, который должен прислать приглашение на работу (*Oświadczenie o zamiarzerpowierzeniawykonywaniapracy*). Приглашение на работу наниматель оформляет сам, стоит этот документ 30 злотых (около 8 долл.). Если трудовой мигрант рассчитывает работать на территории Польши более 6 месяцев, то наниматель должен получить на него разрешение на работу – (*Zezwolenienaprace*), которое выдается бесплатно. Желательно до отъезда в Польшу подписать трудовой договор с работодателем. Подписание такого документа не является обязательным требованием при трудоустройстве, однако это предоставляет дополнительные важные гарантии, поскольку в Польше работодатель может не подписать трудовой договор вообще или подписать, но не отдать его на руки работнику, либо изменить условия труда и сумму заработной платы.

После получения приглашения на работу в обязательном порядке необходимо получить польскую рабочую визу, при этом не имеет значения, сколько человек будет работать – неделю, месяц или год. Трудоустройство по туристической визе или по иному типу визы за исключением рабочей, в Польше является нелегальным. Получить рабочую визу в консульстве Польши можно самостоятельно или обратиться в специальную фирму. Белорусы и все обладатели Карты поляка получают польскую национальную визу типа D (рабочая) бесплатно.

В ст. 20 Закона 2010 года регулируется трудоустройство за пределами Республики Беларусь по студенческим программам. Названное трудоустройство имеет следующие особенности:

– осуществляется юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями на основании договора о трудоустройстве, содержащего положения о взаимных обязательствах сторон о возвращении в Республику Беларусь после окончания срока действия трудового договора граждан и

иностранцев, которые трудоустроены за пределами Республики Беларусь по студенческим программам;

– трудовой договор заключается на срок не более трех месяцев;

– необходимо заключение Министерства образования Республики Беларусь о возможности трудоустройства за пределами Республики Беларусь граждан и иностранцев, постоянно проживающих в Республике Беларусь, по студенческим программам, которое дается в порядке, определенном Советом Министров Республики Беларусь.

Беларусь активно развивает экономическое сотрудничество со многими странами мира. В ряде случаев такое сотрудничество предполагает осуществление проектов в странах-партнерах белорусскими предприятиями и организациями. С 2013 по 2017 годы усилиями белорусских специалистов был реализован самый крупный зарубежный проект Беларуси – строительство горно-обогатительного комбината мощностью 1,4 миллиона тонн хлорида калия в год на базе Гарлыкского месторождения калийных солей в Лебапском велаяте Туркменистана. На Сахалине белорусские строители возвели агрогородок вместе с современной роботизированной молочной фермой. В ряде государств машиностроительные предприятия Беларуси создают производства для сборки выпускаемой ими техники на местах. Осуществление таких проектов требует направления за рубеж значительного количества белорусских специалистов и рабочих. Для регулирования их труда применяется белорусское трудовое право, поскольку такая трудовая деятельность рассматривается как зарубежная командировка. Трудовые контракты в случае зарубежной командировки заключаются в Беларуси и важнейшие условия, связанные с оплатой труда, социальным обеспечением, определяются белорусским правом. Однако находясь за границей, белорусские специалисты и рабочие подчиняются режиму рабочего времени и времени отдыха, установленному на предприятиях, где они фактически работают, в каком бы качестве они ни выступали.

8. Социальное обеспечение трудящихся-мигрантов

Допуская труд иностранцев в государстве, законодатель обязан гарантировать их социальное обеспечение. В соответствии с Конвенцией МОТ №97 о трудящихся-мигрантах (пересмотренной в 1949 году) государства-члены обязались предоставлять социальное обеспечение трудящимся-мигрантам, под которым подразумеваются выплаты при несчастных случаях на производстве, по болезни, инвалидности, старости, смерти, безработице. Помимо этого могут существовать особые соглашения для сохранения уже приобретенных прав или прав, находящихся в процессе приобретения. Законодательство страны иммиграции может предписывать особые положения, касающиеся пособий или их части, покрываемых полностью из общественных фондов и пособий, выплачиваемых лицам, не отвечающим условиям, необходимым для получения нормальной пенсии.

В Соглашении о сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов стран СНГ 1994 года установлено право трудящихся-мигрантов пользоваться социальным страхованием и социальным обеспечением (кроме пенсионного) в соответствии с действующим законодательством на территории страны трудоустройства, если иное не предусмотрено специальным соглашением. Медицинское обслуживание мигрантов осуществляется за счет работодателя страны трудоустройства.

В п.3 ст. 98 Договора о Евразийском экономическом союзе установлено право трудящихся и членов их семей государств-членов Союза на социальное обеспечение (социальное страхование) (кроме пенсионного) на тех же условиях и в том же порядке, что и граждан государства трудоустройства. Трудовой (страховой) стаж трудящихся государств-членов засчитывается в общий трудовой (страховой) стаж для целей социального обеспечения (социального страхования), кроме пенсионного, в соответствии с законодательством государства трудоустройства. Пенсионное обеспечение трудящихся и членов их семей определяется законодательством государства постоянного проживания, а также в соответствии с отдельным международным договором, действующим между государствами-членами.

Право трудящихся государств-членов и членов семей на получение скорой медицинской помощи (в экстренной и неотложной формах) и иной медицинской помощи регулируется в соответствии с Протоколом об оказании медицинской помощи трудящимся государств-членов и членам их семей, содержащемся в Приложении №30 к Договору, а также законодательством государства трудоустройства и международными договорами, участником которых оно является.

В соответствии с Протоколом, государства-члены на своей территории предоставляют трудящимся государств-членов и членам их семей права на получение бесплатной скорой медицинской помощи (в экстренной и неотложной формах) в том же порядке и на тех же условиях, что и собственным гражданам.

Скорая медицинская помощь (в экстренной и неотложной формах) оказывается трудящимся государств-членов и членам их семей медицинскими организациями (учреждениями здравоохранения) государственной и муниципальной систем здравоохранения государства трудоустройства бесплатно, независимо от наличия медицинского страхового полиса.

В случае продолжения лечения пациента в медицинской организации государства трудоустройства после устранения непосредственной угрозы его жизни или здоровью окружающих оплата фактической стоимости оказанных услуг осуществляется непосредственно пациентом или из иных источников, не запрещенных законодательством государства трудоустройства, по тарифам или договорным ценам.

Согласно п.8 ст. 98 Договора о Евразийском союзе дети трудящихся-мигрантов имеют право на посещение дошкольных учреждений, получение образования в соответствии с законодательством государства трудоустройства.

По требованию трудящегося государства-члена работодатель обязан на безвозмездной основе выдать ему справку и заверенную копию справки с указанием профессии (специальности, квалификации и должности), периода работы и размера заработной платы в сроки, установленные законодательством государства трудоустройства.

Примерно таким же образом разрешаются вопросы социального обеспечения трудящихся-мигрантов в межправительственных соглашениях Республики Беларусь с Российской Федерацией, Арменией и Азербайджаном.

С Литовской Республикой заключен отдельный Договор о социальном обеспечении 1994 года, ратифицированный Республикой Беларусь 9 ноября 1999 года, который предусматривает следующие виды социального обеспечения: пособия по временной нетрудоспособности, пенсии по инвалидности, пенсии по возрасту, пенсии за выслугу лет, пенсии по случаю потери кормильца, возмещение вреда, пособия по безработице, пособия на погребение, семейные пособия. Договор распространяется на лиц, постоянно проживающих на территории одной из стран, если они не являются гражданами этой страны.

Применимым законодательством является право страны, на территории которой лицо работает по найму или самостоятельно занимается трудовой деятельностью.

Политика государств СНГ в пенсионном обеспечении иностранных граждан была определена в Соглашении о гарантиях прав граждан государств-участников СНГ в области пенсионного обеспечения от 13 марта 1992 года.

Соглашение исходит из положения, что пенсионное обеспечение граждан государств-участников Соглашения и членов их семей осуществляется по законодательству государства, на территории которого они проживают. Все расходы, связанные с осуществлением пенсионного обеспечения по Соглашению, несет государство, предоставляющее обеспечение. Взаимные расчеты не производятся, если они не предусмотрены двусторонними соглашениями между государствами. Назначение пенсий гражданам государств-участников Соглашения производится по месту жительства. Для установления права на пенсию, в том числе пенсию на льготных основаниях и выслугу лет, учитывается трудовой стаж, приобретенный на территории любого из этих государств, а также на территории бывшего СССР.

При переселении пенсионера в пределах государств-участников Соглашения выплата пенсий по прежнему месту жительства прекращается, если пенсия того же вида предусмотрена законодательством государства

по новому месту жительства пенсионера. Размер пенсии пересматривается в соответствии с законодательством государства-участника Соглашения.

Необходимые для пенсионного обеспечения документы, выданные в одном из государств СНГ и государствах, входивших в состав СССР (Латвия, Литва, Эстония), принимаются на территории государств-участников Соглашения без легализации. Вопросы, не урегулированные в Соглашении, государства-участники разрешают путем переговоров.

ГЛАВА 13

Разрешение споров в частноправовых отношениях

1. Понятие международного арбитража и его виды

1. Под международным арбитражем понимается рассмотрение споров, возникающих при проведении внешнеэкономических сделок, осуществлении инвестиций за рубежом, международных перевозках и т.д. в третейских судах, избираемых или специально создаваемых субъектами хозяйствования разных государств. Главное отличие международного арбитража связано с органами, рассматривающими спор, которые относятся к третейским судам, не входящим в государственную судебную систему.

Третейские суды по гражданским делам возникли еще в Древнем мире. Так, должность третейского судьи упоминалась в римских Законах XII таблиц (V в. до н.э.). Византийский император Юстиниан (527-565 гг.) наделил решения третейских судов юридической силой наравне с решениями государственных судов. В Средние века третейские суды существовали при купеческих гильдиях, где разрешали споры между представителями данного сословия.

В Статуте Великого княжества Литовского 1588 года наряду с государственными судами назывался «полюбовный суд» – это третейский суд, который рассматривал гражданские споры. Название суда очень точно отражает его сущность и главную цель – полюбовно, т.е. бесконфликтно, миролюбиво, взаимоприемлемо решить спор между сторонами. В качестве судей в нем выступали комиссары, назначаемые из лиц того сословия, к которому принадлежали спорящие стороны.

В Европе в XVIII–XIX веках произошло формирование международного коммерческого арбитража, разбиравшего споры между субъектами государств европейских стран.

Новый этап развития международного арбитража связан с возникновением в отдельных странах специального негосударственного института, занимающегося развитием и поощрением межгосударственной торговли – торговых палат, которые, наряду с содействием товарообороту между государствами, взяли на себя функцию разрешения споров между представителями разных стран. В июне 1914 года была образована Международная

торговая палата в Париже, при которой был учрежден Международной арбитражный суд, являющийся одним из наиболее авторитетных арбитражных органов в настоящее время. В других странах арбитражные суды были созданы в дальнейшем по примеру Международной торговой палаты, как правило, при национальных торгово-промышленных палатах.

Учреждение международных арбитражных судов при торгово-промышленных палатах свидетельствует о том, что международный арбитраж рассматривается как средство развития и поощрения торговли. Практика показывает, что участники внешнеэкономической деятельности предпочитают избирать арбитражные суды в качестве мест рассмотрения возможных споров.

Предпочтение международного коммерческого арбитража государственным судам связано с рядом факторов, среди которых наиболее значимы следующие:

- более высокая степень доверия участников внешнеэкономической деятельности к международному арбитражу в силу возможности избрания арбитров самими сторонами;

- возможность привлечения в качестве арбитров не только юристов, но и специалистов в сложных областях хозяйственных отношений, что повышает профессионализм арбитража;

- более быстрое по времени рассмотрение споров по сравнению с государственным правосудием, поскольку арбитражи создаются специально для решения конкретного дела и не отвлекаются от процесса его разрешения;

- арбитражное решение окончательное и не подлежит обжалованию, хотя в исключительных случаях возможно ходатайство об отмене или аннулировании решения;

- арбитраж избавлен от формализма в вопросах процедуры и проводится без участия публики, что позволяет сохранить конфиденциальность рассмотрения спора и не подвергает риску деловую репутацию сторон;

- как правило, арбитражное разбирательство спора является более дешевым по сравнению с государственным;

- арбитражное решение легче исполнить в иностранном государстве в результате действия Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, подписанной в Нью-Йорке 10 июня 1958 года, в которой участвует в настоящее время более 130 государств мира.

Все эти преимущества, признаваемые деловыми кругами за арбитражем, способствуют тому, что около 80% всех мировых внешнеэкономических контрактов содержат указание на арбитражное рассмотрение возможных споров.

В международной практике сложились два вида арбитражных судов: изолированные арбитражные суды и институциональные постоянно действующие арбитражные суды.

Изолированные арбитражные суды создаются сторонами специально для рассмотрения конкретного спора. Такие суды называются судами *ad hoc* (буквально – «для чего», «для данного случая»). Стороны сами определяют порядок создания изолированного арбитража и регламент его деятельности. После вынесения решения изолированный арбитраж прекращает свое существование.

Постоянно действующие арбитражные суды создаются, как уже отмечалось, обычно при торгово-промышленных палатах государств, но могут учреждаться и при других негосударственных организациях или иметь самостоятельный статус, как, например, Американская ассоциация арбитров в США. Главным отличием постоянно действующих арбитражей является наличие у них собственного регламента или положения, регулирующих производство дел, а также списка арбитров, из которых стороны выбирают арбитров для рассмотрения конкретного дела.

2. Главные центры международного коммерческого арбитража

В мире насчитывается более 100 постоянно действующих арбитражей, наиболее известными и авторитетными среди которых являются Международный арбитражный суд Международной торговой палаты в Париже, Арбитражный институт Торговой палаты в Стокгольме, Американская ассоциация арбитров, Лондонский Международный Третейский суд.

Международный арбитражный суд Международной торговой палаты (МАС МТП, ICC International Court of Arbitration) действует с 1923 г. и является одним из наиболее известных мировых центров арбитражного разрешения споров. Основой деятельности МАС МТП является Регламент, действующий в обновленной редакции с 1 января 2012 г. (старая редакция действовала с 1 января 1998 г.). Причины изменения Регламента: развитие практики арбитражного рассмотрения споров, изменения потребностей бизнеса, быстрое развитие информационных технологий. Внесенные изменения коснулись следующих вопросов:

- введено положение о рассмотрении споров, основанных на нескольких контрактах, где присутствует несколько независимых представителей на стороне кредитора или должника;
- допускается срочное назначение арбитра при необходимости принятия неотложных мер;
- упрощена процедура рассмотрения споров, возникающих из инвестиционных соглашений;
- внесены изменения по сокращению времени рассмотрения спора и расходов на него.

Регламент состоит из четырех частей: собственно правил производства, Устава Международного арбитражного суда МТП (Приложение 1), внутреннего регламента Международного арбитражного суда (Приложение 2) и Положения об арбитражных сборах (Приложение 3).

Состав Международного суда назначается Советом МТП, Председатель избирается Всемирным Советом. Сам суд не рассматривает непосредственно споры, его функции состоят в том, чтобы обеспечить применение правил, установленных в Регламенте.

Применимое право при рассмотрении споров определено в ст. 17: «1. Стороны обладают свободным усмотрением в отношении выбора норм, применимых Арбитражным судом к существу спора. В отсутствие такого соглашения арбитраж применяет право, которое сочтет соответствующим. 2. Во всех случаях арбитражный суд принимает во внимание положения контракта и относящиеся к делу торговые обычаи. 3. Арбитражный суд может выполнить функции “дружеских посредников” или решить спор *acquiescente*, если стороны договорились наделить его такими полномочиями».

Арбитражный институт при Торговой палате г. Стокгольма (Институт ТПС) действует с 1917 г. и за прошедшее время приобрел высокий авторитет во всем мире в деле арбитражного рассмотрения споров. В период нормализации отношений между СССР и США в 70-е годы XX столетия, получивший название «разрядки», Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма был определен нейтральным центром разрешения споров международного характера в торговле между Востоком и Западом, т.е. между тогдашними социалистическими и капиталистическими странами.

Регламент Арбитражного института был принят Торговой палатой г. Стокгольма 1 января 1998 г. и введен в действие с 1 апреля 1999 г. Институт ТПС также сам непосредственно не разрешает споры, поскольку в его задачи входит:

- содействовать разрешению внутренних и международных споров в соответствии с Регламентом Института Торговой палаты г. Стокгольма;
- содействовать разрешению споров в соответствии с другими правилами, принятыми Институтом.

Руководит Институтом ТПС Правление из шести членов, назначаемых на три года Советом директоров ТПС. Из числа членов Правления Совет директоров назначает Президента и вице-президента.

Применимое право при рассмотрении споров в Регламенте Института ТПС определено таким же образом, как и в Регламенте Арбитража МТП, за исключением п. 2, который устанавливает норму, что любое указание на право конкретного государства должно пониматься как отсылка к материальному праву этого государства, а не его коллизионным нормам.

Американская арбитражная ассоциация (ААА) является одним из старейших арбитражных судов в мире. Деятельность ААА основана на Правилах коммерческого арбитража, последняя редакция которых введена с 15 сентября 2005 г.

Заклучившие письменное арбитражное соглашение стороны считаются согласившимися на применение Правил коммерческого арбитража в той редакции, которая действовала на момент, когда были выполнены ад-

министративные формальности по возбуждению арбитражного разбирательства. Стороны путем письменного соглашения могут изменить процедуры, предусмотренные Правилами. После назначения арбитра такие изменения могут быть произведены только с его согласия. После возбуждения арбитражного разбирательства AAA может передать его ведение любому из своих подразделений (офисов). AAA создает и утверждает Национальный список коммерческих арбитров и в соответствии с Правилами производит их назначение.

Возбуждение разбирательства в соответствии с арбитражной оговоркой в контракте производится путем представления истцом в любое подразделение AAA двух копий требований и двух копий арбитражного соглашения из контракта вместе с уплатой сбора в размере, в зависимости от цены иска.

Возбуждение разбирательства может производиться и путем соглашения о передаче спора на арбитражное рассмотрение. В этом случае в любое подразделение AAA направляются две копии письменного соглашения о передаче спора в арбитраж. На любой стадии разбирательства стороны могут прийти к соглашению по проведению посреднической конференции для достижения соглашения по урегулированию спора. Назначение арбитра производится по соглашению сторон. Если они не могут договориться о кандидатуре арбитра, его назначение производит AAA.

Лондонский Международный Третейский суд (ЛМТС) был учрежден в 1892 г. как Лондонская Арбитражная палата по инициативе Муниципального совета лондонского Сити – крупнейшего делового центра мира. Нынешнее название, установленное в 1981 г., отражает характер деятельности организации, которая заключается в международном арбитраже. В 1986 г. ЛМТС был зарегистрирован в качестве компании с ограниченной ответственностью. Официальными учредителями его являются Лондонская Торгово-промышленная палата и Институт арбитров.

В состав ЛМТС входят двадцать шесть членов, которые являются ведущими юристами-практиками в области международного коммерческого арбитража и представляют важнейшие торговые регионы мира. В 1987 г. ЛМТС ввел понятие советов «потребителей», охватывающих основные торговые регионы мира. К «потребителям» услуг ЛМТС относятся адвокаты, работающие в компаниях, международные адвокаты и адвокатские фирмы, практикующие международные арбитры. В 1989 г. были образованы Европейский совет, Североамериканский совет и Азиатско-Тихоокеанский совет потребителей; в 1990 г. был создан Панафриканский совет.

ЛМТС действует на основе Арбитражного регламента, который постоянно изменяется. С 1985 г. Регламент был адаптирован для использования во всем мире. Последняя редакция действует с 1 января 1998 г. Основная функция Лондонского Международного Третейского суда, который

так же, как и другие европейские арбитражные суды, сам не рассматривает споры, – обеспечение применения Арбитражного регламента.

Для возбуждения арбитражного разбирательства любая из сторон должна обратиться в арбитраж с письменным заявлением, где должны быть отражены следующие позиции: наименование и адреса сторон; копии документов контракта; короткое заявление, в котором излагается характер и обстоятельства спора и указывается содержание исковых требований; если в арбитражном соглашении предусматривается выдвижение кандидатур арбитров сторонами, то должно быть указано полное имя и адрес кандидатуры, выдвигаемой истцом; подтверждение оплаты сбора, установленного в Положении об арбитражных сборах и расходах; подтверждение факта представления копии заявления другим сторонам.

Третейский суд назначает Арбитражный суд для разрешения спора как можно скорее после получения Секретарем заявления.

3. Международные арбитражные регламенты

В деятельности как международных, так и национальных арбитражных судов используется Арбитражный регламент, предложенный Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 1976 году. Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ содержит процессуальные нормы, которые стороны могут использовать для проведения арбитражного разбирательства, связанного с их коммерческими отношениями, также он используется в ходе, как специального арбитража (ad hoc), так и арбитражного разбирательства, проводимого каким-либо специализированным арбитражным учреждением.

В настоящее время существует три разных варианта Арбитражного регламента ЮНСИТРАЛ: 1) вариант 1976 года; 2) пересмотренный вариант 2010 года; и 3) вариант 2013 года, который включает Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров.

Согласно ст. 3 Регламента сторона, возбуждающая арбитражное разбирательство («истец»), направляет другой стороне («ответчик») уведомление об арбитраже. Уведомление об арбитраже должно включать: а) требование о передаче спора на арбитражное разбирательство; б) наименования и адреса сторон; в) ссылку на соответствующую арбитражную оговорку или отдельное арбитражное соглашение; г) ссылку на договор, из которого или в отношении которого возникает спор; д) изложение в общей форме характера спора и определение, в соответствующем случае, размера спорной суммы; е) содержание исковых требований; ж) предложение относительно числа арбитров (то есть, один или трое арбитров, если число не было ранее согласовано сторонами).

Регулирование числа арбитров содержится в ст.5: «Если стороны ранее не согласовали число арбитров (то есть один или трое) и если в тече-

ние 15 дней после получения ответчиком уведомления об арбитраже стороны не договорились о том, что будет лишь один арбитр, то назначаются три арбитра».

Исковое заявление может содержаться в уведомлении об арбитраже. Если оно отсутствует в уведомлении, то в течение срока, устанавливаемого арбитражным судом, истец направляет ответчику и каждому из арбитров исковое заявление в письменной форме. К этому заявлению должна быть приложена копия договора и арбитражного соглашения, если оно не содержится в договоре. Исковое заявление должно включать: а) наименование и адреса сторон; б) изложение обстоятельств, подтверждающих исковые требования; в) спорные вопросы; г) содержание исковых требований (ст.18). В течение срока, устанавливаемого арбитражным судом, ответчик направляет истцу и каждому из арбитров свои возражения по иску. В возражениях по иску должны содержаться ответы в отношении пунктов «в», «с» и «г» искового заявления (ст.19). Сроки для представления письменных заявлений (включая исковое заявление и возражения по иску) не должны превышать 45 дней. Однако арбитражный суд может продлевать сроки, если находит это оправданным.

В соответствии с Регламентом арбитражный суд может вести арбитражное разбирательство таким образом, какой он считает приемлемым. Арбитражный суд принимает решение о том, проводить ли слушания, в ходе которых заслушиваются показания свидетелей, включая свидетелей-экспертов, или осуществлять разбирательство на основании только документов и других материалов. Однако, если какая-либо из сторон на любой стадии процесса заявит просьбу о проведении слушаний с участием сторон, арбитражный суд проводит заседания для заслушивания показаний свидетелей.

Место проведения заседания определяется арбитражным судом с учетом обстоятельств арбитражного разбирательства, если стороны не договорились о месте разбирательства.

По итогам проведения разбирательства выносится арбитражное решение или иное постановление арбитражного суда большинством арбитров. Арбитражное решение излагается в письменной форме и является окончательным и обязательным для сторон. Стороны обязуются выполнять арбитражное решение без промедления. Арбитражное решение может быть опубликовано только с согласия обеих сторон. Копии арбитражного решения, подписанные арбитрами, направляются сторонам.

При вынесении решения арбитражный суд применяет право, которое стороны согласовали как подлежащее применению при решении спора по существу. При отсутствии такого согласия сторон арбитражный суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми. Арбитражный суд выносит решение в качестве «дружеского посредника» или *ex aequo et bono* (на основе справед-

ливости, а не формального закона) лишь в том случае, если стороны прямо уполномочили суд на это и если закон, регулирующий арбитражный процесс, допускает такое арбитражное разбирательство (ст.33).

Регламент допускает возможность для сторон до вынесения арбитражного решения заключить соглашения об урегулировании спора. В таком случае арбитражный суд выносит постановление о прекращении арбитражного разбирательства либо, если об этом просят обе стороны и суд с этим согласен, фиксирует урегулирование в форме арбитражного решения на согласованных условиях.

Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ (в редакции 2010 года) вступил в силу с 15 августа 2010 года. Его принятие было обусловлено необходимостью повышения эффективности арбитража на основе Регламента без изменения первоначальной структуры текста. Новые положения содержат нормы об арбитражном разбирательстве с участием нескольких сторон, вступлении в разбирательство третьих лиц, ответственности и процедуре представления возражений в отношении экспертов, назначенных арбитражным судом. Пересмотрена процедура замены арбитров, требование в отношении разумного размера издержек и механизм рассмотрения вопроса об арбитражных издержках. Также более подробно прописаны положения об обеспечительных мерах в отношении иска.

В 2013 году были приняты Правила ЮНСИТРАЛ о прозрачности в контексте арбитражных разбирательств между инвесторами и государствами на основе международных договоров («Правила о прозрачности»). В связи с принятыми Правилами, в текст Арбитражного регламента (в редакции 2010 года) был добавлен новый п. 4 ст. 1 для введения в действие Правил о прозрачности применительно к арбитражным разбирательствам, возбуждаемым в соответствии с инвестиционным международным договором, который был заключен 1 апреля 2014 года или после этой даты.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже («Типовой закон») принят Комиссией Организации Объединенных Наций по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 21 июня 1985 года. Как отмечается в пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ, Типовой закон был разработан для устранения значительных расхождений национальных законов об арбитраже. Потребность в совершенствовании и гармонизации основывалась на выводах о том, что внутренние законы зачастую неприемлемы для рассмотрения международных дел. Комиссия рекомендовала «всем государствам должным образом принимать во внимание Типовой закон о международном торговом арбитраже, имея в виду желательность единообразия закона о процедурах арбитража и конкретные потребности практики международного торгового арбитража».

По своей структуре Типовой закон состоит из 35 статей, в которых отражены все этапы арбитражного процесса, начиная с арбитражного соглашения и кончая приведением в исполнение арбитражного решения. На

основе Типового закона ЮНСИТРАЛ в 74 государствах мира были приняты национальные законы о международном коммерческом арбитраже. Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 года №279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» (в ред. Закона Республики Беларусь от 27.12.1999 года №344-З) также основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ 1985 года.

В 2006 году принят пересмотренный вариант Типового закона, где появилась статья 2 А следующего содержания: «1) При толковании настоящего Закона надлежит учитывать его международное происхождение и необходимость содействовать достижению единообразия в его применении и соблюдению добросовестности; 2) Вопросы, которые относятся к предмету регулирования настоящего Закона и которые прямо в нем не разрешены, подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых основан настоящий Закон».

Другие существенные изменения Типового закона касаются формы арбитражного соглашения и обеспечительных мер. Относительно формы арбитражного соглашения установлено, что требование о заключении арбитражного соглашения в письменной форме удовлетворяется электронным сообщением. Для регулирования обеспечительных мер при арбитражном разбирательстве предложена новая глава IV А.

Следует отметить, что в Законе Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» 1999 года нормы пересмотренного варианта Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже пока не отражены.

4. Арбитражные и третейские суды в Республике Беларусь

1. В Республике Беларусь действуют три арбитражных суда: Международный арбитражный (третейский) суд при Белорусской торгово-промышленной палате, Арбитражная комиссия при Белорусской универсальной товарной бирже и Палата арбитров при Союзе юристов Беларуси. Названные арбитражные суды относятся к негосударственным учреждениям, призванным урегулировать возникающие споры как белорусских субъектов хозяйствования с зарубежными партнерами, так и только белорусских субъектов. Общей правовой основой деятельности арбитражных судов являются Конституция Республики Беларусь, Закон Республики Беларусь от 9 июля 1999 года № 279-З «О международном арбитражном (третейском) суде» (в ред. Закона Республики Беларусь от 27.12.1999 года № 344-З). Кроме этого все арбитражные суды имеют регламенты, определяющие порядок их деятельности.

2. Международный арбитражный суд при Белорусской торгово-промышленной палате (МАС при БелТПП) основан 12 апреля 1994 года с целью исполнения Республикой Беларусь принятых на себя международных обязательств в сфере внешнеэкономической деятельности. МАС при

БелТПП входит в Европейскую группу международных арбитражных третейских судов и является ведущим учреждением по рассмотрению споров между белорусскими субъектами внешнеэкономической деятельности и их зарубежными партнерами. К компетенции МАС относится рассмотрение следующих споров:

- споры между любыми субъектами права, возникающими из внешнеэкономической деятельности, если местонахождение или место жительства хотя бы одного из этих субъектов находится за границей;

- споры между предприятиями с иностранными инвестициями, созданными на территории Республики Беларусь и споры этих юридических лиц с другими юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями Республики Беларусь;

- споры между иностранными юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями-иностранцами, разные споры экономического характера, если соглашением сторон предусмотрена передача спора на разрешение международного арбитража и если это не запрещено законодательством Республики Беларусь.

Регламент МАС был утвержден постановлением Президиума БелТПП от 6 июня 2000 года, с изменениями и дополнениями от 2 марта 2004 года.

В Республике Беларусь действует Белорусская универсальная товарная биржа, созданная в соответствии с постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 30 декабря 2003 года №1719. Цель создания товарной биржи – совершенствование механизма государственного регулирования в сфере внутренней и внешней торговли, повышения прозрачности торговых операций, а также развития в стране организованного оптового рынка путем исключения посреднических звеньев. На бирже работают секции сельхозпродукции, металлопродукции, лесоматериалов, промышленных и потребительских товаров. Ежегодно на бирже совершается более 300 000 сделок на сумму порядка 3,3 млрд. бел. рублей, а клиентская база насчитывает свыше 18 500 компаний из 60 стран мира.

Для разрешения возможных споров по биржевым сделкам, заключенным на биржевых торгах, создана Арбитражная комиссия, осуществляющая деятельность в соответствии с Законом Республики Беларусь «О товарных биржах» от 5 января 2009 года. Положение об Арбитражной комиссии открытого акционерного общества «Белорусская универсальная товарная биржа» утверждено протоколом Правления ОАО «Белорусская универсальная товарная биржа». В качестве основных задач Арбитражной комиссии определено:

- объективное, оперативное и правильное разрешение биржевых споров, отнесенных к компетенции Арбитражной комиссии;

- повышение эффективности заключения биржевых сделок (договоров) и усиление их роли в хозяйственных связях и отношениях между сто-

ронами, развитие внешнеэкономической деятельности участников биржевой торговли;

- осуществление правовой профилактики в сфере биржевой деятельности;
- укрепление авторитета ОАО «Белорусская универсальная товарная биржа» и Арбитражной комиссии и др.

Арбитражная комиссия состоит из председателя, арбитров и секретариата. Штатное расписание и персональный состав Арбитражной комиссии утверждается Правлением ОАО «Белорусская универсальная товарная биржа».

Международный арбитражный (третейский) суд «Палата арбитров при Союзе юристов» начал свою деятельность 1 июля 2010 года. В компетенцию Международной Палаты арбитров (МПА) входит рассмотрение споров экономического характера, как между резидентами, так и нерезидентами Республики Беларусь. МПА осуществляет свою деятельность в соответствии с Конвенцией ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года, Законом Республики Беларусь от 9 июля 1999 года «О международном арбитражном (третейском) суде», иными актами законодательства Республики Беларусь, нормами международного права, арбитражным Регламентом и Уставом суда.

Рекомендательный список арбитров МПА включает более 60 арбитров из различных стран мира, в том числе Беларуси, Австрии, Болгарии, Великобритании, Германии, Литвы, Молдовы, Польши, России, Украины. Председателем МПА избран декан юридического факультета Белорусского государственного университета С.А. Балашенко. МПА – это новый арбитражный орган Республики Беларусь. Ему еще предстоит завоевывать авторитет у субъектов хозяйствования страны.

Помимо арбитражных судов в Республике Беларусь созданы и третейские суды. Это новый вид правосудия, созданный в соответствии с Законом Республики Беларусь от 16 июля 2011 года № 301-З «О третейских судах», вступивший в силу с 26 января 2012 года.

В соответствии со ст. 1 Закона третейским судом является организация, не входящая в судебную систему Республики Беларусь, создаваемая для разрешения споров в виде постоянно действующего третейского суда или суда, образуемого по соглашению сторон для разрешения конкретного спора.

Постоянно действующий третейский суд является некоммерческой организацией либо обособленным подразделением юридического лица (ч. 1 ст. 3).

В Законе специально указано, что государственные органы, в т.ч. органы местного самоуправления, не могут образовывать третейские суды. Это свидетельствует о том, что третейский суд следует рассматривать как институт гражданского общества в стране, действующий в сфере правосудия.

5. Арбитражное соглашение

Важнейшим принципом деятельности арбитражных судов является договорная подсудность всех рассматриваемых дел. Для того чтобы спор был передан на рассмотрение арбитража, стороны должны заключить в письменной форме арбитражное соглашение, которое может быть оформлено в виде арбитражной оговорки (отдельного положения в контракте) или в виде самостоятельного договора, заключаемого вместе с основным договором или в последующем при возникновении спора. Арбитражное соглашение может быть заключено и путем обмена сообщениями с использованием почты или любых иных средств связи, обеспечивающих письменное фиксирование волеизъявления сторон.

В случае заключения арбитражного соглашения на территории Республики Беларусь оно будет регулироваться белорусским законодательством относительно формы и лиц, обладающих правом заключения арбитражных соглашений.

Арбитражное соглашение является договором, а согласно п. 2 ст. 404 ГК Республики Беларусь «договор в письменной форме может быть заключен путем составления одного документа, подписанного сторонами, а также путем обмена документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны по договору».

Для действительности арбитражного соглашения помимо соблюдения письменной формы требуется также, чтобы соглашение было совершено полномочными лицами. Такими лицами являются либо руководители юридического лица, либо лица, которым руководители юридического лица выдали доверенность в надлежащей форме на совершение арбитражного соглашения. В соответствии с п. 5 ст. 186 ГК Республики Беларусь доверенность от имени юридического лица выдается за подписью его руководителя или иного лица, уполномоченного на это его учредительными документами, скрепленной печатью этой организации.

В отношении иностранного юридического лица или его представителя при заключении арбитражного соглашения будет действовать норма, изложенная в п. 2 ст. 1112 ГК Республики Беларусь: «Иностранное юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, не известное праву страны, в которой орган или представитель иностранного юридического лица совершил сделку».

В соответствии с главой 5 и ст. 1114 ГК Республика Беларусь и ее административно-территориальные единицы могут быть участниками гражданско-правовых отношений на равных условиях с физическими и юридическими лицами. В случае заключения Республикой Беларусь арбитражного соглашения с иностранным физическим или юридическим лицом должен быть произведен отказ от иммунитета государства в отношении арбитражного производства в иностранном государстве, поскольку без пред-

варительного отказа от иммунитета арбитражное соглашение с участием государства не имеет смысла.

Юридическим следствием заключения арбитражного соглашения оказывается изъятие спора из сферы юрисдикции государственного суда. В соответствии с п. 3 ст. II Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года «суд Договаривающегося Государства, если к нему поступает иск по вопросу, по которому стороны заключили соглашение, предусматриваемое настоящей статьей, должен, по просьбе одной из сторон, направить стороны в арбитраж, если не найдет, что упомянутое соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено».

Закон Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» 1999 года содержит статью 13, которая устанавливает: «Государственный суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, оставляет иск без рассмотрения, если любая из сторон просит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора. Государственный суд отказывает в удовлетворении этой просьбы, если придет к выводу, что арбитражное соглашение недействительно, или утратило силу, или не может быть исполнено» (ч. 1 ст. 13). В то же время обращение стороны в государственный суд до или во время разбирательства дела в международном арбитражном суде с просьбой принять меры по обеспечению иска, а также вынесение государственным судом определения о принятии таких мер не отменяет арбитражного соглашения (ч. 2. ст. 13).

Арбитражное соглашение, заключенное в форме арбитражной оговорки во внешнеэкономическом контракте, имеет самостоятельный юридический статус, не связанный с основным договором, в результате чего арбитражная оговорка считается действительной и в случае расторжения контракта или признания его недействительным. В п.1 ст. 81 Венской конвенции о международной купле-продаже товаров 1980 года установлено «Расторжение договора не затрагивает каких-либо положений договора, касающихся порядка разрешения споров или прав и обязательств сторон в случае его расторжения».

Аналогичное положение закреплено в ч. 5 ст. 4 Регламента Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате. Это объясняется тем, что арбитражная оговорка в целом имеет процессуальный характер, в то время как сам контракт, где она содержится, представляет собой гражданско-правовой (материальный) договор. Возможны случаи, когда арбитраж признает недействительным сам договор между сторонами, но самостоятельный юридический статус оговорки в такой ситуации не ставит под сомнение легитимность самого арбитража, созданного на основе арбитражной оговорки, содержащейся в недействительном договоре.

Международный арбитражный суд при БелТПП рекомендует для включения в договоры три варианта текстов арбитражных оговорок:

1. «Все споры или разногласия, которые могут возникнуть из настоящего контракта или в связи с ним, подлежат разрешению в Международном арбитражном суде при БелТПП в соответствии с Регламентом арбитражного суда. Решение арбитража является окончательным и обязательным для обеих сторон».

2. «Любой спор, разногласие или требование, возникающие из данного договора или касающиеся его либо его нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном арбитраже при БелТПП в соответствии с действующим в настоящее время Регламентом суда».

3. «Любой спор, который может возникнуть из настоящего договора (контракта) или в связи с ним, подлежит рассмотрению в Международном арбитражном суде при БелТПП в соответствии с его Регламентом. Рассмотрение спора государственным судом исключается. Решение арбитражного суда является окончательным и обязательным для обеих сторон»³⁵.

Арбитражное соглашение прекращает свое действие, не будучи реализованным, при выполнении контракта, для регулирования которого оно заключалось. Разрешение спора арбитражным органом также означает прекращение соглашения. Стороны по взаимному согласию могут расторгнуть арбитражное соглашение на любой стадии его действия, в том числе и во время рассмотрения спора.

Сложным является вопрос о возможности одностороннего расторжения арбитражного соглашения. Председатель Международного арбитражного суда при БелТПП Я. Функ считает возможным такое расторжение, «но лишь при условии, если об этом напрямую указано непосредственно в самом арбитражном соглашении»³⁶.

6. Исполнение решений международных арбитражных судов

1. Арбитражные суды не имеют собственной исполнительной системы, поскольку они представляют негосударственную форму разрешения споров. В связи с этим решения трех международных арбитражных судов Республики Беларусь и решения иностранных международных арбитражных судов исполняются в порядке, установленном хозяйственным процессуальным законодательством.

Все арбитражные решения признаются и приводятся в исполнение экономическими судами в Республике Беларусь, аналогичным образом как и решения иностранных судов, т.е. должна быть проведена процедура экзекватуры.

³⁵Функ, Я.И. Международный арбитраж в Республике Беларусь: справочник / Я.И. Функ. – Минск, 2005. – С. 200.

³⁶Там же. – С. 42.

Взыскатель подает заявление в экономический суд по месту нахождения ответчика. К заявлению о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, если иное не установлено международным договором Республики Беларусь, прилагаются следующие реквизиты:

- надлежащим образом удостоверенное подлинное иностранное арбитражное решение или его надлежащим образом удостоверенная копия;
- подлинное соглашение об арбитражном разбирательстве или его надлежащим образом заверенная копия;
- надлежащим образом удостоверенный перевод указанных документов на один из государственных языков Республики Беларусь;
- документ, подтверждающий уплату государственной пошлины (10 базовых величин в соответствии со ст. 246 ХПК).

Заявление о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения рассматривается в судебном заседании судьей экономического суда единолично в срок не более одного месяца со дня его поступления в суд. При этом экономический суд извещает лиц, участвующих в деле, о времени и месте проведения судебного заседания. Неявка указанных лиц, извещенных надлежащим образом о месте и времени проведения судебного заседания, не препятствует рассмотрению заявления. При рассмотрении дела экономический суд не вправе пересматривать иностранное арбитражное решение по существу. Отказ в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения в целом или его части возможен только в случае, если это признание противоречило бы публичному порядку Республики Беларусь, если иное не установлено международным договором Республики Беларусь (ч. 2 ст. 248 ХПК).

По результатам рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения экономический суд выносит определение. В нем должны содержаться:

- наименование, место нахождения и состав международного арбитражного (третейского) суда, принявшего решение;
- наименование взыскателя и должника;
- сведения об иностранном арбитражном решении;
- указание на признание и приведение в исполнение иностранного арбитражного решения либо на отказ в таком признании.

Определение может быть обжаловано в суд кассационной или надзорной инстанции в соответствии с порядком, установленным Хозяйственным процессуальным кодексом Республики Беларусь.

2. Исполнение решений арбитражных судов является предметом международной Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, принятой на конференции ООН по международному торговому арбитражу 10 июня 1958 года в Нью-Йорке³⁷.

³⁷ БССР подписала Конвенцию 29.12.1958 года, ратифицирована Президиумом Верховного Совета БССР 13.09.1960 года, вступила в силу для БССР 13.02.1961 года.

В п. 1 ст. I указано, что Конвенция применяется в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, вынесенных на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение в исполнение таких решений. Следовательно, Конвенция предусматривает исполнение и таких иностранных арбитражных решений, которые вынесены на территории государств, не являющихся участниками Конвенции. В связи с этим БССР при ратификации Конвенции было сделано следующее заявление: «В отношении решений, вынесенных на территории недоговаривающихся государств, БССР применяет Конвенцию лишь в той мере, в которой данные государства признают режим взаимности». Это заявление сохраняет силу и для Республики Беларусь.

В соответствии со ст. III Конвенции каждое Договаривающееся государство признает арбитражное решение как обязательное и приводит его в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и приведение в исполнение этих решений на условиях, изложенных в Конвенции.

В ст. V Конвенции перечислены условия, при которых в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено. Отказ возможен только, если сторона представит доказательство того, что:

- стороны в арбитражном соглашении были в какой-либо мере недееспособны или это соглашение недействительно по закону, которому стороны это соглашение подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено;
- сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения;
- арбитражное решение вынесено по спору, не предусмотренному или не подпадающему под условия арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения или арбитражной оговорки в договоре;
- состав арбитражного органа или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или, при отсутствии такового, не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж;
- арбитражное решение еще не стало окончательным для сторон или было отменено или приостановлено исполнением компетентной властью страны, где оно было вынесено, или страны, закон которой применяется.

В соответствии с п. 2 ст. V Конвенции «в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть также отказано, если компетентная власть страны, в которой испрашивается признание и приведение в исполнение, найдет, что:

а) объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны, или

б) признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этой страны».

Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года не затрагивает действительности многосторонних или двусторонних соглашений в отношении признания и приведения в исполнение арбитражных решений, заключенных государствами-участниками, и не лишает никакую заинтересованную сторону права воспользоваться любым арбитражным решением в том порядке и в тех пределах, которые допускаются законом или международными договорами страны, где испрашивается признание и приведение в исполнение такого арбитражного решения.

7. Арбитражные решения по искам, предъявленным государствам в частном порядке

1. Большой общественный резонанс в новейшей российской истории получило дело швейцарской компании «Noga». Его суть следующая.

Правительство Российской Федерации заключило со швейцарской корпорацией «Noga» (Compagnie Nogad'Importationetd'Exportation S.A.) кредитное соглашение 29 января 1992 г. От правительства России в кредитном соглашении выступали Министерство сельского хозяйства и Министерство экономики и финансов в лице министров. По соглашению компания «Noga» открыла кредитную линию российскому правительству на сумму 1 млрд 426 млн долларов США. По тем временам для России это был крупный и очень важный кредит, поскольку в стране сложилась катастрофическая ситуация с продовольствием. Соглашение представляло собой бартерную сделку: правительство России расплачивалась за продовольствие поставками нефти, газа и мазута через своих экспортеров. Однако уже в течение года между партнерами возникли разногласия, которые не удалось урегулировать переговорами, и с 1993 г. компания «Noga» начала предъявлять иски российскому государству.

В заключенном соглашении содержалась ст. 15, согласно которой к кредитному соглашению подлежало применению швейцарское право. Российская сторона в соглашении отказалась от иммунитета государства, в связи с чем все споры подлежали разрешению в Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма. Решение арбитража по условиям соглашения являлось окончательным и обязательным для обеих сторон. Получатель кредита отказался также от иммунитета в отношении исполнения любого арбитражного решения, вынесенного против него. В соответствии

с соглашением арбитраж был сформирован и 15 мая 1997 г. вынес решение в пользу компании «Noga».

Российское правительство проигнорировало это решение и не выплатило компании «Noga» 63 млн долларов, присужденных арбитражем. После этого началась длительная борьба адвокатов компании за выполнение решения арбитража. Наиболее яркие эпизоды, которые стали сенсациями мировых новостей: арест счетов посольства, торгпредства, представительства при ЮНЕСКО и еще десятка банковских счетов Российской Федерации во Франции, арест во французском порту Брест российского парусного учебного судна «Седов», попытка ареста во время проведения авиасалона в Ле Бурже российских истребителей, включая новейший российский истребитель Су-30, попытка ареста картин Пушкинского музея, демонстрировавшихся в Швейцарии.

В итоге не столь крупная сумма долга обернулась чувствительным ударом по престижу России и значительными экономическими потерями. После попытки ареста российских истребителей в Ле Бурже в 2001 г. Россия вынуждена была отказаться от участия в этом авиасалоне, как и от участия в других выставках вооружений, производимых в Европе. Кроме этого правительство России выплачивало международным юристам за работу по искам швейцарской компании до 15 млн долларов в год, в результате чего эти выплаты превысили сумму самого долга.

Тяжба завершилась тем, что в марте 2006 г. американский бизнесмен российского происхождения А. Коган выкупил российский долг у швейцарской фирмы и тут же перепродал его России. Сумма сделки не разглашалась.

2. С начала 90-х годов прошлого столетия американская религиозная секта хасидов добивалась от России передачи ей «библиотеки Шнеерсона», включающей 12 тысяч книг и около 50 тысяч редких документов, которые были собраны хасидскими раввинами, основавшими в конце XVIII века религиозное движение Хабад в местечке Любавичи (сейчас находится на территории Смоленской области, а до революции это была территория Витебской губернии).

В 1918 году «библиотека Шнеерсона» была национализирована декретом Советского правительства и передана Румянцевской библиотеке в Москве (ныне Российская государственная библиотека – РГБ).

В декабре 2006 года движение «ХабадЛюбавич» подало иск о возврате библиотеки в федеральный суд округа Колумбия. Россия через адвокатов заявила о неподсудности дела юрисдикции американского суда, но судья отклонил это заявление. В начале августа 2010 года судья Р. Ламберт вынес решение, обязывающее Российскую Федерацию передать хасидам

«библиотеку Шнеерсона». Решение основано на Законе США «Об иммунитете иностранного государства» 1976 года, согласно которому американские суды могут выносить решения против суверенных государств. По мнению суда США, Россия приобрела спорную собственность «дискриминационно, не для общественных нужд и без справедливой компенсации». В январе 2013 года суд обязал российское правительство ежедневно выплачивать хасидам 50 тысяч долларов до даты передачи библиотеки. Власти России нашли приемлемый выход из сложившейся ситуации, передав библиотеку Шнеерсона Еврейскому музею и Центру толерантности в Москве. При этом в церемонии передачи библиотеки принимал участие президент Российской Федерации.

Однако спор по поводу принадлежности библиотеки на этом не прекратился, поскольку американскую сторону не устроило такое компромиссное решение. В результате Арбитражный суд Москвы в мае 2014 года удовлетворил иск Министерства культуры Российской Федерации и Российской государственной библиотеки (РГБ) к США и Библиотеке американского конгресса и обязал ответчиков вернуть в Россию семь книг из собрания Шнеерсона. Эти книги были переданы в 1994 году во временное пользование по системе Международного библиотечного абонемента Библиотеке конгресса США, а в дальнейшем американская сторона отказалась их возвратить. Решение Арбитражного суда Москвы предусматривает, что в случае задержки его исполнения, правительство США будет обязано выплачивать 50 тыс. долларов в день в виде штрафных санкций до тех пор, пока книги не будут возвращены в РГБ. Как видно, решение российского арбитражного суда носит зеркальный характер по отношению к американской стороне. В правовом смысле возникла ситуация юридического тупика: в США и России в силе находятся судебные решения с аналогичными штрафными санкциями, возрастающими ежедневно, но государства не намерены менять свои позиции и не ищут выхода из сложившейся ситуации. Следствием этого явилось полное прекращение культурных отношений между двумя государствами.

ПРАКТИЧЕСКИЙ РАЗДЕЛ

Планы практических занятий

Тема 1. Правовое положение физических и юридических лиц в современных интеграционных процессах. Участие государства в частноправовых отношениях.

1. Какие общие нормы регулируют положение иностранцев в международном частном праве?
2. В чем особенности положения белорусских граждан за рубежом?
3. Какие нормы определяют гражданско-правовое положение иностранцев в Республике Беларусь?
4. Содержание основных доктрин, определяющих личный статус юридических лиц.
5. Какие нормы определяют личный закон юридического лица?
6. Какие правовые режимы применимы к физическим и юридическим лицам?
7. Какие нормы применяются к иностранным юридическим лицам в Республике Беларусь?
8. Охарактеризуйте особенность правового положения белорусских юридических лиц за рубежом.
9. Как представлено белорусское государство в гражданско-правовых отношениях?
10. Чем обосновывается наличие иммунитета государства в гражданско-правовых отношениях?
11. Содержание теории абсолютного иммунитета государства и его виды.
12. В чем сущность теории функционального иммунитета государства?

Литература

1. Барышев, В.А. Международное частное право: учебное пособие / В.А. Барышев. – Минск: Вышэйшая школа, 2019. – 485 с.
2. Барышев, В.А. Участие государства в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом: монография / В.А. Барышев. Витебск: ВГУ имени П.М. Машерова, 2017. – 162 с.
3. Барышев, В.А. Законодательство Республики Беларусь по вопросу иммунитета государства в гражданско-правовых отношениях / В.А. Барышев // Право.by. – 2010. – № 2. – С. 101–107.
4. Барышев, В.А. Правовая природа иммунитета государства / В.А. Барышев // Научно-практический журнал «Право.by». – Минск: НЦПИ Респ. Беларусь, 2015. – № 1. – С.116–121.

5. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: Инфра-М., 2011. – 704 с.
6. Международное частное право: учебник для бакалавров / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2015. – С. 167–182.
7. Международное частное право: учеб. пособие / В.П. Мороз [и др.] ; под ред. В.П. Мороза. – Минск: Адукацыя і выхаванне, 2016. – С. 84–107.
8. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня, Н.И. Рудович. – Минск: Акад. МВД, 2019. – С. 70–91.

Тема 2. Законодательство Европейского союза и Евразийского экономического союза как пример современных интеграционных процессов.

1. Как производится унификация частного права в Европейском Союзе?
2. Ознакомьтесь с Регламентом (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I») и ответьте на следующие вопросы:
 - 1) Какие цели реализует Регламент (ЕС) № 593/2008?
 - 2) Что понимается в Регламенте под свободой договора?
 - 3) Какое право применяется при отсутствии выбора права?
 - 4) Как регулируются договоры перевозки?
 - 5) Какое право применяется в договорах с участием потребителя?
 - 6) Как регулируются договоры страхования?
 - 7) Какое право применимо в индивидуальных трудовых договорах?
3. Ознакомьтесь с Регламентом (ЕС) № 864/2007 Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 года («Рим II») о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам и ответьте на следующие вопросы:
 - 1) Какие правоотношения регулирует Регламент (ЕС) № 864/2007?
 - 2) На какие правоотношения не распространяется действие Регламента (ЕС) № 864/2007?
 - 3) Какое право применимо в деликтных правоотношениях?
 - 4) Какое право применимо вследствие вреда, причиненного продукцией?
 - 5) Каким правом регулируются недобросовестные конкурентные действия?
 - 6) Какое право применяется при причинении вреда окружающей среде?
 - 7) Какое право регулирует правоотношение неосновательного обогащения?
 - 8) Какое право применимо к внедоговорному обязательству, возникающему вследствие деловых переговоров, предшествующих заключению договора?
4. Как осуществляется гармонизация и унификация частного права в Евразийском Экономическом Союзе?

5. Как происходит регулирование трансграничного банкротства в странах Европейского Союза?

6. Как регулируется трансграничное банкротство в Беларуси, России и США?

Литература

1. Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского парламента и Совета от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»).
2. Регламент (ЕС) № 864/2007 Европейского парламента и Совета от 11 июля 2007 года («Рим II») о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам.
3. Регламент (ЕС) 2015/848 Европейского парламента и Совета 20 мая 2015 года. «О процедурах несостоятельности» (новая редакция).

Тема 3. Ключевые понятия в международном частном праве.

1. Охарактеризуйте коллизионные нормы и определите их роль в международном частном праве?

2. Как можно классифицировать коллизионные нормы?

3. Какую роль выполняют коллизионные привязки? Перечислите классические коллизионные привязки.

4. Что представляют универсальные коллизионные привязки?

5. Какие методы регулирования сложились в международном частном праве? В чем их особенности?

6. Что понимается под квалификацией юридических понятий?

7. В чем сущность обратной отсылки и отсылки к праву третьей страны?

8. Содержание и роль оговорки о публичном порядке.

9. Какую роль выполняют императивные нормы в международном частном праве?

10. Содержание принципов взаимности и реторсий.

Литература

1. Барышев, В.А. Международное частное право: учебное пособие / В.А. Барышев. – Минск: Вышэйшая школа, 2019. – С 46–76.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: Инфра-М., 2011. – 704 с.
3. Кабатова, Е.П. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве / Е.П. Кабатова // Международное частное право. Современная практика / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. – М., 2000. – С. 5–16.

4. Международное частное право: учебник для бакалавров / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2015. – С. 109–129.
5. Международное частное право: учеб. пособие / В.П. Мороз [и др.]; под ред. В.П. Мороза. – Минск: Адукацыя і выхаванне, 2016. – С. 59–83.
6. Моностырский, Ю.Э. Понятие «ordre public» в международном частном праве / Ю.Э. Моностырский // Российский ежегодник международного права 1996–1997. – СПб., 1998. – С. 161–174.
7. Сильченко, Н.В. Теоретические проблемы учения о нормах международного частного права / Н.В. Сильченко, О.Н. Толочко // Государство и право. – 2000. – № 1. – С. 35–39.
8. Тимохов, Ю.А. Применение иностранного права в практике российских судов / Ю.А. Тимохов // Международное частное право: современная практика / под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. – М., 2000. – С. 17–42.
9. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня, Н.И. Рудович. – Минск: Акад. МВД, 2019. – С. 47–56.
10. Толстых, В.Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VII части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / В.Л. Толстых. – М., 2002. – 230 с.

Тема 4. Право собственности в условиях интеграционных процессов.

1. Роль собственности в жизни общества.
2. Коллизионное регулирование права собственности и иных вещных прав в законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации.
3. Содержание Протокола № 1 к Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод.
4. Трактовка права собственности Европейским Судом.
5. Международные стандарты охраны культурных ценностей.
6. Регулирование перемещения культурных ценностей в СНГ и ЕАЭС.
7. Проблема перемещенных культурных ценностей в годы Второй мировой войны.
8. Проблема национализации иностранной собственности.

Литература.

1. Барышев, В.А. Международное частное право: учебное пособие / В.А. Барышев. – Минск: Вышэйшая школа, 2019. – С. 133–153.
2. Барышев, В.А. Международно-правовые и нравственные аспекты компенсаторной реституции культурных ценностей / В.А. Барышев // Журн. междунар. права и междунар. отношений. – 2008. – № 2. – С. 9–14.

3. Богуславский, М.М. Культурные ценности в международном обороте: правовые аспекты: монография / М.М. Богуславский. – 2-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма, Инфра-М, 2012. – 416 с.
4. Международное частное право: учебник для бакалавров / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2015. – С. 244–272.
5. Международное частное право: учеб. пособие / В.П. Мороз [и др.]; под ред. В.П. Мороза. – Минск: Адукацыя і выхаванне, 2016. – С. 158–197.
6. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня, Н.И. Рудович. – Минск: Акад. МВД, 2019. – С. 122–133.

Тема 5. Регулирование внешнеэкономических сделок в современных интеграционных процессах.

1. Понятие и виды внешнеэкономических сделок.
2. Применимое право во внешнеэкономических сделках.
3. Негосударственное регулирование международной торговли.
4. Договор международной купли-продажи товаров, применимое право и форма.
5. Конвенция ООН о договоре международной купли-продажи товаров 1980 года:
 - 1) Что является предметом регулирования Конвенции?
 - 2) Как регулируется заключение договоров купли-продажи товаров по переписке?
 - 3) Каковы обязанности продавца и покупателя в соответствии с Конвенцией?
 - 4) Какая ответственность за нарушение обязательств по договору установлена в Конвенции?
6. Применение международных торговых терминов в договорах купли-продажи товаров.
7. Конвенции, регулирующие международный финансовый лизинг.

Литература

1. Барышев, В.А. Международное частное право: учебное пособие / В.А. Барышев. – Минск: Вышэйшая школа, 2019. – С. 191–228.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: Инфра-М., 2011. – 704 с.
3. Конвенция ООН о договоре международной купли-продажи товаров 1980 года [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <http://docs.cntd.ru/document/9010417>.

4. Международное частное право: учебник для бакалавров / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2015. – С. 356–432.
5. Международное частное право: учеб. пособие / В.П. Мороз [и др.]; под ред. В.П. Мороза. – Минск: Адукацыя і выхаванне, 2016. – С. 235–276.
6. Правила толкования торговых терминов Incoterms 2020 [Электронный ресурс]. – Режим доступа: <https://www.tws.by/tws/references/supply-conditions/incoterms>.
7. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня, Н.И. Рудович. – Минск: Акад. МВД, 2019. – С. 150–169.

Тема 6. Международная унификация брачно-семейных отношений.

1. Брак и семья с позиции международного частного права.
2. Правовое регулирование заключения смешанных браков.
3. Супружеские правоотношения в смешанных браках.
4. Регулирование правоотношений между родителями и детьми по нормам международного частного права.
5. Международная унификация брачно-семейных отношений.
6. Международно-правовое регулирование взыскания алиментов за границей.
7. Международное усыновление и международная опека и попечительство.
8. Расторжение смешанных браков.

Литература

1. Барышев, В.А. Международное частное право: учебное пособие / В.А. Барышев. – Минск: Вышэйшая школа, 2019. – С. 359–391.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: Инфра-М., 2011. – 704 с.
3. Международное частное право: сб. нормативных актов / сост.: Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова. – М.: Проспект, 2006. – С. 374–405.
4. Международное частное право: учебник для бакалавров / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2015. – С. 477–493.
5. Международное частное право: учеб. пособие / В.П. Мороз [и др.]; под ред. В.П. Мороза. – Минск: Адукацыя і выхаванне, 2016. – С. 235–276.
6. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня, Н.И. Рудович. – Минск: Акад. МВД, 2014. – С. 239–251.

Тема 7. Трудовые отношения в международном частном праве, ЕАЭС и ЕС.

1. Общие положения регулирования трудовых отношений.
2. Коллизионные нормы в трудовых отношениях.
3. Универсальные международные конвенции по регулированию труда мигрантов.
4. Регулирование труда мигрантов в СНГ и Евразийском экономическом союзе
5. Трудовое право Европейского Союза.
6. Правовое регулирование труда иностранцев в Республике Беларусь.
7. Правовое регулирование труда граждан Республики Беларусь за рубежом.
8. Социальное обеспечение трудящихся-мигрантов.

Литература

1. Барышев, В.А. Международное частное право: учебное пособие / В.А. Барышев. – Минск: Вышэйшая школа, 2019. – С. 392–417.
2. Богуславский, М.М. Международное частное право: учебник / М.М. Богуславский. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: Инфра-М., 2011. – 704 с.
3. Киселев, И.Я. Зарубежное трудовое право: учебник / И.Я. Киселев. – М.: Норма, 2000. – 258 с.
4. Международная Организация Труда и права человека / авт.-сост. А.А. Войтик. – Минск: Тесей, 2002. – 256 с.
5. Международное частное право: учебник для бакалавров / отв. ред. Г.К. Дмитриева. – 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Проспект, 2015. – С. 458–476.
6. Международное частное право: учеб. пособие / В.П. Мороз [и др.]; под ред. В.П. Мороза. – Минск: Адукацыя і выхаванне, 2016. – С. 444–458.
7. Стаценко, В.Г. Беларусь в Международной Организации Труда: история и современные проблемы взаимодействия / В.Г. Стаценко. – Витебск, 2007.
8. Тихиня, В.Г. Международное частное право: учебник / В.Г. Тихиня, Н.И. Рудович. – Минск: Акад. МВД, 2014. – С. 192–205.

Вопросы к экзамену

1. Интеграционные процессы в современном мире и их результаты.
2. Международные интеграционные процессы в праве.
3. Предмет «Частное права в контексте современных интеграционных процессов».
4. Общие принципы регулирования правового положения физических лиц.
5. Правовое положение иностранных физических лиц в Республике Беларусь.
6. Иностранные юридические лица и определение их национальности.
7. Содержание личного закона юридического лиц.
8. Виды правовых режимов, предоставляемых иностранным юридическим и физическим лицам.
9. Участие государства в частноправовых отношениях.
10. Иммунитеты государства в частноправовых отношениях.
11. Теория функционального иммунитета государства
12. Унификация частного права в Европейском Союзе.
13. Основные акты Европейского Союза в сфере интегрирования частного права.
14. Гармонизация и унификация частного права в Евразийском Экономическом Союзе.
15. Регулирование трансграничного банкротства в странах Европейского Союза.
16. Национальное законодательство по регулированию трансграничного банкротства.
17. Коллизионные нормы как основной путь определения применимого права в интеграционных правоотношениях.
18. Универсальные коллизионные привязки.
19. Коллизионный и материально-правовой методы регулирования в международном частном праве.
20. Обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны.
21. Оговорка о публичном порядке.
22. Место и значение права собственности в частном праве.
23. Коллизионное регулирование права собственности и иных вещных прав в законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации.
24. Судебные прецеденты по защите права собственности в решениях Европейского суда по правам человека.
25. Право собственности на культурные ценности и его охрана.
26. Проблема национализации собственности в международном частном праве.
27. Понятие и история развития международного инвестиционного права.
28. Источники и принципы международного инвестиционного права.
29. Понятие и классификация иностранных инвестиций.
30. Особые экономические зоны в Республике Беларусь.

31. Международные договоры об иностранных инвестициях.
32. Порядок разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными инвесторами.
33. Понятие и виды внешнеэкономических сделок.
34. Применимое право во внешнеэкономических сделках.
35. Негосударственное регулирование международной торговли.
36. Договор международной купли-продажи товаров, применимое право и форма.
37. Конвенция ООН о договоре международной купли-продажи товаров 1980 года.
38. Применение международных торговых терминов в договорах купли-продажи товаров.
39. Международный финансовый лизинг.
40. Возникновение института обязательства из причинения вреда и его правовое регулирование.
41. Регулирование внедоговорных обязательств в Европейском Союзе.
42. Деликтные обязательства в законодательстве Республики Беларусь и Российской Федерации.
43. Регулирование деликтных обязательств в международных договорах с участием Республики Беларусь.
44. Ответственность за ущерб, причиненный товарами или услугами.
45. Регулирование иных внедоговорных обязательств.
46. Ответственность государства за причинение вреда физическому лицу и ответственность лица за причинение ущерба государству.
47. Понятие интеллектуальной собственности и особенности ее охраны.
48. Международная охрана авторских прав.
49. Международная унификация охраны смежных прав.
50. Охрана авторских и смежных прав в сети Интернет.
51. Универсальные международные конвенции по охране промышленной собственности.
52. Патентование в СНГ и европейских странах.
53. Международные соглашения по охране прав на товарные знаки.
54. Охрана прав на товарный знак в сети Интернет.
55. Передача прав на интеллектуальную собственность.
56. Коллизионное регулирование наследственных отношений международного характера.
57. Универсальные международные конвенции по регулированию наследственных отношений.
58. Региональные и двусторонние соглашения в сфере наследственных правоотношений.
59. Регулирование наследственных отношений с иностранным элементом в законодательстве Республики Беларусь.

60. Регулирование получения наследственного имущества в отдельных странах.
61. Правовое регулирование заключения смешанных браков.
62. Регулирование правоотношений между родителями и детьми по нормам международного частного права.
63. Международная унификация брачно-семейных отношений.
64. Международно-правовое регулирование взыскания алиментов за границей.
65. Международное усыновление и международная опека и попечительство.
66. Расторжение смешанных браков.
67. Общие положения регулирования трудовых отношений.
68. Коллизионные нормы в трудовых отношениях.
69. Универсальные международные конвенции по регулированию труда мигрантов.
70. Регулирование труда мигрантов в СНГ и Евразийском экономическом союзе.
71. Трудовое право Европейского Союза.
72. Правовое регулирование труда иностранцев в Республике Беларусь.
73. Правовое регулирование труда граждан Республики Беларусь за рубежом.
74. Социальное обеспечение трудящихся-мигрантов.
75. Понятие международного арбитража и его виды.
76. Главные центры международного коммерческого арбитража.
77. Международные арбитражные регламенты.
78. Арбитражные и третейские суды в Республике Беларусь.
79. Арбитражное соглашение. Исполнение решений международных арбитражных судов.

ОСНОВНАЯ ЛИТЕРАТУРА

1. Барышев, В.А. Международное частное право: учебное пособие / В.А. Барышев. – Минск: Вышэйшая школа, 2019. – 485 с.
2. Барышев, В.А. Участие государства в гражданско-правовых отношениях с иностранным элементом: монография / В.А. Барышев. Витебск: ВГУ имени П.М. Машерова, 2017. – 162 с.
3. Барышев, В.А. Гражданско-правовая ответственность государства за причинение вреда в международном частном праве / В.А. Барышев // Право, экономика, психология, 2017. – № 2. – С. 17–21.
4. Барышев, В.А. Международно-правовые и нравственные основы компенсаторной реституции культурных ценностей / В.А. Барышев // Журн. междунар. права и междунар. отношений. – 2008. – №2. – С. 9–14.
5. Правовое регулирование трансграничного банкротства в Республике Беларусь и зарубежных странах / Барышев В. А. // Юстиция Беларуси : юридический научно-практический журнал / учредитель Министерство юстиции Республики Беларусь. – 2020. – № 11. – С. 34–37.

Учебное издание

**ЧАСТНОЕ ПРАВО В КОНТЕКСТЕ
СОВРЕМЕННЫХ ИНТЕГРАЦИОННЫХ ПРОЦЕССОВ
ДЛЯ СПЕЦИАЛЬНОСТИ II СТУПЕНИ ВЫСШЕГО ОБРАЗОВАНИЯ
(МАГИСТРАТУРА) 1-24 80 01 ЮРИСПРУДЕНЦИЯ**

Учебно-методический комплекс по учебной дисциплине

Составитель

БАРЫШЕВ Владимир Алексеевич

Технический редактор

Г.В. Разбоева

Компьютерный дизайн

В.Л. Пугач

Подписано в печать 2021. Формат 60x84^{1/16}. Бумага офсетная.

Усл. печ. л. 16,28. Уч.-изд. л. 17,92. Тираж экз. Заказ .

Издатель и полиграфическое исполнение – учреждение образования
«Витебский государственный университет имени П.М. Машерова».

Свидетельство о государственной регистрации в качестве издателя,
изготовителя, распространителя печатных изданий

№ 1/255 от 31.03.2014.

Отпечатано на ризографе учреждения образования
«Витебский государственный университет имени П.М. Машерова».

210038, г. Витебск, Московский проспект, 33.